

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.15, n.34, set./dez. 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 Formatação

Débora Patricia Seger e Fábio César Junges

Revisão

Jacson Roberto Cervi

Revisão Língua Inglesa

Thami Covatti Piaia

Capa

Leandro Figueiredo

Publicação

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

REVISTA DIREITOS CULTURAIS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

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

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

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

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

Coordenação Acadêmica
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



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

Conselho Editorial

Dr. Alvaro Sanchez Bravo

Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Augusto Jaeger Junior

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

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Brasil

Dr. Javier Echaide

Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior

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

Dr. José Russo

Universidade Federal do Amazonas, Manaus, AM, Brasil

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr^a Marta Rosa Vigevano

Universidade de Buenos Aires

Buenos Aires, Argentina

Dr. Orides Mezzaroba

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Roberto Carlos Abinzano

Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, México

Dr. Vicente de Paulo Barreto

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

Comissão Científica “Ad Hoc”

Dr^a Adreana Dulcina Platt

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil

Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Alvaro Sanchez Bravo
Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dr^a Ana Keuly Luz Bezerra
Instituto Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil

Dr^a Ana Maria Borralho Gobbato
Centro Universitário Católica, Joinville, SC, Brasil

Dr. André Leonardo Copetti Santos
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. André Rubião
Faculdades Milton Santos, Nova Lima, MG, Brasil

Dr^a Anita Mattes
Université Paris-Saclay, Paris, França

Dr^a Angela Limongi Alvarenga Alves
Universidade de São Paulo, SP, São Paulo, Brasil

Dr^a Anna Candida da Cunha Ferraz
Centro Universitário FIEO, Osasco, SP, Brasil

Dr^a Bianca Tomaino
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr^a Candida Joelma Leopoldino
Instituto Federal do Paraná, 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
Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Dr^a Cláudia Mansani Queda Toledo
Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil

Dr. Claudio José Amaral Bahia
Centro Universitário de Bauru, Bauru, SP, Brasil, Brasil

Dr. Clayton Reis
Centro Universitário de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr^a Daniela Vanila Nakalski Benetti
Universidade Federal do Pampa, Bagé, RS, Brasil

Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Dr. Diego Prezzi Santos
Faculdade Catuaí, Cambé, PR, Brasil

Dr. Dirceu Pereira Siqueira
Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil

Dr^a Dóris Ghilardi
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC Faculdade CESUSC, Florianópolis, SC, Brasil

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

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil
Dr^a Mara Darcanchy
Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil
Dr. Marcelo Labanca
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, RE, Brasil

Dr. Marcelino Meleu
Universidade Comunitária Regional de Chapecó, Chapecó, SC, Brasil

Dr. Murilo Duarte Costa Corrêa
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, PR, Brasil

Dr^a Mônica Neves Aguiar da Silva
Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Dr. Marcus Pinto Aguiar
Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil

Dr. Marcos Augusto Maliska
Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

Dr. Marco Lunardi Escobar
Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, PA, Brasil

Dr. Newton Cesar Pilau
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva
Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr. Osmar Veronese
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. Rafael Padilha dos Santos
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil

Dr. Rubén Miranda Gonçalves
Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino
Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil

Dr^a Tânia Regina Zimmermann
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dourados, MS, Brasil

Dr^a Vanessa Santos do Canto
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr^a Virginia Colares
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Wesley Carlos Ribeiro
Universidade Federal de Alfenas, Alfemas, MG, Brasil

Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
Jacson Roberto Cervi	
Thami Covatti Piaia	
CENSURA JUDICIAL AO HUMOR: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET	19
Thiago Dias Oliva	
Dennys Marcelo Antonialli	
Maike Wile dos Santos	
OPINIÓN PÚBLICA Y DERECHO A LA SALUD EN EL CONTEXTO DE UNA SOCIEDAD COMPLEJA	45
Claudia Zalazar	
Sandra Regina Martini	
O COMBATE À EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DOS REFUGIADOS: A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PAUTADAS NA DIGNIDADE	65
Ana Elizabeth Neirao Reymão	
Ridivan Mello Neto	
ENTRE DIÁSPORAS E INSURGÊNCIAS: A LUTA ANTIRRACISTA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO BRASIL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INTERCULTURAL	93
Fernanda da Silva Lima	
Bruna Baggio Crocetta	
RISCOS SOCIOAMBIENTAIS ORIUNDOS DA LIBERAÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NO AMBIENTE	119
Silvana Terezinha Winckler	
Ana Elsa Munarini	
LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR EN EL CONTEXTO EUROPEO Y ESPAÑOL.....	141
Margarita Orozco González	

OS LIMITES DA DEMOCRACIA: A TOLERÂNCIA RESTRITA E A CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO	165
Rui Carlo Dissenha Giovanni Vidal Guaragni	
A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO NA SOCIEDADE GLOBAL CONTEMPORÂNEA.....	187
Idir Canzi Marcelo Markus Teixeira Reginaldo Pereira	
OS EFEITOS JURISPRUDENCIAIS DOS DIREITOS FEMINISTAS SOB O NOVO MODELO BRASILEIRO PROCESSUAL CIVIL	207
Alice Rocha da Silva Susana Moita	
ESPECIFICIDADES DO CONCEITO “DEMOCRACIA” EM KELSEN*	231
Matheus Pelegrino da Silva	
IMPLANTAÇÃO DE CIDADES DIGITAIS COMO EXERCÍCIO DE CIDADANIA E DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES	253
Ricardo dos Reis Silveira Selma Cristina Tomé Pina	
EL MOVIMIENTO LGBT EN MÉXICO	275
Carlos Alberto Franco Chávez	
FICCIONES, HISTORIAS E INJUSTICIAS: ELEMENTOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LITERATURA Y DERECHOS HUMANOS	307
Adriana Marcela Bonilla Zipa	

APRESENTAÇÃO

Nessa nova edição da Revista Direitos Culturais (ISSN: 21771499 eletrônico e 19807805 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.

Assim, Thiago Dias Oliva, Dennys Marcelo Antonialli e Maíke Wile dos Santos, em Censura judicial ao humor: análise de decisões judiciais envolvendo liberdade de expressão na internet, debatem o aumento no número de ações judiciais questionando conteúdos ofensivos na internet tornou central o papel do Judiciário, a quem cabe traçar os limites da expressão humorística. Nesse cenário, o presente estudo utilizou o humor na internet como recorte para avaliar o posicionamento do Judiciário em casos envolvendo liberdade de expressão, considerando que os tribunais podem impactar o sentimento de liberdade dos produtores de conteúdo.

Depois, en Opinión pública y derecho a la salud en el contexto de una sociedad compleja, *Claudia Zalazar e Sandra Regina Martini, alegam que* en una sociedad compleja, la comunicación desempeña un papel fundamental, incluso con relación a la opinión pública y su manipulación en lo que se refiere a la corrupción de sistemas sociales

y, en especial para este artículo, el sistema de salud. El objetivo es demostrar que la corrupción ocurre cuando un sistema opera con el código de otro sistema social.

Em seguida, em O combate à exploração econômica dos refugiados: a necessidade de políticas públicas pautadas na dignidade, *Ana Elizabeth Neirao Reymão e Ridivan Mello Neto*, discutem a importância de políticas públicas para a proteção de refugiados no Brasil, dando efetividade aos Direitos Humanos consubstanciados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto dos Refugiados de 1951. A pesquisa é exploratória e qualitativa, baseada em fontes bibliográficas, e argumenta em favor da necessidade de instrumentalização das políticas públicas para a efetivação de Direitos Humanos dos grupos vulneráveis, em especial dos refugiados.

Logo, Entre diásporas e insurgências: a luta antirracista das comunidades quilombolas no Brasil na perspectiva da educação intercultural, *Fernanda da Silva Lima e Bruna Baggio Crocetta*, trazem como problemática verificar de que forma a educação intercultural pode se constituir como ferramenta da luta antirracista e do reconhecimento cultural e jurídico (material) das comunidades remanescentes de quilombo no Brasil? Como hipótese tem-se que a educação intercultural é orientada por meio do reconhecimento do Outro e do diálogo entre os diversos povos e culturas.

Em seguida, em Riscos socioambientais oriundos da liberação de organismos geneticamente modificados no ambiente, *Silvana Terezinha Winckler e Ana Elsa Munarini*, nos dizem que o Brasil é reconhecido internacionalmente como detentor de significativa parcela da biodiversidade do Planeta e como grande exportador de *commodities* agrícolas. A agricultura, quer seja na modalidade do agronegócio ou nos moldes das unidades familiares de produção, é uma atividade fundamental para a economia do país e para a segurança alimentar dos brasileiros. Este artigo tem como objetivo analisar os riscos oriundos dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) à natureza e à livre determinação camponesa, com ênfase na proteção legal conferida pelo Direito brasileiro.

Posteriormente, en La indemnización de los derechos morales de autor en el contexto europeo y español, *Margarita Orozco González*, alega que el trabajo tiene por objeto el estudio de la problemática existente en la indemnización del daño moral que ocasionan las vulneraciones de los derechos de autor, principalmente por la confusa

redacción de la norma que regula esta cuestión en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual español, tras su reforma de 2006. En este campo resulta de gran interés analizar la regulación española y europea al respecto y, por su aportación clarificadora, la postura fijada acerca de este tema por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo Español.

Na sequência, em *Os limites da democracia: a tolerância restrita e a criminalização do terrorismo*, *Rui Carlo Dissenha e Giovanni Vidal Guaragni*, *partem* de uma abordagem teórica, com documentação indireta de fontes secundárias, e uma metodologia hipotético-dedutiva, apontar limites inerentes ao projeto político democrático ocidental e averiguar as consequências às searas política e jurídico-penal. A democracia busca sustentação em quatro principais pilares: pluralidade, tolerância, liberdade e igualdade.

Depois, em *A indeterminação do conceito de sujeito de direito internacional público na sociedade global contemporânea*, *Idir Canzi, Marcelo Teixeira Markus e Reginaldo Pereira*, problematizam a indeterminação do conceito de sujeito de direito internacional, realizando uma análise desde o paradigmático Caso Folke Bernadotte - remissivo ao parecer consultivo emanado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no ano de 1949 do século passado. O desenvolvimento temático se concentra na dinamicidade do direito internacional público, possível em razão dos pressupostos únicos de seu ordenamento jurídico, tais como sua natureza originária e descentralizada.

Em seguida, em *Os efeitos jurisprudenciais dos direitos feministas sob o novo modelo brasileiro processual civil*, *Alice Rocha da Silva e Susana Moita*, *discorrem que na tentativa de atender os princípios constitucionais e às crescentes demandas sociais dos movimentos*, o modelo jurídico brasileiro tem sido modificado ao tentar equilibrar o valor da lei positivada e da jurisprudência da tese jurídica para dar maior acesso à justiça e segurança jurídica à sociedade. O Movimento Feminista Brasileiro pode ser estudado como espelho dos demais movimentos devido seu sensível crescimento ativo, apesar da pequena resposta estatal à suas demandas.

Também, em *Especificidades do conceito “democracia” em kelsen*, *Matheus Pelegrino da Silva*, apresenta o modo como Kelsen elabora e desenvolve sua definição de democracia e as particularidades envolvidas na definição que ele propõe. Esse objetivo é desenvolvido por meio da exposição e análise de textos de Kelsen nos quais são

oferecidas considerações sobre a forma democrática de governo. Indica-se que a referência inicial para a análise kelseniana do termo “democracia” esta assentada em certa compreensão da definição de democracia da Grécia Antiga.

Na sequência, em A implantação de cidades digitais como exercício de cidadania e de proteção dos consumidores, *Ricardo dos Reis Silveira e Selma Cristina Tomé Pina, relatam que o mundo está em constante evolução das tecnologias de informação e comunicação (TICs), integrando pessoas, promovendo desenvolvimento econômico, social e melhoria na qualidade de vida. Para acompanhar essa evolução tecnológica, as cidades precisam ser planejadas para atender as demandas do mercado e da sociedade, seguindo conceitos de inclusão e desenvolvimento.*

Depois, em El movimiento LGBT en México, *Carlos Alberto Franco Chávez, describe el movimiento Lésbico, Gay, Bisexual y Trans (LGBT) en México desde sus orígenes hasta la actualidad. En la primera parte se hace un recuento histórico de cómo la homofobia se introdujo en la cultura desde la llegada de los conquistadores. Luego se describe cómo se ha ido regulando la sexualidad en general y la homosexualidad en particular desde la Colonia hasta el México independiente y posrevolucionario.*

Por fim, em Ficções, histórias e injustícias: elementos sobre la relación entre literatura y derechos humanos, *Adriana Marcela Bonilla Zipa, reflexiona acerca de la literatura y su relación con los Derechos Humanos, retoma la idea de la literatura como una expresión de la condición humana, una forma para preservar la memoria señalar las formas históricas de injusticia y darles voz a las víctimas. También aborda algunos autores que se han aproximado a este vínculo como una alternativa para comprender los procesos históricos, políticos y culturales que enfrentan las luchas sociales por la defensa y promoción de los derechos humanos en diversos contexto*




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

Desejamos a todos e a todas, uma excelente e proveitosa leitura!

Os Editores!

CENSURA JUDICIAL AO HUMOR: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

JUDICIAL CENSORSHIP TO HUMOR: AN ANALYSIS ON BRAZILIAN COURTS' POSITION REGARDING FREEDOM OF SPEECH ON THE INTERNET

Thiago Dias Oliva^I 
Dennys Marcelo Antonialli^{II} 
Maíke Wile dos Santos^{III} 

^I Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil. Doutorando em Direito Internacional Público. E-mail: thiago.dias.oliva@gmail.com

^{II} Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: dennys@internetlab.org.br

^{III} Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil. Mestrando em Filosofia do Direito. E-mail: maikewssantos@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.2914>

Recebido em: 21.12.2018

Aceito em: 28.03.2019

Resumo: O número crescente de ações judiciais questionando conteúdos considerados ofensivos na internet tornou central o papel do Poder Judiciário na definição dos chamados “limites” à liberdade de expressão. No caso dos pedidos formulados na justiça cível, os argumentos mais recorrentes estão ligados à proteção da honra e da imagem, conceitos que se encontram tutelados de forma genérica no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo do presente artigo foi avaliar de que forma o Poder Judiciário tem se posicionado em casos envolvendo conteúdos humorísticos divulgados na internet para responder duas perguntas principais: (i) as decisões judiciais tendem a priorizar a proteção da liberdade de expressão ou de direitos da personalidade em casos que discutem os limites

Abstract: The increase in the number of lawsuits attempting to remove content deemed offensive on the internet has made the judiciary becomes responsible for establishing “limits” to free speech. In cases presented before civil law courts, the most common arguments are linked to the defense of one’s honor and image, notions protected by the Brazilian legal framework in a generic manner. The purpose of this paper is to assess how the judiciary has positioned itself in cases revolving around humorous content published on the internet in order to answer two main questions: (i) courts are more likely to protect freedom of expression or the right to honor and image in cases that discuss the limits of humorous expression? (ii) what are the effects of the courts’ decisions to the



do discurso humorístico? (ii) quais os efeitos do posicionamento do Judiciário nas atividades desenvolvidas por produtores de conteúdo humorístico na internet? Para tanto, o presente artigo analisou decisões de natureza cível proferidas em segunda instância em todos os tribunais de justiça do país e realizou entrevistas com produtores de conteúdo humorístico na internet. A pesquisa identificou que a restrição à liberdade de expressão para a tutela, sobretudo, dos direitos à honra e à imagem, constitui a regra na aplicação do direito por parte dos tribunais brasileiros.

activities developed by producers of humorous content? In order to answer these questions, this paper analyzed civil law decisions delivered by higher courts (Tribunais de Justiça) of the entire country and conducted interviews with producers of humorous content. The research identified that restricting free speech as a means to protect personality rights such as honor and image is the rule in the decisions rendered by Brazilian courts.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Internet. Humor. **Keywords:** Freedom of Expression. Internet. Humor.

Sumário: Introdução; 1 Metodologia; 1.1 Breves considerações sobre pesquisa empírica com decisões judiciais; 1.2 Levantamento de dados e construção do banco; 1.3 Categorias de análise das decisões; 1.4 Objetivos; 2 Os atores e seus pedidos; 2.1 O polo ativo: autores; 2.2 O polo passivo: réus; 2.3 Os pedidos e os fundamentos; 3 As consequências das decisões; Conclusões; Referências.

Introdução

O direito à livre manifestação do pensamento pode se fazer sentir de várias formas. A liberdade para se fazer humor é certamente uma delas. Isso porque a via humorística, muitas vezes, tem o poder de chamar a atenção das pessoas para temas sensíveis ou controversos, abrindo caminho para a crítica e participação política.¹

Embora a utilização do humor como forma de questionamento não seja algo novo na sociedade, parece razoável dizer que a Internet abriu novos canais e agregou atores ao processo de criação de conteúdos de humor, seja porque facilitou a sua publicação, que acontece em uma gama bem mais variada de plataformas, seja porque tornou menos custoso o seu processo de produção. Se antes era necessário investir em equipamentos ou em cursos de habilidades específicas,

1 Nesse sentido, Sørensen destaca o potencial de uso do humor como ferramenta de resistência, sendo capaz de fazer frente às investidas do poder constituído, ainda que de maneiras mais sutis. SØRENSEN, M. J. *Humorous Political Stunts: Nonviolent Public Challenges to Power*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Wollongong, Austrália, 2014.

como edição e tratamento de fotos, hoje a maioria dos dispositivos já oferecem recursos para gravação e edição de conteúdos gratuitamente. Ferramentas específicas também surgiram para auxiliar esses processos, como os geradores automáticos dos chamados “memes” (imagens acompanhadas de texto humorístico).²

Nesse sentido, este projeto parte do pressuposto que essas características impulsionaram uma profunda transformação nas formas de produção e publicação de conteúdo humorístico na Internet. A facilidade de disponibilização e de acesso a piadas (seja em qualquer suporte ou mídia) permitiu o surgimento de produtores deste tipo de conteúdo independentemente da indústria tradicional do entretenimento. Isso dinamizou o segmento, que hoje conta com uma audiência expressiva.³

Na Internet, canais especializados, como o gigante “Porta dos Fundos”, oferecem esquetes sobre temas cotidianos, dos menos aos mais polêmicos. Temas sensíveis, como os de cunho religioso ou político, já colocaram o canal no banco dos réus e dão bons exemplos de como o humor pode incomodar. O especial de natal do grupo de humoristas, que reuniu quadros sobre passagens bíblicas, foi questionado pela Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, que apresentou representação criminal contra os humoristas junto ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro⁴. Pedido semelhante já havia sido feito em relação ao vídeo “Rola”, que atentaria contra “a moral e os bons costumes”⁵. O fenômeno se repetiu durante as eleições de 2014, o que resultou na indisponibilização de conteúdos. Na ocasião, a Justiça Eleitoral determinou a retirada de dois vídeos do canal, que

-
- 2 LIMA, A. C. P. *V!sual, Coloquial, Virtu@al: o uso da expressão gráfica na conversação em redes sociais*. Ano 2014. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
 - 3 No Youtube, o canal “Porta dos fundos” tem mais de 9 milhões de seguidores; o “Parafernalha” e o “Programa Galo Frito” mais de 6 milhões; “Não faz sentido com Felipe Neto” e “Mundo Canibal” mais de 3 milhões.
 - 4 FOLHA ONLINE. *Associação católica vai ao Ministério Público contra Porta dos Fundos*. Folha Online. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2014/01/1396983-associação-católica-vai-ao-ministerio-publico-contraporta-dos-fundos.shtml>. Acesso em: 10 dez. 2018.
 - 5 PORCHAT, Fábio. *Humor é ferir a moral e os bons costumes*. Estadão Cultura. 17 de maio de 2013. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,humor-e-ferir-a-moral-e-os-bons-costumes-imp-,1032725>. Acesso em: 10 dez. 2018.

mencionavam o nome de Anthony Garotinho, então candidato ao governo do Estado do Rio de Janeiro⁶.

Na reta final da eleição presidencial de 2013 alguns amigos criaram o blog “Falha de S. Paulo” - uma espécie de paródia do jornal “Folha de S. Paulo”. O blog parodiava alguns conteúdos do jornal, com o objetivo de denunciar um suposto viés ideológico com que ele produzia seus conteúdos. A Folha de S. Paulo processou os criadores do blog por “uso indevido da marca”,⁷ pedindo indenização por danos morais. Ela argumentou que um leitor da folha, ao entrar no blog, poderia achar que estava na página oficial da Folha. Este argumento não foi acolhido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Mesmo assim, o tribunal determinou a retirada do blog do ar – com multa diária em caso de persistência – e a suspensão do nome de domínio www.falhadespaulo.com.br, bem como de quaisquer outros nomes de domínio semelhantes.

O tribunal argumentou que o blog trazia uma seção de *links* que remetia o usuário para outros sites, sendo um deles o de uma revista semanal concorrente. Havia também anúncio de sorteio de uma assinatura dessa revista – com reprodução integral de sua capa. De acordo com o tribunal, ao reproduzir a capa da revista sem adulteração ou comentário crítico, estaria caracterizado o conteúdo comercial do blog. E nos termos do art. 132, IV, da Lei 9.279/96, “o titular da marca não poderá: [...] IV – impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo”.

A condenação por violação de marca significou restrição à liberdade de expressão. Isso não foi considerado pelo tribunal – o que é ainda mais grave dado o contexto de eleição presidencial à época. Mediante um instituto jurídico (o da proteção à marca) o tribunal restringiu o direito à liberdade de expressão sem sequer mencionar a questão.

Esses não são casos isolados. Ao lado do “Porta dos Fundos”, outros canais e humoristas já foram demandados no Judiciário em razão do conteúdo produzido. Em 2015, o ilustrador Vitor Teixeira

6 FOLHA ONLINE. *Porta dos Fundos fala sobre retirada de dois vídeos do YouTube*. 10 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2014/10/1530405-porta-dos-fundos-fala-sobre-retirada-de-dois-videoes-do-youtube.shtml>. Acesso em: 10 dez. 2018.

7 TJSP. Apelação 0184534-27.2010.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Moreira Viegas, julgada em 17.04.2013.

recebeu uma notificação extrajudicial da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) pedindo que a página do Facebook do ilustrador fosse removida. A charge que motivou a notificação mostrava um “gladiador” da IURD golpeando uma mãe de santo com uma espada – fazendo referência a um vídeo divulgado pela mesma igreja. Após um acordo, Vitor manteve a sua página e apagou apenas a charge⁸. Mais recentemente, durante as eleições de 2016, o Facebook retirou do ar um perfil falso anônimo com sátiras envolvendo um candidato a prefeito de Joinville, em Santa Catarina. A Justiça Eleitoral determinou multa diária por descumprimento da decisão, além da suspensão da plataforma por 24 horas. Com a exclusão do perfil, a plataforma acabou não sendo suspensa pela Justiça Eleitoral⁹.

Isso significa que a liberdade para se fazer humor na internet tem sido constantemente desafiada pela ideia do “politicamente correto”¹⁰ e pelo conceito de difamação¹¹. Com a multiplicação do número de conteúdos produzidos e a potencialização do número de acessos, suspeita-se ter também aumentado o número de ações judiciais questionando conteúdos potencialmente ofensivos. Com isso, torna-se central o papel do Poder Judiciário, a quem cabe traçar, no caso concreto, os limites da expressão humorística.

Basicamente, as demandas relacionadas a esses conteúdos podem ser levadas ao Judiciário pela via criminal e/ou pela via cível. No primeiro caso, os argumentos mais comuns são os crimes contra a honra, como calúnia, difamação e injúria, tipificados, respectivamente,

8 REVISTA GALILEU. *O ilustrador Vitor Teixeira fala sobre a polêmica charge da Igreja Universal*. Globo.com. 27 de março de 2015. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2015/03/o-ilustrador-vitor-teixeira-fala-sobre-polemica-charge-da-igreja-universal.html>, último acesso em 10.12.2018.

9 UOL NOTÍCIAS. *Facebook tira do ar perfil com sátira de candidato após ameaça de suspensão*. Uol. 10 de outubro de 2016. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/10/10/facebook-tira-do-ar-perfil-com-satira-de-candidato-apos-ameaca-de-suspensao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2018.

10 Porto Macedo também constata esses desenvolvimentos. Cf. PORTO MACEDO, Ronaldo Jr. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? In: *Revista Direito GV*, vol. 13, No. 1, 2017, p. 275.

11 De acordo com o relatório de transparência do Google, desde julho de 2010, 34% das ordens judiciais de determinando remoção de conteúdo se basearam em alegações de difamação. GOOGLE. *Pedidos governamentais de remoção de conteúdo*. Disponível em: <https://www.google.com/transparencyreport/removals/government/?hl=pt-PT>. Acesso em: 10 dez. 2018.

pelos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. Recentemente, tem crescido o número de propostas legislativas com a intenção de alargar o escopo de aplicação de tais tipos penais, fazendo com que passem a abarcar outras situações.¹² No caso dos pedidos formulados na justiça cível, os argumentos mais recorrentes também estão ligados à proteção da honra e da imagem (art. 5º, V e X, da Constituição Federal, e arts. 186, 187 e 927 do Código Civil), de um lado, e à proteção da liberdade de expressão, de outro (art. 5º, IX, da Constituição Federal). Tais conceitos estão tutelados de maneira bastante genérica no ordenamento jurídico brasileiro, daí a importância fundamental do Poder Judiciário na sua delimitação.¹³

No caso das ações penais, para que se constituam os crimes de calúnia, difamação ou injúria, são necessários certos requisitos, em especial, quanto à intenção daquele que supostamente cometeu o crime - é o chamado “elemento subjetivo do crime”. Para o crime de calúnia, é necessário o *animus caluniandi*, isto é, a intenção de imputar falsamente a alguém fato definido como crime.¹⁴ Por exemplo, acusar o colega de

12 O Projeto de Lei nº 215/2015, por exemplo, pretende criar uma causa de aumento de pena para os crimes contra a honra cometidos através das redes sociais. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 215/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Acesso em: 10 dez. 2018. O Projeto de Lei nº 2712/2015 pretende obrigar os provedores de aplicações de internet a remover, por solicitação do interessado, referências a registros sobre sua pessoa na internet. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 2712/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1672348>. Acesso em: 10 dez. 2018.

13 A título de exemplo, ver TJSP. *Apelação 0144173-65.2010.8.26.0100*, Rel. Fortes Barbosa, julgada em 27.02.2014, p. 6: “Não resta dúvida, assim, ter ocorrido violação do direito à imagem, passível de indenização, nos termos do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, eis que foi consumado um ato ilícito. Irrelevante, portanto, a argumentação da apelante de que a exposição não submeteu o autor a situação vexatória, humilhante ou desrespeitosa. Um ato ilícito foi consumado. Considerada a imagem como expressão sensível e formal da personalidade de um indivíduo e, portanto, bem personalíssimo, de identificação no meio social, já está assentado que seu uso indevido, com a efetivação de ‘exploração comercial sem autorização ou participação do titular no ganho através dela obtido’ implica na concretização de um dano.”

14 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 9ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 583: “Qualquer *animii* que, de alguma forma, afaste o *animus offendendi* exclui o elemento subjetivo: *animus jocandi* (intenção jocosa, caçoar); *animus consulendi* (intenção de aconselhar, advertir), desde que tenha dever jurídico ou moral de fazê-lo; *animus corrigendi* (intenção de corrigir), desde que haja a relação de autoridade, guarda ou dependência, exercida em limites

trabalho de ter subtraído seu dinheiro, ciente da falsidade da acusação, constitui o crime de calúnia. Para o crime de difamação, é necessário o *animus diffamandi*, isto é, a intenção de ofender a honra, de imputar um fato desonroso, imoral a alguém, apto a denegrir a imagem da vítima no meio social.¹⁵ Por exemplo, espalhar um boato de que fulano traiu ciclana constitui o crime de difamação, mesmo que se prove verdadeira a traição. Para o crime de injúria, é necessário o *animus injuriandi*, isto é, a intenção de injuriar também a honra, mas a subjetiva, isto é, o sentimento que temos de nós mesmos. Ao contrário do que ocorre com os tipos calúnia e difamação, a configuração da injúria prescinde de qualquer circunstância fática infamante, bastando a imputação de um atributo pejorativo. É o caso, por exemplo, de um xingamento dirigido a alguém.¹⁶

A existência de quaisquer outros *animii* distintos desses exclui a possibilidade de tipificação. Isso significa que nenhum desses crimes poderia ser cometido por acidente: é necessária a intenção daquele que produz determinado conteúdo em caluniar, difamar ou injuriar. Tais casos foram excluídos da nossa análise justamente porque a lei traz diversos critérios para sua aplicação excluindo, em tese, a utilização da via judiciária para questionar conteúdos produzidos sem essa intenção de ofender. No caso das ações cíveis, percebe-se uma generalidade

toleráveis; *animus defendendi* (intenção de defender), que, inclusive, em relação a injúria e difamação, é excluído expressamente pelo art. 142, I, do CP e pelo Estatuto da OAB”.

- 15 Cf. *Ibid.*, p. 593: “A difamação exige o especial fim de difamar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido. A ausência desse especial fim impede a tipificação do crime. Por isso, a simples idoneidade para ofender das palavras é insuficiente para caracterizar o crime, como ocorre, em determinados setores da sociedade, com o uso de palavras de baixo calão, por faltar-lhe o propósito de ofender.” (...) “Não há *animus diffamandi* na conduta de quem se limita a analisar e argumentar dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação. Na verdade, postura comportamental como essa não traduz a intenção de ofender, a exemplo de todas as hipóteses que referimos relativamente à calúnia”. A honra, nesse caso, é a objetiva, e diz respeito à reputação do indivíduo, à sua boa fama, o conceito que a sociedade lhe atribui.
- 16 Cf. *Ibid.*, p. 597: “O próprio texto legal encarrega-se de limitar os aspectos da honra que podem ser ofendidos: a dignidade ou o decore, que representam atributos morais e atributos físicos e intelectuais, respectivamente”. E, na p. 600: “Além do dolo, faz-se necessário o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido. Simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si só, são insuficientes para caracterizar o crime de injúria”.

maior no texto da legislação, o que aumenta significativamente o papel da jurisprudência na sedimentação de balizas interpretativas. Por essa razão, com vistas a identificar quais são essas balizas e de que forma o judiciário tem se posicionado em relação a essas demandas, esse projeto foca-se na análise de decisões emanadas da justiça cível. A pesquisa será orientada por duas questões: (i) o Judiciário tende a priorizar a proteção da liberdade de expressão ou de direitos da personalidade em casos que discutem os limites do discurso humorístico? (ii) quais os efeitos do posicionamento do Judiciário nas atividades desenvolvidas por produtores de conteúdo?

Para respondê-las, será necessário identificar o perfil das ações de atores supostamente lesados por conteúdo humorístico disponibilizado através da internet, analisar a resposta do Judiciário a essas demandas (remoção de conteúdo, indisponibilização das referências em mecanismos de busca, indenização, etc.), e, dentro dos dados colhidos, levantar e dissecar os principais argumentos utilizados nos casos paradigmáticos que balizam a ideia de dano à honra e à imagem na rede. Em seguida, são consideradas as circunstâncias que podem levar à resolução extrajudicial desses conflitos, como a utilização de notificações solicitando a remoção ou a indenização pela veiculação de conteúdos.

1 Metodologia

O presente projeto de pesquisa está dividido em duas fases. A primeira, cuja metodologia se explicita abaixo, visa reunir dados sobre o resultado de processos judiciais envolvendo conteúdos humorísticos disponibilizados na Internet, especialmente em relação (i) à quantidade de deferimentos de pedidos de remoção de conteúdo e de indenização, dentre outros que tenham impacto sobre a liberdade de expressão na rede, (ii) às principais características das partes envolvidas na demanda, e (iii) aos direitos envolvidos e invocados pelas partes na demanda, bem como aos padrões argumentativos empregados pelos tribunais no momento de decidir¹⁷. Para isso, essa parte do estudo se debruçará sobre

17 Para ver pesquisa similar que se propõe a identificar padrões argumentativos no Supremo Tribunal Federal, conferir: DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira. *O Supremo Tribunal Federal para além das Ações Diretas de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014, 128 p.

decisões judiciais de segunda instância de natureza cível, segundo critérios de seleção detalhados no item 1.1 e 1.2.

A segunda fase do projeto visa identificar os principais dilemas enfrentados por produtores de conteúdo online, seja pela ausência de um crivo editorial responsável por avaliar a sensibilidade de determinados conteúdos, seja pela possibilidade de esses conteúdos gerarem reações variadas, eventualmente levando a pedidos extrajudiciais de remoção de conteúdo e de responsabilização. Para tanto, serão realizadas entrevistas semiestruturadas com produtores de conteúdo selecionados, conforme critérios expostos oportunamente.

O estudo quantitativo de decisões judiciais exige algumas ressalvas sobre as fontes utilizadas, a forma parcial de disponibilização dos dados pelos órgãos do sistema de justiça e as inferências possíveis a partir deles. Desta forma, a porção metodológica deste trabalho está dividida em quatro partes: (i) breves considerações sobre pesquisa empírica com decisões judiciais; (ii) levantamento de dados e critérios de seleção para a construção da amostra de decisões analisadas; (iii) delimitação das categorias de análise das decisões; e, por fim, (iv) objetivos.

1.1 Breves considerações sobre pesquisa empírica com decisões judiciais

Em primeiro lugar, o uso da Internet como meio de acessar informação produzida pelos tribunais remodelou a função jurisdicional em termos de transparência e de acessibilidade, afetando a relação (i) entre tribunais e advogados, (ii) entre advogados e seus clientes e (iii) entre tribunais e o público em geral¹⁸. Quanto à terceira relação, isso possibilitou que acadêmicos (em especial, do direito e das ciências sociais), pudessem escrutinar as decisões judiciais, contribuindo com a própria evolução da jurisprudência. Não pretendemos, aqui, explicitar a relação entre os tribunais e o público interessado em acompanhar sua atividade jurisdicional, ainda que o presente trabalho – enquanto pesquisa empírica de jurisprudência – insira-se nesse terceiro tipo de controle¹⁹. É preciso atentar, no entanto, quanto à utilização dos bancos

18 FRAGALE FILHO, Roberto. The use of ICT in Brazilian courts. *Electronic Journal of e-Government*, v. 7, n. 4, p. 349-358, 2009.

19 Para uma análise detalhada sobre completude e funcionalidade das bases eletrônicas de julgados dos tribunais e sua relação com a pesquisa, ver WANG, Daniel et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de

de dados dos tribunais como fonte do material empírico utilizado. Com exceção das sentenças proferidas no âmbito de processos que correm em segredo de justiça, todas as decisões judiciais são publicadas no Diário Oficial em respeito ao princípio da publicidade dos atos processuais. Parte dessas decisões é também digitalizada e tornada pública nos *sites* dos respectivos tribunais. Pouco se sabe sobre os critérios de seleção de decisões digitalizadas de cada tribunal, que variam de um órgão para o outro²⁰. A frequência de atualização e o percentual de decisões tornadas públicas também variam.

Os mecanismos de busca e localização no *website* variam de acordo com o tribunal, além da forma de digitalização e indexação das decisões. Isso impõe uma primeira limitação à amostra da pesquisa, que dependeu de as decisões estarem indexadas com base nas palavras selecionadas para busca ou de estarem indexadas com base em seu inteiro teor, tal como disponibilizadas. Todos os tribunais brasileiros, de segunda instância e superiores, têm um banco de jurisprudência para pesquisa *online* das decisões proferidas por aquele órgão. O conjunto de decisões disponibilizadas não coincide necessariamente com o conjunto de decisões buscáveis a partir de palavras-chave. Apenas as decisões desse segundo grupo compõem o banco de dados da pesquisa²¹.

1.2 Levantamento de dados e construção do banco

Dado que as decisões de primeira instância são raramente disponibilizadas pelos tribunais em seus respectivos *sites*, foram analisadas apenas decisões de segunda instância de todos os tribunais de justiça estaduais brasileiros, da justiça federal e dos seguintes tribunais

análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, 2014, pp. 105-139.

20 Sobre as limitações dos bancos de dados de tribunais ver: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A Pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2014.

21 Vale ressaltar que pesquisas jurisprudenciais com diferentes objetos enfrentaram e enfrentam esse mesmo problema. Como exemplo, há o trabalho sobre legislação antirracista punitiva no Brasil de MACHADO, Marta de Assis; NERIS, Natália da Silva Santos; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 1, p. 60-92, 2015.

superiores: Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Para buscar as decisões, foram utilizados dois blocos de termos de busca combinados entre si: (i) o primeiro bloco ligado a humor com as palavras “humor”, “sátira”, “paródia”, “piada”, “sarcasmo”, “comédia”, “charge”, “ironia”; e (ii) o segundo bloco ligado à disponibilização do conteúdo *online*, com as palavras: “internet”, “online”, “virtual” e “rede”. A combinação dos blocos resultou em trinta e duas combinações de pares de palavras-chave²². As decisões encontradas foram então analisadas individualmente para descartar aquelas que não diziam respeito ao objeto de pesquisa.²³ Também foram descartadas decisões em que (i) não havia menção expressa ao caráter (alegadamente) humorístico do conteúdo, seja como argumento de defesa indicado no relatório, seja como parte da fundamentação da decisão; e (ii) não havia menção expressa de que o conteúdo estava disponibilizado *online*, de modo a excluir da pesquisa casos em que teria que se especular a respeito dessa disponibilização e que, portanto, não teriam adentrado na discussão sobre o impacto que essa disponibilização teria trazido para o caso, objeto central de estudo desta pesquisa.

Como a grande maioria dos casos selecionados se dividiu entre apelações e agravos de instrumentos, foram elaboradas duas planilhas distintas: (i) a de análise dos recursos de apelação, e (ii) a de análise dos agravos de instrumento²⁴. Os acórdãos e decisões monocráticas do STJ e do STF foram tabulados separadamente, assim como os agravos regimentais, embargos de declaração, embargos infringentes, *habeas corpus*, ações diretas de inconstitucionalidade, recursos inominados e outros tipos processuais²⁵. Também foram tabelados os casos excluídos, para eventual controle da amostra.²⁶

22 Por exemplo, “humor e internet”, “humor e online”, “humor e virtual”, e assim sucessivamente.

23 É o caso, por exemplo, de decisões sobre medicamentos para transtornos de humor vendidos em redes de farmácias.

24 Todos os agravos de instrumento analisados foram interpostos face a decisões antecipatórias de tutela.

25 A descrição da etapa de organização dos dados segue orientação no sentido de documentar o processo por meio do qual os dados foram coletados e analisados, já que ela pode revelar-se de grande importância na reprodução da pesquisa ou para dar ensejo a novas investigações. Sobre o tema, conferir EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa acadêmica em direito: as regras de inferência*. Vários tradutores. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 28

26 A combinação dos blocos resultou em trinta e duas combinações de pares

1.3 *Categorias de análise das decisões*

Todas as decisões foram classificadas de acordo com uma série de critérios que permitissem identificação *(i)* de cada acórdão, *(ii)* dos atores envolvidos, *(iii)* do resultado das decisões e a respectiva fundamentação, e *(iv)* das mídias utilizadas.

Em relação ao pedido, foram identificadas as seguintes categorias: (1) indenização por dano moral; (2) indenização por dano material; (3) pedido de remoção de conteúdo; (4) direito de resposta; e (5) suspensão de domínio de internet. Essas categorias foram combinadas quando os pedidos foram feitos cumulativamente.

Os autores das demandas foram classificados em sete categorias, que foram reproduzidas de trabalho produzido por Capelotti, para possibilitar a comparação de resultados²⁷: (1) celebridades; (2) pessoas jurídicas; (3) jornalistas ou produtores de conteúdo; (4) membros do Poder Judiciário; (5) pessoas com deficiência; (6) pessoas físicas; e (7) políticos. Os réus foram classificados em: (1) pessoa física; (2) administrador de sistema autônomo; (3) provedor de aplicações de Internet; (4) produtores de conteúdo *offline*, como redes de televisão. Tanto as categorias dos autores quanto as categorias dos réus podem ser cumulativas²⁸.

1.4 *Objetivos*

O objetivo da pesquisa consiste em usar o humor na Internet como recorte para avaliar de que maneira o Poder Judiciário tem se posicionado em casos envolvendo liberdade de expressão na rede. Para tanto, fizemos uso de algumas questões orientativas na análise dos dados coletados. Em primeiro lugar, o Judiciário tende a priorizar a proteção da liberdade de expressão ou de direitos da personalidade em casos que discutem os limites do discurso humorístico? O que leva o Judiciário a avaliar que determinada expressão humorística excedeu os limites da

de palavras-chave, que levaram a um grupo de 1.004 decisões. Dessas, foram selecionadas como relevantes 148 decisões, sendo 119 apelações e 29 agravos de instrumento.

27 CAPELOTTI, João Paulo. Defending laughter: an account of Brazilian court cases involving humor, 1997-2014. *International Journal of Humor Research*, v. 29, n. 1, p. 25-47, 2016.

28 Por exemplo, pode haver um autor que seja ao mesmo tempo uma celebridade e um político.

liberdade de expressão? Aqui, importam os parâmetros relacionados ao contexto em que o conteúdo foi produzido: a qualificação do autor e do réu, bem como os acontecimentos que ensejaram a demanda.

Em segundo lugar, quando o Judiciário considera que houve excesso, quais pedidos ele defere? Neste ponto, aprofundaremos as informações sobre os pedidos (e os deferimentos, mais especificamente) a partir de duas coordenadas: (i) tipos de pedidos que chegam ao Judiciário e seus fundamentos; e (ii) tipos de pedidos deferidos.

Por fim, quais os efeitos das decisões do Judiciário nas atividades desenvolvidas pelos produtores de conteúdo? Como eles recebem pedidos extrajudiciais de remoção de conteúdo? Tais decisões fornecem estímulos e desestímulos que impactam diretamente tanto no desenvolvimento das plataformas quanto nos conteúdos que serão produzidos. Isso fica ainda mais claro ao se levar em conta a possibilidade de responsabilização, seja dos provedores, seja dos produtores. Como hipótese, entendemos que um possível efeito da censura judicial ao humor é o “*chilling effect*” – também chamado de “efeito inibidor”: trata-se do desencorajamento do exercício legítimo de um direito por ameaça de alguma sanção²⁹.

À luz dessas questões e dos dados coletados, apresentaremos um diagnóstico da proteção da liberdade humorística em plataformas *online* no Poder Judiciário e suas eventuais consequências para produtores de conteúdo.

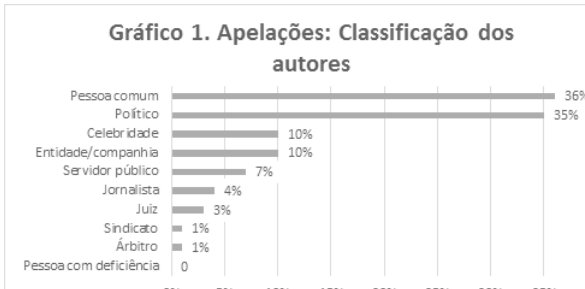
2 Os atores e seus pedidos

Nos casos analisados, os autores das demandas foram classificados em sete categorias, e os réus, em quatro – conforme apontado no item 1.3 acima. Nesta seção, apontamos a classificação dos atores envolvidos, além de destacarmos os pedidos e seus respectivos fundamentos levados a juízo, bem como a maneira como o Poder Judiciário posicionou-se em relação a eles.

29 Para mais detalhes sobre o conceito e o desenvolvimento da doutrina do *chilling effect* pelos tribunais estadunidenses, conferir SCHAUER, Frederick. Fear, risk and the First Amendment: unraveling the “chilling effect”. *Boston University Law Review*, v. 58, p. 685-732, 1978

2.1 O polo ativo: autores

No polo ativo das demandas costumam figurar pessoas comuns – i.e., agentes que não se enquadram nas demais categorias do gráfico – e políticos. Essas duas categorias representam, respectivamente, 36% e 35% do total das apelações. Chama a atenção o fato de um terço das apelações ter sido proposta por membros da classe política, principalmente considerando-se que não foram analisados casos da Justiça Eleitoral.³⁰

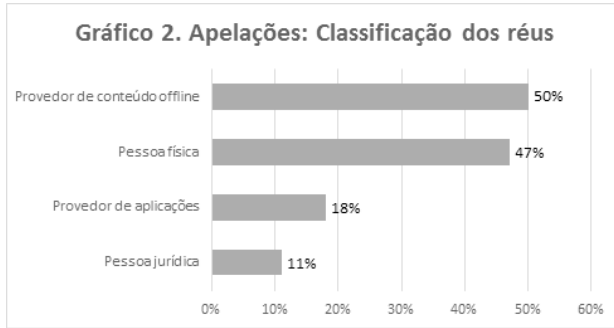


Fonte: InternetLab, 2018

2.2 O polo passivo: réus

No polo passivo das demandas costumam figurar provedores de conteúdo *offline*, tais como jornais impressos e emissoras de televisão – mas que mantêm canais *online* em que os conteúdos humorísticos objeto de ação também foram disponibilizados. Em regra, também figuram no polo passivo os respectivos responsáveis pelo conteúdo, como humoristas, cartunistas e pessoas comuns.

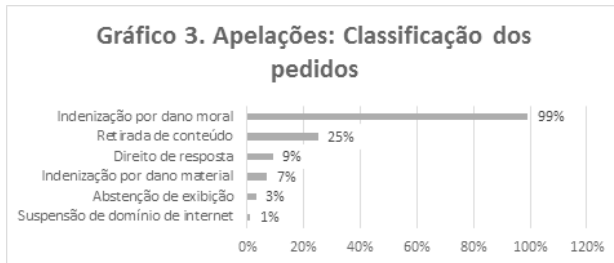
30 Para informações sobre pedidos envolvendo a retirada de conteúdo digital formulados na Justiça Eleitoral, conferir: ROSINA, Mônica Steffen Guise; SILVA, Alexandre Pacheco da, et al. *Justiça Eleitoral e Conteúdo Digital nas eleições de 2014*. FGV Direito SP, 2016. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/pesquisa_justica_eleitoral_fgv_2.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.



Fonte: InternetLab, 2018

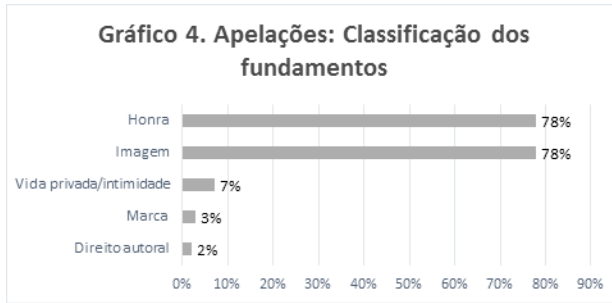
2.3 Os pedidos e os fundamentos

Em relação aos pedidos, a indenização por dano moral é pleiteada em quase todas as ações. Esse resultado está relacionado aos principais fundamentos apresentados: o direito à honra e o direito à imagem (ambos aparecem em 78% dos casos) que, caso violados, geram direito à indenização – nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.



Fonte: InternetLab, 2018

Já os pedidos de retirada de conteúdo estiveram presentes em 25% dos casos, tendo sido apresentados, sobretudo, por pessoas comuns (44%), políticos (19%) e entidades/companhias (13%). É importante destacar, ainda, que em 65% dos casos analisados, a mídia permanecia disponível para acesso *online* quando da decisão – em 3% delas a mídia não estava disponível (32% das decisões não mencionavam essa informação).



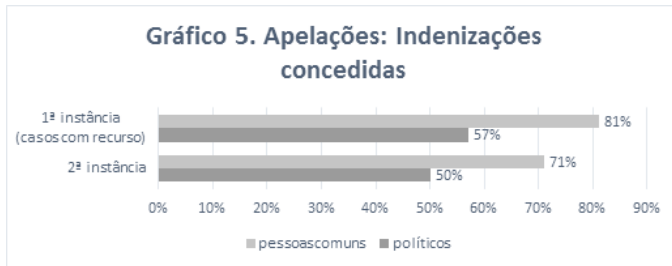
Fonte: InternetLab, 2018

Dos resultados das apelações analisadas pode-se constatar que o Poder Judiciário, em face do conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, tem decidido em prol dos últimos. No grupo das ações propostas por pessoas comuns, em 71% das apelações julgadas a indenização por dano moral foi concedida. Em 81% dos casos, a indenização havia sido concedida em primeira instância. No grupo de ações propostas pela classe política o cenário não é muito diferente: em 50% das apelações julgadas, foi concedida indenização em primeira instância. Em quase 60% dos casos, a indenização havia sido concedida em primeira instância. Fato ainda mais surpreendente é que a média do valor de indenização arbitrado para os membros da classe política em segunda instância foi de R\$ 16.358,32, enquanto o valor médio arbitrado para pessoas comuns foi de R\$ 13.800,00.

Os dados são especialmente preocupantes quando consideramos o papel da liberdade de expressão enquanto pilar dos regimes democráticos, tendo o potencial de blindar discursos de resistência à opressão e de formar a “*vontade coletiva [...] através do confronto livre de ideias*”³¹. Isso porque o embate entre opiniões diferentes sempre traz benefícios à sociedade em que ocorre, promovendo mudanças positivas rumo ao avanço científico, social e econômico³².

31 SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237.

32 MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.



Fonte: InternetLab, 2018

Tais números chamam a atenção, pois a liberdade para se fazer humor é uma importante ferramenta de crítica social e política. O tratamento que o Poder Judiciário vem dando a ela deve suscitar sérias reflexões sobre sua importância no Brasil. Políticos deveriam “ter a couraça mais grossa do que a do homem comum”³³ justamente por se tratarem de pessoas no exercício de funções públicas, especialmente para aqueles que compõem o governo, tendo em vista que regimes democráticos envolvem o crivo constante das ações tomadas pelo Estado.

Alguns dos casos analisados apontavam exatamente isso. O indivíduo que exerce alguma função pública não pode esperar a mesma proteção daquela dada a um cidadão comum.³⁴ É pressuposto do exercício de função pública um grau elevado de exposição³⁵, uma vez que tais funções devem ser passíveis de escrutínio pela população.³⁶ Outros casos apontavam, ainda, a necessidade de *intenção*, por parte

33 TJSP. *Apelação 1000914-38.2015.8.26.0223*, Rel. Galdino Toledo Júnior, julgada em 25.08.2015, p. 5.

34 TJSP. *Apelação 0004108-94.2007.8.26.0271*, Rel. Helio Faria, julgada em 18.09.2013, p. 6: “A assunção de cargo público implica a exposição relacionada à função por ele exercida, não podendo esperar a mesma privacidade de um cidadão comum”.

35 Esse também parece ser o entendimento dos tribunais nos EUA. Para mais informações sobre o assunto no contexto estadunidense, conferir LITTLE, Laura E. Just a joke: defamatory humor and incongruity’s promise. In: *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 21, 2011, p. 93-158.

36 TJSP. *Apelação 0004665-34.2007.8.26.0319*, Rel. Mary Grün, julgada em 22.10.2014, p. 8: “E, ainda que se tratasse de crítica direta do jornal sobre a sua conduta profissional, enquanto figura pública, agente político e vereador, cargo relevante, não se teria, necessariamente, conduta ilícita de sua parte, fazendo parte da carreira escolhida pelo requerente a exposição à opinião pública. Somente se trataria de ato ilícito, nesse caso, constatando-se abuso das requeridas, o que não ocorreu.”.

do humorista, de ofender o político. Ausente a intenção, não haveria porque responsabilizá-lo.³⁷

Também foi apontada a necessidade de contextualizar o conteúdo humorístico. Por exemplo, num contexto de eleições, espera-se que os candidatos a cargos políticos sejam mais tolerantes com a exposição de sua imagem. Afinal, “durante a campanha ocorrem, ao menos, manifestações deselegantes e até mesmo deseducadas.”³⁸ Com base nesses precedentes, uma maior tolerância ao escrutínio público deveria ser requisito a qualquer pessoa que pretenda concorrer a um cargo público.

Esses critérios, no entanto, estão longe de ser unanimidade entre os juízes – como os gráficos acima já apontaram. Sobre um vídeo satirizando um político no Rio Grande do Sul, entendeu-se que “não se admite a ridicularização de pessoas no exercício de função pública”. Além desse argumento, a decisão também continha outros pontos problemáticos, dizendo que uma notícia, “para ser reconhecida como manifestação de opinião, de modo algum pode conter ofensas, devendo corresponder exatamente à verdade”.³⁹ Ora, pode-se dizer que uma sátira é uma mentira? É possível satirizar alguém sem ofender? A quem cabe dizer o que é verdade e o que é mentira, o que é ofensivo e o que não é? A decisão não se debruçou sobre essas questões e são decisões desse tipo que criam precedentes ameaçadores à liberdade de expressão⁴⁰.

37 TJSP. *Apelação 0009517-17.2011.8.26.0625*, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, julgada em 13.12.2012, p. 5: “Não houve, pois, por parte dos réus veiculação de notícia falsa ou propósito de ofensa à imagem dos autores, razão pela qual se mostra incabível a pretensão indenizatória.” Ver também TJSP. *Apelação 0004665-34.2007.8.26.0319*, Rel. Mary Grün, julgada em 22.10.2014, p. 8: “[...] não houve o intuito de, por meio da notícia, injuriar, difamar ou caluniar o autor, verificando-se, na verdade, o exercício regular da liberdade de imprensa pelo veículo de comunicação, [...]”

38 TJSP. *Apelação 0004797-87.2008.8.26.0115*, Rel. Natan de Arruda, julgada em 24.03.2011. Outro exemplo de contextualização está na TJSP. *Apelação 0009517-17.2011.8.26.0625*, Rel. Carlos Henrique Trevisan, julgada em 13.12.2012, p. 4: “Conforme bem ressaltado na sentença, é necessário contextualizar o conteúdo do vídeo ao momento pelo qual passava a administração municipal de Taubaté, que passou a ser objeto de investigação por parte da Polícia Federal e do Ministério Público para apuração de fraudes relativas à compra, venda e distribuição de medicamentos e merenda escolar, que inclusive culminaram com a prisão dos autores por três dias”.

39 TJRS. *Apelação 70053539458*, Rel. Marilene Bonzanini, julgada em 14.08.2013.

40 Reflexões dessa ordem foram desenvolvidas por Laura Little em pesquisa

Outro critério recorrente nesses casos foi a possibilidade de individualização do suposto ofendido. Em outras palavras: é possível individualizar – no sentido de se identificar – a pessoa? Em caso negativo, não há porque responsabilizar o humorista. Em caso positivo, analisam-se as demais circunstâncias.⁴¹

O meio em que a suposta ofensa é propagada também é relevante. Para os nossos objetivos, destacamos dois motivos principais: (i) ele é importante, pois tem grande peso na quantificação do dano;⁴² e (ii) a internet – e em particular, as plataformas de compartilhamento de conteúdo *online* – apresenta certas peculiaridades que devem ser levadas em conta na análise da responsabilização.

Em um caso envolvendo pedido de remoção de comentários anônimos num blog, esse segundo ponto foi bem trabalhado. O juiz argumentou que, em se tratando de um blog, é possível a qualquer um comentar, mesmo com identificação falsa. Nesse caso, não cabe ao Poder Judiciário proibir a publicação de mensagens, sendo o titular do blog responsável pela exclusão dos comentários ofensivos à honra e à dignidade alheias.⁴³

que se propôs a analisar a jurisprudência de tribunais estadunidenses. Na ocasião, Little destacou que a dicotomia “opinião” x “fato”, frequentemente mencionada na jurisprudência estadunidense, não se mostrou apta a resolver todos os casos. Cf. LITTLE, Laura E. op. cit., p. 120.

41 TJSP. *Apelação 0008400-09.2009.8.26.0286*, Rel. Coelho Mendes, julgada em 12.03.2013, p. 4: “Com efeito, da leitura do material exibido na página eletrônica do autor, não se consegue identificar qualquer parlamentar, pelo contrário, trata-se de espécie de controle da população acerca das atividades desenvolvidas na Assembleia, não se extraindo qualquer ofensa ao Poder Legislativo na hipótese”.

42 Ver, entre outros, TJSP. *Apelação 9061259-28.2009.8.26.0000*, Rel. Claudio Godoy, julgada em 14.05.2013, p. 11: “inclusive de grande acesso [o blog], constando mais de quarenta mil acessos. [...] É que o réu mantém *blog* e não grande conglomerado de mídia, impondo-se que a indenização, a despeito de seu efeito dissuasório, se mostre proporcional à condição do ofensor, e sem representar indevido proveito ao ofendido.”. Ver também TJRS. *Apelação 70047125794*, Rel. Paulo Roberto Lessa Franz, julgada em 28.06.2012, p. 6: “Destaque-se que o tamanho da responsabilidade daqueles que possibilitam a divulgação de postagens ofensivas, pelas ofensas que sobrevierem, deve ser proporcional à velocidade com que as postagens na web assumem notoriedade”.

43 Ver TJRS. *Apelação 70047125794*, Rel. Paulo Roberto Lessa Franz, julgada em 28.06.2012, p. 6 e ss.: “Por outro lado, em se tratando de um blog, site que se caracteriza pela interação e que admite que comentários de terceiros sobre os temas nele abordados sejam constantemente publicados, há de se destacar a possibilidade de qualquer do povo, com falsa identificação a ele aderir, postando seus comentários. [...] Por outro lado, não se ignora a total responsabilidade do

Ainda que a solução encontrada pelo juiz possa ser problematizada, ela sugere que é preciso considerar como funcionam as diversas plataformas antes de se tomar decisões pela restrição da liberdade de expressão.

Analisaremos agora algumas das consequências que tais decisões podem ter, com especial ênfase nas preocupações levantadas por produtores de conteúdo nas entrevistas que realizamos.

3 As consequências das decisões

Um blogueiro foi condenado ao pagamento de R\$ 10 mil por ter publicado uma fotomontagem do então prefeito de Osasco, Emídio Pereira de Souza, no corpo de um porco.⁴⁴ A intenção, de acordo com o autor, era denunciar a “máfia do lixo”. Decisões dessa natureza transmitem incerteza e insegurança para outros cidadãos que pretendam se manifestar, pois o receio por uma condenação gera efeitos colaterais adversos, inibindo a livre expressão. Este caso é ilustrativo dos “*chilling effects*” - que, conforme se disse, também são conhecidos como “efeitos inibidores”: o desencorajamento do exercício legítimo de um direito por ameaça de alguma sanção.

Na segunda etapa, fizemos entrevistas com produtores de conteúdo *online*⁴⁵ para entender qual o impacto que o posicionamento do Judiciário em casos envolvendo expressão humorística na internet pode ter sobre suas atividades. Os entrevistados fazem uso de plataformas como Instagram, Twitter e, sobretudo, Facebook.

De uma forma geral, constatamos que os produtores de conteúdo não exercem controle editorial prévio à publicação. Por outro lado, a mera notificação pedindo a remoção do conteúdo é, na maior parte dos

titular do blog (blogueiro) pelos comentários que forem ali postados, até porque tem irrestrita possibilidade (e dever) de excluir os comentários ofensivos à honra e à dignidade alheias. [...] O que se quer dizer é que não cabe a este juízo ordenar que os demandados não publiquem mensagens anônimas, porque a vedação ao anonimato é ordem constitucional, havendo ônus para quem o fizer e o ônus é a responsabilidade civil e criminal pelo teor dessas mensagens ‘anônimas’.”

44 TJSP. Apelação 9061259-28.2009.8.26.0000, Rel. Claudio Godoy, julgada em 14.05.2013.

45 Administradores das contas @eitacrispim, no Twitter, Iquarto, no Instagram, do grupo Acervo de gifs e imagens chiques, no Facebook, da página Armandinho morrendo violentamente, no Facebook, e da página Cenas Lamentáveis, também no Facebook.

casos, suficiente para ensejar a sua remoção, por parte dos próprios produtores. Muitas vezes essa notificação consiste em uma simples mensagem por meio da própria plataforma onde o conteúdo é veiculado.

Em uma das entrevistas, o administrador de uma página humorística afirmou, falando sobre imagens de pessoas anônimas divulgadas na plataforma:

a gente não precisa de ameaça de processo pra tirar a foto não, se a pessoa pediu, a gente tira, mas essas pessoas chegam bem ofensivas, na verdade, ‘ou tira ou eu vou processá-los’. E nunca passou disso, mas a gente já teve que retirar a foto algumas vezes. Se eu não me engano, duas⁴⁶

E, de acordo com ele, o motivo pelo qual removem o conteúdo é “[...] principalmente para evitar problemas. A gente sabe que você retira foto e pronto, acabou, e não tem dor de cabeça”. Isso mesmo nos casos em que os administradores não consideram que a imagem causava dano à pessoa em questão, por diversos motivos. Esse tipo de preocupação apareceu também nas demais entrevistas. Outro produtor de conteúdo afirmou, por exemplo, que a regra é “se ofendeu alguém, melhor tirar”⁴⁷.

Receios envolvendo eventuais violações de direito autoral suscitam, igualmente, a retirada ou modificação de conteúdos por parte dos produtores. Nesse sentido, um dos entrevistados mencionou: “já aconteceu de ameaçarem de processo por não creditar a foto [...] a gente tenta tratar da melhor forma possível, pede desculpa, pergunta se quer que retira a foto, ou se ele prefere que dá os créditos, edita o post e da os créditos”⁴⁸.

Assim, notamos que os produtores de conteúdo entrevistados tomam decisões com base em uma percepção de que se tornar réu em um processo judicial significa, quase que automaticamente, ser condenado ao final. Essa percepção se deve, muito provavelmente, à tutela mais substantiva dos direitos da personalidade (sobretudo honra e imagem) pelo Judiciário, em detrimento da liberdade de expressão: se os tribunais não são vistos como defensores da liberdade de expressão,

46 Declaração de um dos administradores da página Cenas Lamentáveis no Facebook em entrevista concedida via Skype em 2015. Ele pediu para não ser identificado.

47 Declaração de um dos administradores do grupo Acervo de gifs e imagens chiques no Facebook, em entrevista concedida via Skype em 2015.

48 Declaração de um dos administradores da página Cenas Lamentáveis, conforme mencionado acima.

é de se esperar que os produtores de conteúdo, diante de alguma ameaça de processo, sejam intimidados.

Conclusões

Em síntese, a pesquisa desenvolvida confirmou as hipóteses de investigação: nos casos envolvendo conteúdos humorísticos na internet, a maioria das decisões analisadas admite a restrição à liberdade de expressão em favor de outros direitos, com o direito à honra e a imagem. Essa conclusão, inferida em números como os altos índices de deferimento de pedidos de indenização (71%, no caso de pessoas comuns, e 50%, no caso de políticos, ambos em segunda instância), atesta os riscos relativamente elevados de se fazer humor no Brasil.

Considerando o papel de relevância do humor na discussão de questões de interesse público e na formulação de críticas mordazes, sobretudo no campo da política, os resultados da pesquisa mostraram-se preocupantes. A situação é especialmente problemática quando se consideram os pedidos formulados por membros da classe política, os quais, em decorrência do papel de relevância que exercem para a sociedade, deveriam ser mais tolerantes ao escrutínio público. Nesse ponto, destaca-se, inclusive, que a média do valor de indenização arbitrado para os membros da classe política em segunda instância (R\$16,3 mil) foi superior àquele arbitrado para pessoas comuns (R\$13,8 mil).

Números como esses exigem que se promova uma séria reflexão sobre o peso dado à liberdade de expressão pelos tribunais no Brasil. Sendo uma poderosa ferramenta de crítica social e política, a liberdade para se fazer humor não deveria ser tão frequentemente relativizada.

A isso se soma o fato de que a própria ameaça da ação judicial já se mostra como uma eficaz estratégia de constrangimento e censura. Isso ficou evidente na análise das entrevistas, que indicaram ser uma prática comum entre os produtores de conteúdo o atendimento a pedidos extrajudiciais de remoção, com o objetivo de se impedir o ajuizamento de ação judicial.

Sendo assim, o artigo demonstra de que forma o posicionamento dos tribunais contribui para uma percepção geral de que liberdade de expressão é um direito que merece um grau de proteção menor do que aquele conferido a direitos como honra e imagem, gerando um importante efeito inibidor (*chilling effect*) sobre a atuação dos produtores

de conteúdo. Nesse contexto, os grandes prejudicados parecem ser o interesse público e, no limite, a própria democracia: ao enfraquecer as ferramentas de que dispõem os brasileiros para criticar quem/o que julgarem necessário, o Judiciário pode sufocar o debate público em prol de interesses individuais.

Referências

BITENCOURT, C. R. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Projeto de Lei 215/2015. *Portal da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 5 fev. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 2712/2015. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 19 ago. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1672348>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CAPELOTTI, J. P. Defending laughter: an account of Brazilian court cases involving humor, 1997-2014. *International Journal of Humor Research*. [S.l.], v. 29, n. 1, p. 25-47, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira. *O Supremo Tribunal Federal para além das Ações Diretas de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014, 128 p.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa acadêmica em direito: as regras de inferência*. Vários tradutores. São Paulo: Direito GV, 2013.

FACEBOOK tira do ar perfil com sátira de candidato após ameaça de suspensão. *Uol Notícias*. São Paulo, 10 out. 2016. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/10/10/facebook-tira-do-ar-perfil-com-satira-de-candidato-apos-ameaca-de-suspensao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2018.

FGV DIREITO SP. *Justiça Eleitoral e Conteúdo Digital nas eleições de 2014*. São Paulo, 2016. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/pesquisa_justica_eleitoral_fgv_2.pd. Acesso em: 10 dez. 2018.

FRAGALE FILHO, R. The use of ICT in Brazilian courts. *Electronic Journal of e-Government*. [S.l.], v. 7, n. 4, p. 349-358, 2009.

GOOGLE. *Government requests to remove content*. [S.l.], 2016.
Disponível em: <https://www.google.com/transparencyreport/removals/government/?hl=pt-PT>. Acesso em: 10 dez. 2018.

ILUSTRADOR Vitor Teixeira fala sobre a polêmica charge da Igreja Universal. *Galileu*. São Paulo, 27 mar. 2015. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2015/03/o-ilustrador-vitor-teixeira-fala-sobre-polemica-charge-da-igreja-universal.html>. Acesso em: 10 dez. 2018.

LIMA, A. C. P. *Visual, Coloquial, Virtu@al*: o uso da expressão gráfica na conversação em redes sociais. Ano 2014. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LITTLE, Laura E. Just a joke: defamatory humor and incongruity's promise. In: *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 21, p. 93-158, 2011.

MACHADO, Marta de Assis; NERIS, Natália da Silva Santos; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 1, p. 60-92, 2015.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

NUBLAT, J.; LIMA, I. M. Associação católica vai ao Ministério Público contra Porta dos Fundos. *Folha Online*, São Paulo, 13 jan. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2014/01/1396983-associacao-catolica-vai-ao-ministerio-publico-contra-porta-dos-fundos.shtml>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PORCHAT, F. 'Humor é ferir a moral e os bons costumes'. *Estadão*. São Paulo, 17 mai. 2013. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,humor-e-ferir-a-moral-e-os-bons-costumes-imp-,1032725>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTA dos Fundos fala sobre retirada de dois vídeos do YouTube. *Folha Online*, São Paulo, 10 out. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2014/10/1530405-porta-dos-fundos-fala->

sobre-retirada-de-dois-videos-do-youtube.shtml.Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTO MACEDO, Ronaldo Jr. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? In: *Revista Direito GV*, vol. 13, No. 1, 2017, p. 274-302.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70047125794, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Paulo Roberto Lessa Franz, Porto Alegre, 28 de junho de 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70053539458, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Marilene Bonzanini, Porto Alegre, 14 de agosto de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0004108-94.2007.8.26.0271, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Hélio Faria, São Paulo, 18 de setembro de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0004665-34.2007.8.26.0319, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Mary Grün, São Paulo, 22 de outubro de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0004797-87.2008.8.26.0115, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Natan de Arruda, São Paulo, 24 de março 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0008400-09.2009.8.26.0286, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Coelho Mendes, São Paulo, 12 de março 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0009517-17.2011.8.26.0625, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan, São Paulo, 13 de dezembro 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0030663-86.2011.8.26.0602, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal

de Justiça de São Paulo, Relator Roberto Maia, São Paulo, 6 de novembro de 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0144173-65.2010.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Fortes Barbosa, São Paulo, 27 de fevereiro de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0184534-27.2010.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Moreira Viegas, São Paulo, 17 de abril de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1000914-38.2015.8.26.0223, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Galdino Toledo Júnior, São Paulo, 25 de agosto de 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 9061259-28.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Claudio Godoy, São Paulo, 14 de maio de 2013.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. Fear, risk and the First Amendment: unraveling the “chilling effect”. *Boston University Law Review*, v. 58, p. 685-732, 1978.

SØRENSEN, M. J. *Humorous Political Stunts: Nonviolent Public Challenges to Power*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Wollongong, Austrália, 2014.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A Pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2014.

WANG, D. et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. [S.l.], v. 1, n. 1, p. 105-139, 2014.

OPINIÓN PÚBLICA Y DERECHO A LA SALUD EN EL CONTEXTO DE UNA SOCIEDAD COMPLEJA

PUBLIC OPINION AND RIGHT TO HEALTH IN A COMPLEX SOCIETY

Claudia Zalazar^I 
Sandra Regina Martini^{II} 

^I Universidad Blas Pascal, Provincia de Córdoba, Argentina. Doutora em Direito.
E-mail: cursoszalazar@gmail.com

^{II} Centro universitário Ritter dos Reis (UniRitter), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UniRitter, Canoas, RS, Brasil. Pós-Doutora em Direito. E-mail: srmartini@terra.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3089>

Autoras convidadas

Resumen: En una sociedad compleja, la comunicación desempeña un papel fundamental, incluso con relación a la opinión pública y su manipulación en lo que se refiere a la corrupción de sistemas sociales y, en especial para este artículo, el sistema de salud. El objetivo es demostrar que la corrupción ocurre cuando un sistema opera con el código de otro sistema social. Para ello, el marco teórico y la metodología utilizados fue la Teoría General de los Sistemas Sociales. Se concluyó que la sociedad es una red de comunicación en la que cada sistema social opera con su código, so pena de configurarse en corrupción y que esa corrupción, así como noticias falsas, existe en el sistema de la salud y tiene como consecuencia la exclusión de los tradicionalmente excluidos.

Palabras clave: Sistema de salud, corrupción, comunicación y opinión pública.

Sumário: 1 Introducción. 2 Comunicación y opinión pública. 3 Comunicación y corrupción en el sistema de salud. 4 El problema de la manipulación de la opinión pública. 5 Sistema de derecho y sistema de la política. 6 Conclusiones. Referencias.

Abstract: In a complex society, communication plays a fundamental role, also regarding to public opinion and its manipulation in the social systems' corruption, and especially for this article, the health system. The purpose is to demonstrate that corruption occurs when one system operates with the code of another social system. For that, the theoretical framework and the methodology used was the General Theory of Social Systems. It was concluded that society is a communication network in which each social system must operate with its code, otherwise it will be considered corruption and this corruption, as well as false news, exists in the health system and has as a consequence the exclusion of the traditionally excluded.

Keywords: Health system; corruption, communication and public opinion.



1 Introducción

Este artículo presenta un debate sobre la forma en que la comunicación es fundamental en la sociedad actual. Las observaciones que hacemos sobre cualquier tema que envuelva a la sociedad, sólo es posible a través de la comunicación, ya que ésta es un elemento esencial en la sociedad en la cual vivimos.

En este orden de ideas, sociedad y comunicación presentan una fuerte interdependencia, ya que la sociedad sólo existe (como elemento u objeto de estudio) a través de la comunicación y la comunicación a su vez sólo es posible en la sociedad.

Estas reflexiones se visualizan en todo este artículo, en especial en el punto inicial donde debatiremos sobre comunicación y opinión pública. En el punto siguiente vamos a trabajar con el tema de la corrupción en el sector de salud, no solo en América Latina sino también en los casos existentes en la Unión Europea.

Otro tema que trataremos en este artículo es la manipulación de la opinión pública y los impactos en las poblaciones más excluidas, y como último tema reflexionaremos sobre la relación entre el sistema de la política y el sistema de salud.

A tal fin partiremos de la premisa que los fundamentos teórico metodológicos se encuentran en la teoría general de los sistemas sociales (TGSS). Asimismo consideramos que esta teoría nos puede auxiliar en el análisis de nuestro problema de estudio – los impactos de la opinión pública y la corrupción en el sistema de salud – y nuestro objetivo es demostrar que la corrupción ocurre cuando un sistema social opera como código de otro sistema.

Mucho se habla de la corrupción en el sistema de la política, mas observamos que la corrupción se encuentra en todos los segmentos sociales, inclusive en el sistema de la salud causando daños irreparables para la población.

Este artículo forma parte de la investigación de productividad de la CNPq y el Proyecto Universal de la parte brasilera, ya que la autora argentina se encuentra trabajando en el marco de la Cátedra Unesco en *Seguridad Humana y Desarrollo Regional* que ejerce la Universidad Blas Pascal.

2 Comunicación y opinión pública

öffentliche Meinung« ist heute ein Begriff, dessen Gegenstand fraglich geworden - vielleicht gar nicht vorhanden ist.¹

Históricamente² vemos que la vida en sociedad necesita ser “comunicada” entre los habitantes de las aldeas, las ciudades, las comunidades, etc.

La comunicación³ asume hoy un papel extremadamente relevante, especialmente utilizando el “instrumento” de la opinión pública en una sociedad diferenciada funcionalmente.⁴ Para comprender las improbabilidades de la comunicación es necesario recorrer los conceptos clásicos, aunque éstos se releven como ambiguos (aún cuando la ambigüedad es una conquista evolutiva). Hasta hace poco tiempo creíamos que la razón de la opinión pública podría exceder el control político, hoy sabemos de las nuevas complejidades de este tema.⁵

Para Luhmann, algunos conceptos que hoy utilizamos

-
- 1 LUHMANN, Niklas. *Öffentliche Meinung*. In: *Politische Planung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1971, p. 9-34, cit., p. 10.
 - 2 Ver David Hume, que muestra la necesidad de informar que existe en una sociedad.
 - 3 Para Luhmann, “el modo de operación que el sistema de la sociedad produce y reproduce, es la comunicación provista de sentido. Esto permite decir que el sistema jurídico, a medida que es un sistema-parte de la sociedad, utilizado como modo de operación de la comunicación, no puede hacer nada que no sea-como medio de sentido mediante la comunicación - componer formas (frases). Es trabajo del sistema social posibilitar y hacer esto evidente en el curso de una larga evolución sociocultural.”: LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, cit., p. 46.
 - 4 Opinión pública e diferenciación funcional están ligadas, son interdependientes: ahora a sociedad puede comunicar de manera jerárquica, e o conceito de o.p. serve pra descrever esta participação alargada aos membros da sociedade moderna (diferenciada): ver LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 312 (*La sociedad de la sociedad*. Editorial Herder, 2006, p. 242).
 - 5 “Un breve sguardo nella storia del pensiero è in grado di dimostrare che quella fede nella ragione, e quindi anche la credenza nella capacità dell’opinione pubblica di esercitare un controllo critico e di mutare l’assetto del potere, non poteva durare a lungo.”: LUHMANN, Niklas. *L’opinione pubblica*. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L’onda anonima. Scritti sull’opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Tönnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*. Roma: Meltemi, 2004. p. 148-181, cit., p. 152.

“libremente”, pueden enmascarar el problema así:

Concetti come politica, democrazia, dominio, legittimità, potere, rappresentanza, Stato di diritto, comportamento, opinione pubblica, non possedevano una grande facoltà di spiegare gli avvenimenti e i processi reali; essi servono a determinare le soluzioni dei problemi intese come conquiste istituzionali.⁶

Ahora si este concepto pretende resolver los conflictos y los problemas sociales, parten de una premisa equivocada, o mejor tienen indiferencia sobre el tema que es una cuestión en esta sociedad compleja: solucionar un problema es siempre crear nuevos problemas. O sea, se puede ver soluciones inmediatas, soluciones mediatas, sin embargo no son suficientes en una sociedad estructurada en sistemas sociales como es el actual. Es como pensar que la función de una teoría es resolver problemas sociales, se parte de una premisa equivocada, que podrá ser utilizada para reproducir una cadena de otros errores.

Muchas veces son utilizadas, a propósito por el sistema de la política, pero no como una resolución de un problema, creando en definitiva espacios para que la política pueda “operar”.

Estos son dos problemas que la ciencia moderna no resuelve, ya que continuamos utilizados viejos conceptos con nuevos significados, todavía no elaborados por el mundo científico. Por eso, para Luhmann fue interesante reconstruir conceptos utilizando otras áreas de conocimiento. Toda la TGSS fue elaborada a través de la deconstrucción y reconstrucción de conceptos.⁷

En cuanto a la conquista institucional, podemos reflexionar sobre cómo se viene dando en especial en el sistema de la política cuando se trata, por ejemplo de corrupción, en donde debemos reforzar la comunicación.

6 LUHMANN, Niklas. L'opinione pubblica. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L'onda anonima. Scritti sull'opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Tönnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*. Roma: Meltemi, 2004. p. 148-181, cit., p. 148.

7 El propio concepto de sociedad es revisado por Luhmann, mejor, él abandona el concepto tradicional de sociedad como conjunto de individuos que actúan e interactúan, colocando la de sociedad como la diferencia constitutiva entre el sistema y el medio ambiente. Definición ésta que rompió con la tradición sociológica, aunque ha buscado también en la sociología argumentos para la definición de la sociedad como sistema social (sobre eso ver a Parsons).

3 Comunicación y corrupción en el sistema de salud

La mayoría de las veces, “corrupción” es un término utilizado libremente y asociado con una amplia gama de prácticas que van desde la falta de comportamientos éticos, pagos excesivos de sobornos a funcionarios públicos y malversación de fondos públicos a gran escala, a una gama más amplia de prácticas económicas y políticas que son considerados como abusos de poder y que cada vez más son penalizados.

Si bien no existe una definición única y universalmente aceptada de la corrupción, la más comúnmente utilizada, refiere al *mal uso del poder encomendado para beneficios privados*.⁸ Esto permite un entendimiento más amplio que incluye no sólo a funcionarios públicos con poder encomendado, sino también al personal del sector privado así como la corrupción que se produce entre empresas privadas y dentro de las organizaciones de la sociedad civil.⁹

Cabe señalar que los tratados internacionales sobre corrupción que son más relevantes para América Latina y el Caribe, esto es la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), no ofrecen una definición de la corrupción pero definen actos específicos de corrupción como un delito penal.¹⁰ Estos actos incluyen el soborno y la malversación de fondos, abuso de funciones, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, pero también el lavado de dinero, encubrimiento y obstrucción de la justicia.

Aunque no trae una definición estanca de lo que sea jurídicamente corrupción y va al encuentro de las disposiciones de organismos internacionales, como los citados anteriormente, en Brasil, reciente proyecto de ley, conocido como “Paquete Anticrime”, de autoría del Ministro de Justicia Sérgio Moro, el cual tuvo un papel destacado en la conducción de las investigaciones en la Operación Lava-Jet como

8 Véase también Banco Mundial y Transparencia Internacional.

9 Aquellos en el sector privado quienes colaboran voluntariamente con oficiales de gobierno corruptos son igualmente culpables por prácticas corruptas cuando estos ofrecen y/o pagan sobornos con el fin de obtener una ventaja para sus compañías. Lo mismo se aplica a empleados de organizaciones de la sociedad civil quienes malversan fondos o recurren a sobornos con el fin de conseguir ciertos contratos públicos.

10 Uno de los puntos de partida para enfrentar a la corrupción en cualquier país, es saber si se define y cómo se define, en general y en detalle, en las propias leyes y constitución del país.

juez, fue propuesto al Congreso Nacional. El proyecto, en caso de ser aprobado, establecerá medidas y cambios en lo que se refiere a la corrupción, al crimen organizado ya los crímenes cometidos con grave violencia a la persona, trayendo cambios también en catorce otras leyes, entre ellas el Código Penal, Código de Proceso Penal, Ley de Ejecución Penal, Ley de Crímenes Hediondos y Código Electoral

Aunque no contenga una definición estanca de lo que se entiende como corrupción y vaya al encuentro de las disposiciones de organismos internacionales, como los supra citados, en Brasil un reciente proyecto de ley conocido como “Paquete Anticrimen”, de autoría del Ministro de Justicia Sérgio Moro, el cual tuvo un papel destacado en la conducción de las investigaciones en la Operación Lava-Jet como juez, fue propuesto al Congreso Nacional. El proyecto, en caso de ser aprobado, establecerá medidas y cambios en lo que se refiere a la corrupción, al crimen organizado y a los crímenes cometidos con grave violencia a la persona, trayendo cambios también en catorce otras leyes, entre ellas el Código Penal, Código de Proceso Penal, Ley de Ejecución Penal, Ley de Crímenes Horrendos y Código Electora¹¹.

Las líneas entre el abuso notorio de funciones encomendadas, comportamientos poco éticos y equivocaciones, son a menudo indefinidas, un reto particularmente evidente en la prestación de servicios de salud. A modo de ejemplo: si los médicos en un centro de salud pública constantemente derivan a los pacientes a la práctica privada, donde la cobertura de seguro de salud no se aplica, como en el caso del SIS peruano, es difícil determinar si esto se lo hace en el interés del paciente para que este reciba la atención necesaria o lo hace en beneficio de incrementar sus ingresos personales. La misma pregunta surge cuando los proveedores de servicios de salud con frecuencia facturan a las compañías de seguros o al gobierno los tratamientos más caros, a pesar que tratamientos más baratos o menos exhaustivos generen probablemente el mismo resultado. Y en caso que el tratamiento no haya sido indicado médicamente, es a menudo difícil de establecer si la decisión fue un abuso intencional, una práctica no ética o un error. Además, con frecuencia no hay claras líneas divisorias entre favores socialmente aceptados y sobornos de pequeña escala.

11 BRASIL. Congresso Nacional. *Pacote anticrime*. 2019. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjssp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Es cierto que el concepto de corrupción variará de acuerdo a la cultura y sociedad en el que esté inserto porque, como señala Toebes, determinadas conductas como pagos de dinero directamente a médicos que integran redes públicas de salud, en algunos países es considerado como corrupción y en otros no¹².

Como vemos, en este tipo específico de corrupción no nos faltan ejemplos dentro del sistema de salud, donde la solución de este problema determinado (que no siempre fue un problema) ha sido dada a través de simples combinaciones de nuevos comportamientos y no en tomar seriamente el problema del problema. Para ilustrar basta ver este ejemplo.¹³

Podemos afirmar que en América Latina y el Caribe existe poco conocimiento acerca de una causa y consecuencia importante de la mala gobernabilidad en los sistemas de salud, que afecta a muchos países de la región y que a menudo hace que los esfuerzos para mejorar la gobernabilidad del sector sean inútiles: la corrupción. Poco se sabe de cómo las vulnerabilidades a la corrupción afectan a las diferentes funciones y niveles de los sistemas nacionales de salud, y tal vez se sabe menos con respecto a la prestación de servicios de salud a nivel sub-nacional; pero lo que no hay duda es que las mismas existen y que ayudaría a todo el sistema y las poblaciones que las mismas fueran debidamente comunicadas. Ello es así ya que sin duda dicha comunicación ayudará en el futuro a la prevención de la corrupción.

La corrupción hace que las políticas de salud, iniciativas de salud, la provisión de servicios y la ayuda internacional, sean menos efectivas, minando los esfuerzos para aumentar la cobertura y calidad en los sistemas de salud y mejorar el estado de salud de la población. No hay duda, que la corrupción afecta a todos los sistemas de salud, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo, a través de la malversación de fondos de los presupuestos de salud, adquisición de medicamentos fraudulentos, fraude de seguros de salud, o sobornos extorsionado a nivel de la prestación de servicios. Las

12 TOEBES, Brigit. Human rights and health sector corruption. In: HARRINGTON, John; STUTTAFORD, Maria (ed). *Global Health and Human Rights: legal and philosophical perspectives*. Routledge, 2010, p. 102-34. p. 105.

13 TERRA, Márcia. Fake news e ativismo comprometem informação sobre nutrição. *Saúde*, 24/10/2018. Url: <https://saude.abril.com.br/blog/alimente-se-com-ciencia/fake-news-e-ativismo-comprometem-informacao-sobre-nutricao/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

consecuencias negativas son enormes y lo peor es que la carga recae desproporcionadamente sobre los pobres.

En términos más generales, la corrupción en el sector de salud tiene graves consecuencias en el acceso, calidad, equidad y efectividad de los servicios de salud. Sobre corrupción en el sistema de salud, Transparencia Internacional advierte:

Corruption in the health sector can mean the difference between life and death. Poor people are worst affected. Medical staff can charge unofficial fees to attend to patients. They may demand bribes for medication which should be free. Or they may let patients who bribe them queue-jump. Corruption also costs lives when fake or adulterated medications are sold to health services.

Without proper checks from regulators, public health funds can easily disappear. World Bank surveys show that in some countries, up to 80 per cent of non-salary health funds never reach local facilities. Ministers and hospital administrators can siphon millions of dollars from health budgets. Or they can accept bribes. This distorts policy and denies people hospitals, medicines and qualified staff. Stolen funds also hamper efforts to beat major health challenges, such as malaria and HIV/AIDS¹⁴.

A nivel de prestación de servicios, los pagos extraoficiales de usuario (pagos informales) desalientan a los pobres a utilizar estos servicios o los obligan a vender activos valiosos llevándolos aún más a la pobreza. Un documento de la Oficina de Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen señala:

En algunos países, el sistema de salud pública es visto como la institución más corrupta del servicio público, y este problema afecta innegablemente el desarrollo. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), los países en los que la corrupción es más fuerte son aquellos en los que las tasas de mortalidad infantil son las más altas.

Un sistema de salud eficiente es uno de los servicios más primordiales que el gobierno puede proporcionar a sus ciudadanos. Sin embargo, la corrupción drena los presupuestos nacionales asignados a la salud, lo que reduce la capacidad de los gobiernos para suministrar medicamentos esenciales, aumentando el riesgo de que productos peligrosos o ineficaces aparezcan en el mercado. También absorbe fondos destinados

14 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Health*. S.d. Disponível em: <https://www.transparency.org/topic/detail/health>. Acesso em: 12 jan. 2019.

a las infraestructuras necesarias como hospitales, clínicas y facultades de medicina.

En algunos países en desarrollo, las compras de productos farmacéuticos representan hasta el 50% de los gastos sanitarios. Debido a su alto valor de mercado, estos productos incitan al robo, a la corrupción ya las prácticas antiéticas. Las fórmulas fraudulentas o de mala calidad, así como medicamentos cuya comercialización está autorizada de forma abusiva, causan sufrimientos innecesarios a los pacientes, pudiendo tener consecuencias fatales¹⁵.

En resumen, la corrupción tiene un efecto corrosivo en los resultados de salud y son los pobres y marginados los más afectados en sus derechos humanos a la salud.

En este contexto, no tenemos dudas de que este tipo de información deja de lado el problema del problema, es decir, que la solución dada es inadecuada. No basta con saber quién es el mayor consumidor de productos genéticamente modificados o quien utiliza más agro tóxicos o quién comete más actos de corrupción. Lo que necesitamos es descubrir el sentido del propio problema. Es en este sentido que Luhman redefine el término opinión pública:

... noi basiamo il nostro diritto ad approfondire il concetto di opinione pubblica sulla continuità che esiste tra il problema e il suo ambito di soluzione, e consideriamo il problema a cui il concetto si riferisce nella contingenza delle possibilità giuridiche e politiche, e l'ambito di soluzione di tale problema nel processo di comunicazione politica.¹⁶

Vemos que de este modo la opinión pública debe ser entendida como una estructura temática de comunicación pública, la que opera de modo funcional como estructura complementaria de selección de modo contingente.

Die öffentliche Meinung ist nach all dem weder die bloße Mode der Meinungen, wie man im 17. Jahrhundert meinte; noch ist sie das Medium rationaler Aufklärung oder die »puissance invisible

15 ESCRITÓRIODAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. *Corrupção e desenvolvimento*. S.d. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em: 26 jan. 2019.

16 LUHMANN, Niklas. L'opinione pubblica. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L'onda anonima. Scritti sull'opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Tönnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*. Roma: Meltemi, 2004. p. 148-181, cit., p. 149.

«, von denen man im 18. Jahrhundert ein Sichherauslösen aus den Traditionen erwartet hatte.³⁷⁹ Sie ist das Medium der Selbst- und Weltbeschreibung der modernen Gesellschaft. Sie ist der »Heilige Geist« des Systems³⁸⁰, die kommunikative Verfügbarkeit der Resultate von Kommunikation¹⁷.

Es importante entender que la opinión pública no es simplemente el resultado de una investigación empírica o la publicidad de algún producto o idea. Luhman advierte que, históricamente la opinión pública tenía la función de “liberar la política de los vínculos con la verdad”.¹⁸ Aunque se haya buscado establecer un valor dominante de verdad, este hecho no puede ser entendido como verdad sino como opinión. Nuevamente Luhman, “l’opinione publica è, per così dire, una contingenza politica sostantivata, un sostantivo al quale si affida la soluzione del problema di ridurre le molteplicità soggettive di ciò che è giuridicamente e politicamente possibile”.¹⁹

17 LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, cit., p. 1006-7 (“la opinion publica no es la pura moda de las opiniones como se creia en el siglo XVIII, ni el medium de la Ilustracion racional ni la *puissance invisible* de la cual se esperaba en el siglo XVIII que liberaria de las tradiciones. Es el medium de la descripcion del mundo y de la autodescripcion de la sociedad moderna, es el “Espiritu Santo” del sistema, es la disponibilidad comunicativa de los resultados de la comunicacion.”: *La sociedad de la sociedad*. Editorial Herder, 2006, p. 877).

18 Sobre a origem do conceito: “So kann man von einem politischen Begriff der »öffentlichen Meinung« erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts sprechen, von seiner europaweiten Durchsetzung sogar erst nach der Französischen Revolution. Aber die eigentliche Innovation lag im Gebrauch der Druckpresse für politische Pamphlete oder auch, im England des 17. Jahrhunderts, für die Verbreitung von Petitionen, die an das Parlament gerichtet waren. Denn schon damit war deutlich gemacht, daß nicht nur der Adressat angesprochen und eine Geheimbehandlung ausgeschlossen war.”: LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, cit., p. 510 (“Asi no puede hablarse de un concepto politico de “opinión publica” antes de la segunda mitad del siglo xviii, y de su imposicion en toda Europa incluso despues de la Revolucion francesa. Aunque la verdadera innovacion se halla en el uso de la imprenta para poner en circulacion panfletos politicos, o bien – en la Inglaterra del siglo XVII – para la divulgacion de peticiones dirigidas al Parlamento; porque con eso queda claro que no solo se dirigen al destinatario y que estaba excluido el mantenerlas en secreto.”: *La sociedad de la sociedad*. Editorial Herder, 2006, p. 403).

19 LUHMANN, Niklas. L’opinione pubblica. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L’onda anonima. Scritti sull’opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Tönnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*.

Esta contingencia política sustantiva lleva a decisiones vinculantes, donde las posibilidades políticas y jurídicas pueden ser reducidas no mediante la verdad, así la opinión pública que debe dar la solución a un problema, permanece sin resolver este propio problema de la verdad, así la contingencia (que muestra que siempre se puede decidir de manera diferente de lo que fue) se convierte en un problema en la confrontación entre la necesidad y la experiencia de comportamiento.

A esto Luhman lo llama comunicación interpersonal, especialmente aquella de tipo político. Es por eso que cuando se trata de opinión pública debe serlo en el ámbito del tema de la comunicación. Por tema se entiende a la estructura de cada comunicación a partir de la interacción de diversas partes. Así una comunicación sólo puede tener inicio con un tema común, así la comunicación presupone además del lenguaje otros dos planos de determinación de significados: la elección de un tema y la articulación de las opiniones relativas al propio tema. Aquí tenemos, a partir de la elección del tema el aumento de la complejidad del propio tema, una vez que es discutido presenta nuevas posibilidades, cuando se comunica de modo interactivo y no de modo manipulado tenemos aumento de posibilidades comunicativas.

Para Luhmann, hay posibilidades también de manipulación de la función de la opinión pública: cuando tenemos la fusión del tema con la opinión, pues así excluye la posibilidad de respuesta a la comunicación, haciéndola manipulada. En el sistema de salud este hecho ocurre con frecuencia, no sólo en América Latina sino también en la Unión Europea²⁰. No es casual que Luhmann observe que la función de la opinión pública viene de la forma de los temas de la comunicación política, de su idoneidad como estructura del proceso de comunicación: “E questa funzione non consiste nella giustezza delle opinioni, ma nella potenzialità dei temi di diminuire l’insicurezza e di fornire strutture.”²¹

Roma: Meltemi, 2004. p. 148-181, cit., p. 151.

20 Por ejemplo en Italia tenemos dos noticias que revelan lo que estamos analizando: DUSI, Elena. Ecco quanto ci è costato il flop del vaccino. *La Repubblica*, 16/01/2010. Url: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/16/news/vaccino_virus_a-1966773/. Acceso em: 13 fev. 2019; A/h1n1, via a rivendita vaccini. *Tgcom24*, 4/01/2010. Url: <http://www.tgcom24.mediaset.it/mondo/articoli/articolo470174.shtml>. Acceso em: 13 fev. 2019.

21 LUHMANN, Niklas. L’opinione pubblica. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L’onda anonima. Scritti sull’opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Tönnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*. Roma: Meltemi, 2004. p. 148-181, cit., p. 158.

Por eso, muchas veces el tema que no está en el centro de la opinión pública no será necesariamente el que se decida. Es decir, un tema requiere de una decisión, pero ésta podrá ser dada por los sistemas de la política a través de otro tema. Las reglas de atención se refieren a la construcción de temas políticos, las reglas de decisión se refieren a la formación de la opinión, entre otros, en las instancias decisorias.

En lo cotidiano podemos ver que Luhman advierte sobre la diferencia entre tema y opinión, para él “las reglas de la atención guían la construcción de los temas políticos; las reglas de decisión guían la formación de opinión, entre otros, en las instancias decisorias. Los temas no sirven directamente para determinar el contenido de las opiniones, pero sirven para llamar la atención.

4 El problema de la manipulación de la opinión pública

Die Informationen werden in großen Mengen ausgestreut und Tag für Tag erneuert. Dadurch entsteht eine immense Redundanz, die es erübrigt, nachzuforschen, was Einzelne wirklich wissen und denken. Man kann, und man kann gar nicht anders als: Informiertsein unterstellen. So wirkt die öffentliche Meinung wie ein Spiegel, auf dessen Rückseite ebenfalls ein Spiegel angebracht ist. Der Informationsgeber sieht im Medium der kurrenten Information sich selbst und andere Sender. Der Informationsnehmer sieht sich selbst und andere Informationsnehmer und lernt nach und nach, was man hochselektiv zur Kenntnis zu nehmen hat, um im jeweiligen Sozialkontext (sei es Politik, sei es Schule, seien es Freundschaftsgruppen, seien es soziale Bewegungen) mitwirken zu können.²²

22 LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, cit., p. 1102. (“Las informaciones se difunden en gran cantidad y se renuevan día a día. De esa manera se produce una inmensa redundancia que vuelve inútil la búsqueda de aquello que realmente los individuos saben y piensan. Se puede suponer (pero no más que eso) que se está informado. Así, la opinión pública actúa como un espejo en cuya parte de atrás se asienta también un espejo. Aquel que da información se ve – en el medio de la información habitual – a sí mismo y a otras fuentes que emiten información. Aquel que recibe la información se ve a sí mismo y a otros receptores de información y aprende poco a poco a tomar nota de manera altamente selectiva de aquello que es necesario para actuar en el contexto social respectivo – sea la política, la escuela, grupos de amigos, movimientos sociales.”: *La sociedad de la sociedad*. Editorial Herder, 2006, p. 873).

Para Lippman, los individuos tienen la constante necesidad de informar los vénetos cotidianos tanto de la vida privada como de la vida pública. Tenemos una constante necesidad de informar y ser informados de lo que ocurre en nuestra “aldea global”. Por otro lado, para Lipman, en función de esta necesidad creamos estereotipos que van cambiando conforme los periodos históricos y la cultura. Notamos que muchas veces estos estereotipos se tornan en verdades, por ej; todos los políticos roban. La cuestión es cómo se forma la opinión pública y cómo se reproduce.

Autores como Habermas asignan esta responsabilidad a la esfera pública y en el mundo actual a la “esfera pública burguesa”. Sin embargo, la modernidad utiliza constantemente la opinión pública, dándole importancia a esta o aquella opinión según criterios no siempre claros. Los riesgos de la “verdad” de la Opinión Pública son mayores de lo que podemos imaginar. Piénsese en el área de la salud cuando alarmamos sobre determinadas situaciones sanitarias como catastróficas, cuando en realidad tenemos enfermedades más graves que la anunciada. Se observa sobre ello la continua injerencia de los laboratorios farmacéuticos anunciando nuevas enfermedades y, al mismo tiempo, los “remedios” para ellas.

Es oportuno ver que el arte nos desvela la “verdad / falsedad” de la producción de la opinión pública. Una obra de arte se convierte en “éxito” según criterios muy particulares. Por eso, en algunos momentos entendemos que la OP puede cambiar el mundo y, al mismo tiempo puede “acabar” con el mundo, dentro del propio mundo. Para aclarar esta idea véase el ejemplo del Ministerio de Salud de Portugal:

Los “Serviços Partilhados do Ministério da Saúde” de Portugal – equivalente a nuestro Ministerio de Salud – denunciaron el año pasado al grupo Nos (uno de los mayores grupos de comunicación del país) de llevar a China técnicos de informática para hablar sobre asuntos de salud del país con la intención de brindar información equivocada. Dos diarios portugueses trataron el tema²³.

23 NOS: Quadros da Saúde queixam-se de “manipulação da opinião pública”. *Sapo*, 01/09/2017. Disponível em: <https://eco.pt/2017/09/01/nos-quadros-da-saude-queixam-se-de-manipulacao-da-opiniao-publica/>. Acesso em: 13 fev. 2019; GUEDES, Nuno. Notícias de viagens pagas pela NOS são “manipulação da opinião pública”. *Tsf*, 01/09/2017. Disponível em: <https://www.tsf.pt/sociedade/interior/noticias-de-viagens-pagas-pela-nos-sao-manipulacao-da-opiniao-publica-8741706.html>. Acesso em: 13 fev. 2019.

Hoy las nuevas tecnologías presentan siempre una ambivalencia en el caso de la formación de opinión pública. Parece relevante pensar en el espectáculo en que actualmente se transformó la opinión pública. Es interesante observar las reflexiones de Alexis Tocqueville sobre la tiranía de la mayoría, la opinión pública hoy funciona como una tiranía de la mayoría que en la realidad es minoría. Es interesante observar que la minoría, históricamente, gobernó a la mayoría, pero en la sociedad actual este perfil cambió?! Hoy con frecuencia utilizamos expresiones como “fulano me representa”, la cuestión es quién representa al representante?

Como ejemplo, en las elecciones de EUA en 2016 hasta el día de hoy (2019) aún nos tenemos certeza de cómo se dio el proceso y cómo Trump ganó las elecciones.

En este contexto, podemos pensar en el uso de bots o chatbots y como ellos pueden ayudar a manipular aún más la información pública: ejércitos de chatbots pueden ejecutar algoritmos preparados para reprogramar información (ellos ganan juegos de ajedrez, imaginen lo que pueden hacer con la información). La opinión pública es distorsionada, las elecciones pueden ser manipuladas y la inteligencia artificial también puede manipular la forma en que formamos nuestras opiniones, visiones y expectativas en los campos personal y político.

En la más reciente contienda electoral de EUA en 2016 entre Hillary Clinton y Donald Trump, legiones de bots de redes sociales fueron implantados por ambas campañas presidenciales para ayudar a influir en la opinión pública. Esos bots son automáticos y operan en Twitter, Facebook, y otros sitios de redes sociales—que algorítmicamente pueden publicar, comentar, twittear, retwittear, responder y seguir otras cuentas. Un estudio presentado en el MIT Technology Review reveló que casi el 20% de todas las entradas sobre las elecciones en Twitter vinieron de esos chatbots. Esto no es sorprendente, ya que los chatbots pueden publicar más de mil tweets por hora.

5 Sistema de derecho y sistema de la política

Hasta aquí hemos procurado destacar que lo que sirve para el sistema de la política y del derecho, tiene impacto también en el sistema

de salud, o mejor que el sistema de salud usa los mismos argumentos que los demás sistemas. Es importante destacar que cuando hablamos del “sistema de salud” nos enfrentamos a otro problema metodológico. Para Luhman se habla de un sistema de medicina, pero creemos que hoy se puede hablar tranquilamente, a partir de los aportes de la TGSS de sistema de la salud. Pero los problemas no acaban en la nomenclatura del sistema, apenas inician. Luhmann al hablar de opinión pública lo hace sobre algunos valores, saber:

[...] los valores corrientes, como por ejemplo el dinero, la salud, la justicia, el arte, la educación, la protección de la naturaleza, la paz, la represión de la criminalidad, la mejora en la comunicación, etc... son tan abstractos que en la discusión de numerosos temas se puede tranquilamente referirse a ellos sin miedo a que cualquiera sea contrario a su valor como tal. Para su reconocimiento no se debe agregar razones o motivos personales. Sólo la relación de relevancia entre valores y necesidad de una parcial renuncia a éstos puede alguna vez poner en discusión y cambiar con los temas de la opinión pública.²⁴

En este punto volvemos a conectarnos con el sistema de salud, más específicamente con la constitucionalización del derecho a la salud en especial en países de América Latina.

Otro aspecto relevante de la relación del sistema de salud con la opinión pública es la dimensión temporal (nótese que la opinión pública tiene la dimensión materia – número; número de tema; dimensión temporal – duración; dimensión social – número de participantes), en donde encontramos desacuerdos graves, pues no siempre la información llega hasta la opinión pública. En lo que se refiere al sistema de la salud, las posiciones de las políticas públicas no raras veces son comunicadas cuando ya poseen algún nivel de aceptación, por lo que no se puede hablar una completa eliminación de la OP, pero puede ser utilizada (como de hecho ocurre) lo que Luhmann llama exclusión parcial:

Así, ocurre con frecuencia que determinados propósitos son llevados al conocimiento de la opinión pública solamente en el segundo tiempo, cuando su actuación está ya asegurada mediante un contacto directo con los niveles decisorios competentes, cuando por ejemplo, el Ministro de Hacienda ya

24 LUHMANN, Niklas. L'opinione pubblica. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L'onda anonima. Scritti sull'opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Tönnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*. Roma: Meltemi, 2004. p. 148-181, cit., p. 168 [nuestra traducción].

expresó su aprobación de la designación de una determinada cantidad según el balance.²⁵

Aquí tenemos un importante componente para evitar riesgos de rechazo de determinada política. La exclusión parcial puede ser usada también como estrategia de los medios de comunicación, la cual a menudo aparece como manipulación de las informaciones, ya que en el caso de salud, muchas veces quien tiene la información son los definidores de las políticas públicas, que a su vez utilizan la OP para manipular, en especial sobre medicamentos sobre lo que los ejemplos no faltan. En este caso Luhmann trata la posibilidad de distribuir hojas con informaciones contrarias, hoy eso ocurre de modo muy rápido a través de las varas técnicas modernas de comunicación.

En este contexto, debemos recalcar que la salud ocupa un lugar central en las preocupaciones contemporáneas de la sociedad, de las que el derecho no puede escapar. La difusión de información relacionada con la prestación de servicios médicos tiene para la comunidad una relevancia tal que le permite gozar de una considerable protección jurídica. La trascendencia de la materia sanitaria demanda una protección especial, que permita encausar y circular la información necesaria para el derecho a la salud de la comunidad en su conjunto. En esa divulgación ideal, los medios periodísticos encabezan un papel primordial; brindan advertencias e investigaciones que enriquecen el debate público en cuestiones de salud. También desarrollan un papel fiscalizador de métodos inadecuados o simplemente controvertidos para el tratamiento de cada enfermedad o patología en particular. En definitiva, acercan datos valiosos para los individuos de una sociedad a la hora de decidir sobre su propia salud.

En definitiva, el acceso a la información, concede la facultad de solicitar información vinculada con cuestiones de salud, recibir información sanitaria y difundir conocimiento en materia de salud.

De este modo, los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para la salud individual; y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud.

25 LUHMANN, Niklas. L'opinione pubblica. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L'onda anonima. Scritti sull'opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Tönnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*. Roma: Meltemi, 2004. p. 148-181, cit., p. 169 [nuestra traducción].

En definitiva, debe entenderse al derecho a la salud en su faz informativa como la facultad a la libre difusión de información y acceso efectivo al conocimiento en materia de salud. En este orden de ideas, el Estado debe asumir el cometido de ser generador de información e investigación en materia de salud. A su vez, deberá fomentarse y protegerse con mayor cautela la discusión y difusión de ideas, advertencias o recomendaciones vinculadas con materia de índole sanitaria. Esto último, reafirma la importancia de tutelar la función periodística de investigación en casos de servicios de sanidad que atañan a la ciudadanía en términos generales.

6 Conclusiones

La complejidad actual refuerza el lugar de la comunicación en sus más variadas formas. Todo lo que hacemos sólo tiene sentido si es comunicado, así la comunicación es efectivamente el elemento fundamental de la vida social. La comunicación, según Luhmann, está compuesta por tres elementos: información, acto de informar y comprensión. Lo que interesa para la perspectiva sociológica es la comprensión, la cual se revela también como la parte más difícil, pues la probabilidad de que una comunicación sea comprendida es relativamente pequeña.

Con las reflexiones de este artículo, podemos evidenciar algunos aspectos concluyentes, ya tratados en otros textos de las propias autoras: a) la sociedad es una red de comunicación donde cada sistema social opera a partir de su código interno y, sólo a través de la comunicación es posible modificar la propia comunicación; b) los elementos de la comunicación (información, acto de informar y comprensión) están presentes en la perspectiva de la TGSS, pero con un fuerte foco en la comprensión, que complejiza el problema de investigación, pues la comprensión no siempre se realiza; c) la corrupción se revela como un fuerte problema en la medida en que refuerza la exclusión social de los tradicionalmente excluidos, en el caso de este artículo vemos que los impactos en el sector salud son relevantes; d) en el sistema de salud además de los problemas relativos a la no garantía del derecho al derecho a la salud, también tenemos falsas noticias, como las que relatamos en el transcurso del texto y, éstas ponen en riesgo toda la estructura de prestación de servicios del propio sistema; e) la comunicación se da a

través de temas, los cuales no sirven directamente para determinar los conceptos, sino que sirven para llamar la atención de la opinión pública.

El derecho a la salud en la sociedad compleja, pasa por la forma en que entendemos y comunicamos este derecho, considerando siempre que cada comunicación es comunicación cuando es comprendida y, esta comunicación genera aún más complejidad dentro del propio sistema de salud. De este modo, estudiar el derecho a la salud requiere siempre el develamiento de paradojas, que no son raras en el sistema de salud.

Referencias

BRASIL. Congresso Nacional. *Pacote anticrime*. 2019.

Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjssp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf>. Acesso em: 25 fev 2019.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. *Corrupção e desenvolvimento*. S. d. Disponível em:

http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf. Acesso em: 26 jan. 2019.

DUSI, Elena. Ecco quanto ci è costato il flop del vaccino. *La Repubblica*, 16/01/2010. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/16/news/vaccino_virus_a-1966773/. Acesso em: 13 fev. 2019.

GUEDES, Nuno. Notícias de viagens pagas pela NOS são “manipulação da opinião pública”. *Tsf*, 01/09/2017. Disponível em: <https://www.tsf.pt/sociedade/interior/noticias-de-viagens-pagas-pela-nos-sao-manipulacao-da-opinioao-publica-8741706.html>. Acesso em: 13 fev. 2019.

LUHMANN, Niklas. Öffentliche Meinung. In: *Politische Planung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1971, p. 9-34.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. L'opinione pubblica. In: CRISTANTE, Stefano (Org.). *L'onda anonima. Scritti sull'opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, T3nnies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*. Roma: Meltemi, 2004, p. 148-181.

NOS: Quadros da Sa3de queixam-se de “manipula33o da opini3o p3blica”. *Sapo*, 01/09/2017. Dispon3vel em: <https://eco.pt/2017/09/01/nos-quadros-da-saude-queixam-se-de-manipulacao-da-opinioao-publica/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

TERRA, M3rcia. Fake news e ativismo comprometem informa33o sobre nutri33o. *Sa3de*, 24/10/2018. Dispon3vel em: <https://saude.abril.com.br/blog/alimente-se-com-ciencia/fake-news-e-ativismo-comprometem-informacao-sobre-nutricao/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

TOEBES, Brigit. Human rights and health sector corruption. In HARRINGTON, John; STUTTAFORD, Maria (ed). *Global Health and Human Rights: legal and philosophical perspectives*. Routledge, 2010, p. 102-34.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Health*. S.d. Dispon3vel em: <https://www.transparency.org/topic/detail/health>. Acesso em: 12 jan. 2019.

O COMBATE À EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DOS REFUGIADOS: A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PAUTADAS NA DIGNIDADE

*THE COMBAT TO THE ECONOMIC EXPLOITATION OF REFUGEES:
THE NEED FOR PUBLIC POLICIE LINED IN DIGNITY*

Ana Elizabeth Neirao Reymão^I 
Ridivan Mello Neto^{II} 

^I Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do CESUPA, Belém, PA, Brasil e Universidade Federal do Pará (UFPA), Faculdade de Economia, Belém, PA, Brasil.

^{II} Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém, PA, Brasil.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.2956>

Recebido em: 29.01.2019

Aceito em: 18.06.2019

Resumo: O trabalho discute a importância de políticas públicas para a proteção de refugiados no Brasil, dando efetividade aos Direitos Humanos consubstanciados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto dos Refugiados de 1951. A pesquisa é exploratória e qualitativa, baseada em fontes bibliográficas, e argumenta em favor da necessidade de instrumentalização das políticas públicas para a efetivação de Direitos Humanos dos grupos vulneráveis, em especial dos refugiados. Procura-se desconstruir a percepção de que o Brasil é um país aberto aos imigrantes, mostrando-se que o mesmo possui uma legislação tendente à exclusão do estrangeiro e à submissão. Apresenta-se uma análise crítica das políticas públicas no país e conclui-se que as mesmas precisam ser reformuladas para garantir o combate à exploração econômica.

Abstract: The paper discusses the importance of public policies for the protection of refugees in Brazil, giving effect to Human Rights embodied in the Federal Constitution of 1988 and the Refugee Statute of 1951, worrying that they are people with potential to be subjected to situations of economic exploitation. The research is exploratory and qualitative, based on bibliographical sources, and argues in favor of the need to implement public policies for the realization of human rights of vulnerable groups, especially refugees. It seeks to deconstruct the perception that Brazil is a country open to immigrants, showing that it has legislation tending to the exclusion of foreigners and submission. A critical analysis of the public policies in the country is presented and it is concluded that they need to be reformulated to guarantee the fight against economic exploitation.



Palavras-chave: Exclusão. Direitos Humanos. Imigrantes. **Keywords:** Exploitation. Public policies. Exclusion. Human rights.

Sumário: Introdução. 1 Desmistificando a ideia de um país acolhedor: a histórica exclusão legislativa e social do estrangeiro no Brasil. 2 A importância da implementação de políticas públicas para a efetividade dos Direitos Humanos dos refugiados: a necessidade da efetiva proteção humana. 3 Análise crítica das políticas públicas no Brasil: a necessidade de reformulação para garantir o combate à exploração econômica. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente artigo objetiva discutir a importância de políticas públicas para a proteção de refugiados no Brasil, dando efetividade aos Direitos Humanos sobre os quais versam a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto dos Refugiados de 1951. Os refugiados são pessoas com grande potencial de serem submetidas a situações de exploração econômica, uma vez que, ao migrarem de um país para outro, muitas vezes desconhecem o regramento jurídico vigente, o que pode facilitar tornarem-se alvo de exploração. Em muitos casos, sujeitam-se a qualquer trabalho, sem observância das condições mínimas de segurança, higiene e remuneração condigna¹.

Falar sobre a necessidade de proteção e garantia de direitos mínimos aos refugiados, como os direitos fundamentais previstos aos cidadãos brasileiros nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988, torna-se imperioso no século XXI. Isso se deve principalmente em razão do exponencial crescimento da quantidade de pessoas nessa situação no mundo, especialmente provenientes de conflitos que impedem que as mesmas permaneçam em seus lares e vivam suas vidas da forma que desejam.

O número total de refugiados no mundo aumentou, de 10,4 milhões em 2011, para 20,2 milhões em junho de 2018, como mostra o Alto Comissariado das Nações Unidas para a Proteção dos Refugiados². No Brasil, o total de refugiados aumentou de 4.715 para 10.850 entre

-
- 1 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Trabalhador migrante fronteiro. *Academia Brasileira de Direito*, fev. 2008. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=Trabalho. Acesso em: 7 nov. 2018.
 - 2 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Mid-year trends 2018*, p. 12. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5c52ea084/mid-year-trends-2018.html>. Acesso em: 20 jan. 2019.

2012³ e junho de 2018, representando um incremento de 130%, com a chegada de grupos como os venezuelanos, sírios, além dos cubanos, haitianos e angolanos⁴.

Essa condição de refugiado está regulamentada e definida por documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário⁵, como a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, internalizado pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 que, em seu art. 1º, define refugiado como todo indivíduo que sofre perseguições raciais, religiosas, políticas, por nacionalidade ou por pertencer a certos grupos sociais e que não possa permanecer em seu país; não possa ou não queira regressar a ele, em função das citadas circunstâncias; ou, ainda, foi obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos⁶.

Constata-se, portanto, se tratar de grupo específico dotado de alto grau de vulnerabilidade que necessita de reconhecimento e regulamentação de sua condição por parte do Estado, evitando que os mesmos sejam indevidamente explorados, marginalizados ou até mesmo submetidos ao trabalho análogo ao de escravo⁷.

Discute-se principalmente a necessidade da efetividade de alguns direitos aos refugiados, em especial de direitos sociais, tendo em vista que as demandas destes grupos se pautam especialmente em direitos como ao trabalho e à saúde, visto serem estes direitos fundamentais

3 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Mid-year trends 2012*, p. 38. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/country/51bacb0f9/unhcr-global-trends-2012.html>. Acesso em: 20 jan. 2019.

4 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). Op. Cit., 2018, p. 32.

5 FAGUNDES, Lucas Machado; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LOCH, Andriw Souza. O utilitarismo na política migratória brasileira: a luta por direitos humanos dos migrantes. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 13, n. 31, 2018, p. 375. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2871/1394>. Acesso em: 13 jan. 2019.

6 BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

7 HIGASHI, Alexandre; DA SILVA, José Antônio. Políticas públicas: instrumentos de defesa dos imigrantes contra a exploração de trabalho escravo no Brasil. *Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, Marília, v. 1, n. 1, 2016, p. 1528. Disponível em: <http://www.revista.univem.edu.br>. Acesso em: 15 maio 2018.

garantidos aos cidadãos brasileiros nos já citados artigos 5º e 6º da Constituição Federal⁸.

Dessa forma, acredita-se ser importante a instrumentalização de políticas públicas para inserir os refugiados no mercado de trabalho, auxiliando-os a desenvolver suas potencialidades e a possuir uma vida digna, tratando a migração a partir de uma lógica integradora⁹.

Nesse artigo, questiona-se, então: de que forma e por quais motivos a execução de políticas públicas pode se tornar instrumento para efetividade de Direitos Humanos aos refugiados, revelando-se como mecanismos de combate à exploração econômica deste grupo?

Busca-se analisar acerca da necessidade de instrumentalização das políticas públicas para a efetivação de Direitos Humanos dos grupos vulneráveis, em especial dos refugiados. Tal abordagem partirá da desconstrução da percepção de que o Brasil é um país aberto aos imigrantes, mostrando-se que o mesmo possui uma legislação tendente à exclusão do estrangeiro e à submissão.

A pesquisa é exploratória e qualitativa, baseada em fontes bibliográficas, estando o texto estruturado em três seções principais, além da introdução e das considerações finais. A próxima seção analisa a sistemática exclusão legislativa e social do estrangeiro no Brasil, desmistificando a ideia de um país acolhedor. A necessidade da efetiva proteção humana e a importância da implementação de políticas públicas para a efetividade dos Direitos Humanos dos refugiados é o tema da seção dois. A seção três, por sua vez, apresenta uma análise crítica das políticas públicas no Brasil e argumenta em favor da necessidade de reformulação das mesmas para garantir o combate à exploração econômica.

1 Desmistificando a ideia de um país acolhedor: a histórica exclusão legislativa e social do estrangeiro no Brasil

Muitas vezes afirma-se que o Brasil é um país aberto, receptivo e tolerante com os estrangeiros que aqui decidiram ou precisaram se

8 SALADINI, Ana Paula Seffrin. Direitos Humanos, Cidadania e o Trabalhador Imigrante Ilegal no Brasil. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 128, 2011, p. 14. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/120>. Acesso em: 28 jun. 2018.

9 FAGUNDES *et al.*, *Op. Cit.*, p. 372.

estabelecer, surgindo o “mito de um país de imigração”¹⁰. Tal concepção acaba por construir o pressuposto de que o tratamento dispensado para estas pessoas sempre fora e sempre o é benevolente¹¹ e brando¹².

Entretanto, partindo-se para uma análise sistemática acerca do tema, não raro observa-se a instrumentalização e a sistematização de uma lógica discriminatória e precarizadora de direitos e garantias.

No período colonial, os incentivos à imigração se deram para atender aos interesses da corte portuguesa e garantir a “ocupação” do território brasileiro. Com o desenvolvimento da atividade agrícola, os escravos africanos eram a maior parte dos imigrantes. Já no século XIX, o processo migratório ganhou novo impulso após a proibição do tráfico de pessoas para o Brasil e a abolição da escravidão, em 1888, graças à necessidade de trabalhadores baratos para executar serviço nas lavouras de café e atender a demanda da nascente indústria¹³.

Esses acontecimentos evidenciam que muitos fluxos migratórios para o Brasil tiveram o objetivo de atender interesses específicos, como se revela no trecho a seguir:

Com a abolição da escravidão, novas levas de migrantes começaram a chegar ao Brasil com o objetivo de atender a demanda crescente por mão de obra agrícola e, também, a indústria nacional. A economia deveria girar por novos grupos de europeus que viriam ao país com o intuito de trabalhar e atender aos interesses nacionais¹⁴.

Em verdade, desde a assinatura da Lei de Terras em 1850 houve um processo de utilização da imigração com a finalidade precípua de ocupação do território e, *a posteriori*, a substituição do trabalhador escravo pelo imigrante branco, como relata Carneiro:

Esses primeiros imigrantes, diante de seu isolamento e do abandono do governo, passaram a viver uma situação de

10 PATARRA, Neide Lopes; FERNANDES, Duval. Brasil: país de imigração. *Revista Internacional em Língua Portuguesa–Migrações*, v. 3, n. 24, 2011, p. 68.

11 PATARRA *et al.* *Op. Cit.*, p. 66.

12 BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta Guimarães. Refugiados africanos em São Paulo, Brasil: espaços da migração. *Revista Internacional em Língua Portuguesa*, v. 3, n. 24, 2011, p. 109.

13 WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi. A (bio)política migratória brasileira entre utilitarismo e repressivismo: sobre a necessidade de suplantação da ideia de “segurança nacional” em busca da comunidade que vem. *Derecho y Cambio Social*, v. 12, n. 39, 2015, p. 4.

14 FAGUNDES *et al.* *Op. Cit.*, p. 359.

penúria, fome e miséria, relatadas de forma circunstanciada nas cartas que enviavam às autoridades do governo paulista e nos relatórios elaborados pelos Engenheiros Chefes dos Núcleos Coloniais, que eram inspetores nomeados para a fiscalização, o controle e a vigilância dos imigrantes em dada colônia instalada em São Paulo¹⁵.

A imigração também atendia a interesses como o de formar uma identidade nacional homogênea, tendo discurso receptivo aos europeus e assimilador de diferentes povos, discurso esse que mascarava tentativas de “embranquecimento” da população brasileira. Não tardou para que a lógica discriminatória também passasse a se estender a alguns imigrantes europeus, como os alemães que, apesar de bem-vindos num primeiro momento, graças às suas habilidades agrícolas, passaram a ser indesejados devido aos conflitos étnicos e religiosos naquele país¹⁶.

A legislação do período, como a Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837, a Decisão n. 47, de 28 de janeiro de 1879, a Constituição Federal de 1891, o Decreto 1.641, de 7 de janeiro de 1907, a Emenda Constitucional em 1926, e o Decreto n. 19.482, de 12 de dezembro de 1930, já evidenciava uma espécie de discriminação e/ou precarização das condições destes estrangeiros¹⁷.

A Lei n. 108/1837 regulamentava os contratos a serem estabelecidos entre fazendeiros e estrangeiros que ofereciam a locação de seus serviços no país. Tal legislação já abria a possibilidade desse estrangeiro se instalar no Brasil contraindo dívidas em razão de seu transporte, intermediários e até mesmo com o próprio Estado¹⁸.

A referida Lei assegurava aos empregadores uma série de garantias, como as de punições pelo descumprimento dos contratos. Caso os fazendeiros fossem responsáveis pela rescisão, ficavam sujeitos ao pagamento dos valores devidos aos trabalhadores (art. 7º) ou, no máximo, ao não recebimento das quantias investidas (art. 10). Em seu

15 CARNEIRO, Cynthia Soares. Políticas Migratórias no Brasil e a Instituição dos “Indesejados”: A Construção Histórica de um Estado de Exceção para Estrangeiros. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, 2018, p. 66.

16 SEYFERTH, Giralda. Colonização, Imigração e Questão Racial no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, v. 53, 2002, p. 128.

17 FAGUNDES *et al.*. *Op. Cit.*, p. 360.

18 BASSANEZI, Maria; SCOTT, Ana Silvia Volpi; BACELLAR, Carlos de Almeida Prado; TRUZZI, Oswaldo Mário Serra; GOUVÊA, Marina. *Repertório de legislação paulista e brasileira sobre imigração*. São Paulo: Unesp, 2008, p. 53.

art. 8º, definia que, no caso de o empregado descumprir o contrato, ainda que com justa causa, esse ficava obrigado ao pagamento dos débitos para com o patrão, sob o risco de pena de prisão com trabalho por um máximo de dois anos ou à condenação por trabalho nas obras públicas pelo tempo necessário ao pagamento das dívidas. Sendo o descumprimento do contrato pelo empregado sem justa causa, também era prevista a prisão do locador pelo tempo necessário ao pagamento em dobro dos valores devidos ao empregador. Não existindo meios de pagamento, ficava ele condenado a trabalhar gratuitamente ao locatário por todo o tempo restante para o complemento do contrato, estabelecia a Lei n. 108/1837, em seu art. 9º¹⁹.

A Decisão n. 47, de 28 de janeiro de 1879, proibia os imigrantes que habitavam nos núcleos coloniais de se dirigirem à Corte, independente do motivo²⁰. O Decreto 1.641, de 7 de janeiro de 1907, conhecido como “Lei Gordo”, de autoria do então senador Adolpho Affonso da Silva Gordo, foi promulgado como uma lei complementar à Constituição Federal, objetivando disciplinar as regras que permitiam a expulsão de estrangeiros do território nacional²¹. Evidencia-se, desde seus art. 1º e 2º, a percepção do imigrante como uma ameaça em potencial que precisava ser evitada, associando-os a características negativas como a prática de anarquismo, vigarice, vagabundagem e delitos patrimoniais²².

A expulsão dos estrangeiros considerados “perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses nacionais” também foi objeto da Emenda Constitucional, de 3 de setembro de 1926, que alterou o art. 72 da Constituição de 1924, em seu parágrafo 33. Termos que viriam a ser repetidos em todas as demais normas posteriores, até o Estatuto do Estrangeiro recentemente revogado.

19 DANTAS, Monica Duarte; COSTA, Vivian Chieregati. O “pomposo nome de liberdade do cidadão”: tentativas de arregimentação e coerção da mão de obra livre no Império do Brasil”. *Estudos Avançados*, v. 30, n. 87, 2016, p. 37.

20 CARNEIRO, Cynthia Soares. *Op. Cit.*, p. 68.

21 BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. Expulsão e Residência: a luta pelo direito dos imigrantes na Primeira República. *Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão*, 2008, p. 6.

22 Após a conversão do Decreto em Lei, esta norma passou a ser conhecida como “Lei dos indesejáveis”, criada com o objetivo de expulsar estrangeiros que não atendessem aos interesses nacionais, como enunciado em seu Art. 1º. FAGUNDES *et al.*. *Op. Cit.*, p. 360.

O mesmo conteúdo restritivo consta no Decreto n. 19.482, de 12 de dezembro de 1930, pelo qual o Brasil passou a controlar o ingresso de “passageiros de terceira classe”, sob a justificativa de que se fazia necessária a “proteção” ao trabalhador nacional. O preâmbulo da norma indicava “[...] que uma das causas do desemprego se encontra na entrada desordenada de estrangeiros, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para aumento da desordem econômica e da insegurança social”, consagrando a principiologia que viria inscrita no Estatuto do Estrangeiro: proteção à segurança nacional e ao trabalhador brasileiro²³.

Como se observa, a legislação brasileira, desde o período imperial, traz consigo a ideia de exclusão, ameaça em potencial, marginalização e necessidade de medidas rígidas para controlar os “estrangeiros indesejáveis”, associando ao imigrante uma imagem negativa e de não detentores de direitos.

Apesar de o presidente Getúlio Vargas reconhecer a importância da imigração para o desenvolvimento econômico, tanto para o mercado de trabalho quanto para a ocupação do território, foi aprovada a Emenda ao art. 121 da Constituição de 1934, conhecida como Lei de Cotas. A norma instituiu obstáculos à livre entrada de imigrantes, restringindo a entrada de analfabetos, especialmente quando não brancos, proibindo a entrada de pessoas com problemas de saúde mental e exigindo capacidade de integração étnica, física e civil dos mesmos²⁴.

O primeiro “Estatuto do Estrangeiro” do país, Decreto-Lei n° 406, de 1938, determinava que “nenhum núcleo colonial, centro agrícola, ou colônia fosse constituído por estrangeiros de uma só nacionalidade”. Evidencia-se, com isso, uma preocupação com a instabilidade interna que poderia decorrer da concentração de imigrantes em comunidades que pudessem dar origem a uma cultura, a uma economia e a uma política autônoma e de oposição ao governo central, como explica Wermuth²⁵.

Dessa forma, a política migratória apresentava tendências racistas e higienistas, favorecendo a precarização das condições de trabalho e deixando o imigrante à margem de um sistema protetivo, aumentando as possibilidades de sua exploração econômica. Esse

23 CARNEIRO, Cynthia Soares. *Op. Cit.*, p. 70.

24 *Ibidem*, p. 69.

25 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Op. Cit.*, p. 5.

sistema jurídico-normativo tendia a concretizar normas de caráter segregador e estabelecer o que se Carneiro definiu como estado permanente de exceção, seleção ou exclusão²⁶.

O antigo Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80, também incorporou princípios semelhantes relacionados ao direito migratório. Ele repetia o paradigma da segurança nacional, a ideia de estado de exceção relativo aos imigrantes fundamentada na ameaça às instituições do Estado e aos direitos dos nacionais. Trata-se de uma legislação que priorizava a proteção da segurança nacional e não a dignidade de todas as pessoas, como determinam a Constituição Federal e os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil²⁷.

Em 24 de maio de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.445, instituindo a Lei de Migração, que já em seu artigo primeiro dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula sua entrada e estada no país e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante²⁸. Com ela, foram revogadas as Leis nº 818, de 1949, que regulava a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos, e a Lei nº 6.815/80, que definia a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e criava o Conselho Nacional da Imigração.

A aprovação da nova norma era uma antiga reivindicação de organizações da sociedade civil que criticavam o tratamento a eles dado no país. Ela anuncia, em seus art. 3º e 4º, uma série de princípios e garantias ao migrante, destacando-se a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; não criminalização da migração; não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; promoção de entrada regular e de regularização documental; acolhida humanitária; garantia do direito à reunião familiar; igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; bem como o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência

26 CARNEIRO, Cynthia Soares. *Op. Cit.*, p. 71.

27 FAGUNDES, *Op. Cit.*, p. 368.

28 BRASIL. Lei nº 13.445. Dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social. As garantias trazidas pela Lei de Migração, por sua vez, objetivam o direito de igualdade entre o migrante e os nacionais, como estabelece seu art. 4º.

Observa-se uma ênfase, então, nos direitos e garantias dos migrantes, trazendo uma preocupação com a proteção de Direitos Humanos para a temática no país, em consonância com o que versa a Constituição de 1988 sobre a dignidade humana.

Para isso, foram estendidas aos estrangeiros as garantias fundamentais do art. 5.º da Constituição, assegurando-lhes o acesso a serviços públicos, tais como previdência social, educação e saúde, afastando qualquer forma de discriminação com base no critério de nacionalidade.

Alguns aspectos, no entanto, ainda causam preocupação, como a demora e o excesso de burocracia²⁹, especialmente pela exigência de um pedido de autorização de residência como procedimento prévio para a concessão de alguns tipos de visto, como o temporário.

Essa concessão de vistos, conforme a nova lei, evidencia recortes semelhantes aos definidos pela legislação de 1980. Deixaram de existir a concessão de vistos permanentes, o que faz com que o trabalhador imigrante só tenha a possibilidade de ter concedido o visto temporário. Para tal, faz-se necessária uma autorização de trabalho, como estabelece o parágrafo 5º do artigo 14, que exige a comprovação da oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no país. Essa exigência pode ser dispensada mediante a comprovação de titulação em curso de ensino superior ou equivalente³⁰.

Como se observa, a entrada do imigrante para trabalho no Brasil só poderá ocorrer com o visto temporário e se uma empresa o convidar previamente, devendo a mesma solicitá-lo. No entanto, condicionar o visto temporário ao interesse e o pedido dela, concluem Wermuth

29 ROCHA, Amanda Bernardes da; GUERRA, Sidney. O direito internacional dos refugiados e a eficácia acerca do sistema brasileiro de concessão de refúgio. *Revista de Direito da Unigranrio*, v. 9, n. 1, 2019, p. 22.

30 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no país e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 29 dez. 2017. Ver parágrafo 5º do artigo 14.

e Aguiar, evidencia traços de manutenção da seletividade na política migratória brasileira³¹.

Conclusão semelhante é a de Guedes *et al.*, quando identificam elementos das antigas normas mantidos na nova legislação, a qual condiciona o exercício de atividade profissional no país à oferta de trabalho, não apresentando avanços em termos de atração de mão de obra qualificada para o Brasil. Apesar de possibilitar a dispensa de oferta de trabalho para o imigrante com ensino superior no caso de suas capacidades profissionais serem consideradas estratégicas para o país, tanto a análise da lei, quanto das atas das reuniões do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) concluíram que não há instrumentos para o governo determinar estas capacidades, tornando inefetiva essa dispensa³².

Essas observações mostram que o país ainda identifica a imigração como um problema, atribuindo aos não-nacionais uma certa condição de inferioridade e um tratamento desigual frente à lei e na prática. Essa discriminação de direito entre eles e os nacionais acaba, muitas vezes, reforçada pelas discriminações de fato, sejam elas, desigualdades sociais, econômicas ou mesmo culturais³³.

Assim, mesmo com a existência de dispositivos legais, tanto no ordenamento jurídico pátrio e no sistema internacional, voltados à proteção do refugiado no país, eles ainda têm baixa eficácia, notadamente porque “deixam a desejar tanto nos aspectos práticos e administrativos, quanto na garantia da manutenção desses refugiados durante o desenvolvimento do procedimento até o seu resultado final”³⁴.

Dessa forma, ainda há muito o que se fazer quanto aos aspectos práticos da requisição e obtenção da autorização de residência e visto, apesar do grande passo à frente, ao estender aos migrantes direitos e garantias previstas constitucionalmente aos brasileiros. Para dar efetividade e proteção a esses direitos, como os previstos nos artigos

31 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi., *Op. Cit.*, p. 251.

32 GUEDES, Ana Lúcia; ACCIOLY, Tatiana de Almeida; DUARTE, Paula da Cunha; SANCHES, Danielle; CALIL, Lucas; RUEDIGER, Tatiana; OLIVEIRA, Wagner. Migrações internacionais: impactos dos novos fluxos migratórios no Brasil em perspectiva multidisciplinar. *42º Encontro Anual da ANPOCS. GT16 Migrações internacionais: Estado, controle e fronteiras*. 2018, p. 27.

33 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi., *Op. Cit.*, p. 252.

34 ROCHA, Amanda Bernardes da; GUERRA, Sidney. O direito internacional dos refugiados e a eficácia acerca do sistema brasileiro de concessão de refúgio. *Revista de Direito da Unigranrio*, v. 9, n. 1, 2019, p. 22.

5º e 6º da Constituição Federal de 1988, as políticas públicas são fundamentais, como discute a próxima seção.

2 A importância da implementação de políticas públicas para a efetividade dos Direitos Humanos dos refugiados: a necessidade da efetiva proteção humana

O fato de a Lei de Migração ter avançado na tentativa de inclusão dos estrangeiros, ela ainda não viabilizou a superação de vários obstáculos para o reconhecimento de sua condição em solo nacional. Essa situação, combinada com o desconhecimento do regramento jurídico protetivo, oportuniza sua exposição à exploração econômica, sujeitando-o a condições de precariedade, como no mercado de trabalho, onde assume tarefas que, em muitos casos, não respeitam as condições mínimas de higiene, segurança e remuneração condigna³⁵.

Essa precariedade e a vulnerabilidade pioram quando os estrangeiros se encontram na condição de refugiado, conforme definido nos termos do art. 1º da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, internalizada no Brasil pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.

O número de pessoas nessa situação é cada vez maior no Brasil, como também vem acontecendo no mundo. Entre 2012 e 2018 a quantidade de refugiados elevou-se 130% no país, com a expressiva vinda de grupos como os venezuelanos, sírios, haitianos, cubanos e angolanos³⁶.

Esses refugiados provenientes, muitas vezes, de regiões de conflitos, são impedidos de permanecerem em seus lares e viverem suas vidas da forma que desejam, sofrendo grave e generalizada violação de direitos humanos³⁷. Dessa forma, são um grupo vulnerável e suscetível a práticas discriminatórias e excludentes, mostrando a

35 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Trabalhador migrante fronteiriço. *Academia Brasileira de Direito*, fev. 2008. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=Trabalho. Acesso em: 07 nov. 2018.

36 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Op. Cit.*

37 BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

importância de políticas públicas para assegurar-lhes a efetividade e proteção dos direitos mais básicos, como os previstos nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988.

A ordem constitucional vigente estabeleceu no país o modelo bem-estar, o qual demanda o protagonismo estatal na correção de problemas sociais. Dessa forma, e tendo sido os direitos humanos positivados no Título II da Carta Magna como direitos e garantias fundamentais, possuem aplicação imediata, sem distinção de qualquer natureza, devendo o Estado garantir aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade³⁸.

Nesse sentido, direitos sociais como à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, são deveres do Estado brasileiro, na forma da Constituição, como define a Emenda Constitucional nº 90, de 2015³⁹.

As políticas públicas podem ser um dos meios para a concretização desses direitos, uma vez que, como explica Bucci, elas são programas de ação estatal destinados a realizar os direitos a prestações, seja diretamente, seja pela organização, definição de normas e de procedimentos necessários para tanto⁴⁰. Elas decorrem, então, do reconhecimento desses direitos, demandando ações para sua realização e estruturação⁴¹.

Neste sentido, é importante que o Estado convoque para si a responsabilidade em instrumentalizá-las, a fim de garantir igualdade substancial aos refugiados para o exercício desses direitos. Os direitos de igualdade e a solidariedade social têm um relevante papel no desenvolvimento pessoal, como explica Sanson:

A percepção de que direitos de igualdade são voltados, por meio da solidariedade social, ao desenvolvimento pessoal pleno, faz com que o Estado avoque o papel de promotor de ações que criam desigualdades jurídicas, de modo a suprir as necessidades

38 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 5.

39 BRASIL, *Op. Cit*, art 6.

40 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

41 MANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

naturais, econômicas ou sociais sobrevividas de debilidades setoriais, devendo, para tanto, interagir com as forças advindas da sociedade, que requerem respostas concretas e eficazes aos anseios comunitários⁴².

A garantia dessa igualdade para os refugiados pressupõe a concretização dos princípios da igualdade, solidariedade, liberdade, todos esses ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, e importantes para assegurar o cumprimento dos mandamentos constitucionais anteriormente citados.

Dessa forma, é importante que a sociedade civil organizada, como as Nações Unidas, outros organismos internacionais, grupos religiosos, assim como governos e setor produtivo atuem juntos para que não apenas a integridade física e mental dos refugiados, mas, sobretudo, que o conjunto de direitos humanos lhes seja garantido, não podendo essa proteção ficar limitada à análise do deferimento ou não do refúgio, uma vez que ela é provisória, precária e demorada.

Analisando o caso dos migrantes na cidade de São Paulo, por exemplo, Gregori menciona vários problemas no atendimento aos pretendentes ao refúgio, os quais ilustram as dificuldades vivenciadas por eles. Um deles é a demora do procedimento de deferimento do pedido para que o estrangeiro passe a ter o *status* de refugiado e goze de proteção jurídica, aumentando a possibilidade de ele ficar em situação irregular, sem documentação e, conseqüentemente, seu acesso à rede de serviços⁴³.

Quando irregulares, sua situação é ainda mais precária, pois sem documentação, enfrentam maiores barreiras culturais, econômicas e sociais presentes na própria condição de estrangeiro. Os obstáculos para o acesso a serviços básicos e burocracias desarrazoadas aumentam o risco de pessoas que já se encontram em risco, fazendo com que tenham a criminalização e a punição pela irregularidade de sua condição no país, colocando-os em situação de maior vulnerabilidade em relação aos direitos civis, políticos e sociais⁴⁴.

42 SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *Op. Cit.*, p. 122.

43 GREGORI, José. Refugiados e imigrantes: uma abordagem de direitos humanos. In: Instituto Migrações e Direitos Humanos – IMDH (Org.) *Refúgio, Migrações e Cidadania*. Brasília: 2007, p. 23-24.

44 GREGORI, José. *Op. Cit.*, p. 23.

Esse cerceamento de direitos torna-os seres isolados ou viventes de comunidades segregadas, com os quais se identificam social e etnicamente. A luta pela sobrevivência e a ausência de solidariedade social e estatal fazem com que eles busquem quaisquer oportunidades de trabalho, mesmo aquelas sem a adequada proteção. Não raro são os relatos de exploração econômica, sexual e vivência em condições análogas à escravidão, como ocorre com alguns bolivianos que se deslocam para o Brasil e trabalham no setor têxtil, por exemplo. Muitas vezes são submetidos a jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho e, por estarem em situação migratória irregular, são submetidos a constantes ameaças de serem denunciados às autoridades competentes para o processo de deportação, o que facilita a situação de extrema exploração⁴⁵.

Outro exemplo é o dos haitianos no Acre, onde há denúncias de violações de Direitos Humanos e laborais, como o não pagamento de horas extras, falta de assistência médica e falsas promessas na chegada ao país, além das jornadas de trabalho acima do tempo permitido, salário abaixo do mínimo e alojamento e comida de baixa qualidade⁴⁶.

Os refugiados, como os imigrantes irregulares, quando não têm lugar no mundo e vivem de forma provisória, sem estarem plenamente inseridos na sociedade ou não contarem com apoio das comunidades de seus países, tornam-se fáceis vítimas de empregadores inescrupulosos ou mesmo de quadrilhas criminosas que os aliciam para as mais diversas áreas do crime: “de irregular a pessoa passa a ilegal”, como explica Gregori⁴⁷.

Problemas dessa natureza evidenciam o caráter público da questão e tornam relevantes a implementação de políticas públicas para a efetividade dos Direitos Humanos dos refugiados. São importantes meios para que sejam oportunizados mecanismos de realização desses direitos: é por meio delas que os direitos sociais encontram guarida

45 ALMEIDA, Marcos Antonio Ferreira. Trabalho Escravo e Promoção de Direitos Humanos de Imigrantes: Uma Análise da Realidade Brasileira. *Cadernos de Direito Actual*, n. 3, 2015, p. 315.

46 SILVA, Leticia Bolzon. Leonardo Mercher. Tratamento do imigrante haitiano no Brasil. 2018. <https://repositorio.uninter.com/handle/1/303>. Centro Universitário Internacional Uninter. Curitiba/PR

47 GREGORI, José. *Op. Cit.*, p. 25.

para sua concretização, visto que exigem da administração pública uma atuação incisiva na efetividade de garantias fundamentais⁴⁸.

Os direitos sociais, enquanto categoria de Direitos Humanos, demandam atuação estatal⁴⁹ que, em parceria com outros atores sociais, como econômicos, religiosos ou culturais, deve organizar, e estabelecer normas e procedimentos para evitar a submissão de refugiados às condições de exploração econômica.

A Lei de Migração, como já mostrado, trouxe uma preocupação com a proteção desses direitos na discussão da temática no país, eliminando diferenciações entre nacionais e não-nacionais e privilegiando o entendimento de que a dignidade da pessoa humana⁵⁰ deve ser preservada. Dessa forma, o direito à vida inclui o direito a uma vida digna, devendo as políticas públicas com vistas a diminuir as desigualdades sociais e, promover o ser humano, garantir-lhe iguais oportunidades e condições para desenvolver-se⁵¹.

Nesse contexto, políticas públicas que combatam a exploração econômica dos estrangeiros, em especial dos refugiados, decorrem do próprio art.1, inciso III da Constituição Federal de 1988, que destaca a dignidade humana como princípio fundamental. Esse deve ser um norte interpretativo para o desenvolvimento de políticas públicas, como adverte Janaina Peixer:

O Brasil reconhece e impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo os direitos e garantias individuais, expressos e implícitos em nosso ordenamento, os direitos sociais e a adoção de políticas públicas visando, além de proteger, promover o ser humano em todas as suas⁵².

O Estado brasileiro precisa evitar que as mesmas situações negativas de fome, pobreza, espoliação, conflitos armados, medo e tantas outras vivenciadas pelos refugiados em seus locais de origem⁵³ sejam aqui perpetradas. Nessa perspectiva, a seção a seguir discute a

48 SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *Op. Cit.*, p. 12.

49 PEIXER, Janaina. *Op. Cit.*, p. 86-87.

50 BRASIL. *Op. Cit.*

51 *Ibidem*, p. 90.

52 PEIXER, Janaina. *Op. Cit.*, p. 88.

53 PRANDEL, Marcia Anita. A “questão migratória” como objeto de reflexão. In GREGORI, José. *Op. Cit.*, p. 23-24.

necessidade de reformulação de políticas públicas, visando garantir o combate de sua exploração econômica no país.

3 Análise crítica das políticas públicas no Brasil: a necessidade de reformulação para garantir o combate à exploração econômica

O instituto das políticas públicas pode se tornar instrumento eficaz na implementação de Direitos Humanos e fundamentais dos refugiados. Em especial, é por meio da execução dessas políticas e pela observação da legislação vigente que se pode combater a exploração econômica do refugiado, bem como garantir seu empoderamento para desenvolver capacidades suficientes e sua inserção no mercado de trabalho formal para que possa vir a ter condições mínimas de vida digna⁵⁴.

Neste sentido, faz-se necessário refletir criticamente acerca das políticas adotadas pelo Brasil, tendo em vista que somente assim torna-se possível fortalecer e ampliar o sistema protetivo deste grupo vulnerável⁵⁵. A atuação integrada entre governo e sociedade civil organizada no desenvolvimento de políticas públicas de sensibilização da população acerca da situação do refugiado e de integração destes na comunidade de acolhimento também é um passo importante a ser dado⁵⁶.

O Brasil assinou, quando da realização da Assembleia Geral da ONU em setembro de 2016, a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, que também foi subscrita por outros Estados-membros da Organização das Nações Unidas. A importância desse compromisso é destacada por Resende:

O objetivo da declaração é que os governos promovam engajamento político, financiamento e atos concretos de

54 HAYDU, Marcelo. Refugiados angolanos em São Paulo: entre a integração e a segregação. *Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais*, n. 5, 2009, p. 173-182.

55 RESENDE, Julieth Laís do Carmo Matosinhos. Análise da (in)efetividade das políticas públicas brasileiras à luz da proteção dos direitos humanos dos refugiados. *XXVI Encontro Nacional do CONPEDI* Brasília-DF, 2017, p. 249. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/46i41956/ai2Bncbp9vZMHh49.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

56 MILESI, Rosita. O refúgio no context das migrações: A integração dos refugiados e das refugiadas como solução duradoura. In: *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Urbana*, v. 17, n. 33, 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407042010019.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

solidariedade e apoio aos países de acolhida e busca de soluções efetivas para os refugiados [...] O país se comprometeu em receber 3.000 refugiados, destinar mais de 1 milhão de reais em recursos para as iniciativas assistenciais. Além disso, oferecerá mais cursos de português por meio do PRONATEC, além de cursos de empreendedorismo em parceria com o SEBRAE⁵⁷.

Como se observa, o objetivo dessa Declaração era o de estabelecer uma espécie de pacto global sobre a migração, reafirmando o comprometimento com a efetividade dos Direitos Humanos de refugiados e estabelecendo apoio aos países que fossem afetados por grandes movimentações de refugiados⁵⁸.

Quando da assinatura da mesma, o Brasil comprometeu-se a receber 3.000 refugiados e destinar verbas para a assistência a estes grupos, o que aumenta a importância de efetuar essa reflexão.

O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), instituído pela lei n. 9.474/97, que trata dos mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, tornou-se o órgão responsável pela análise dos pedidos e reconhecimento da condição de refugiado, visando a proteção de seus direitos.

Entretanto, apenas a existência da lei e do comitê não se revela suficiente, uma vez que a simples previsão normativa, sem organização institucional eficaz dotada de capacidade político-financeira, impede a concretização dos direitos e garantias deste grupo. Faz-se necessária uma atuação contundente do poder executivo e a inclusão do tema na agenda das políticas públicas⁵⁹. Quer dizer, a vontade política é essencial para dar efetividade à referida norma e ao funcionamento do comitê.

Dentre as decisões do CONARE, destaca-se a sugestão de ações para integrar o refugiado à sociedade nacional e dar o sentimento de pertença à comunidade. Em consequência, o termo “refugiado” foi eliminado das carteiras de trabalho e dos documentos de identificação. Por sugestão do conselho, a Polícia Federal também retirou o termo do documento oficial de identificação, passando a constar “residente”⁶⁰.

57 RESENDE, Julieth Laís do Carmo Matosinhos. *Op. Cit.*, p. 249.

58 ONU. Declaração de Nova York sobre refugiados e migrantes, 2016, p. 2. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=E. Acesso em 8 out. 2018.

59 SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *Op. Cit.*, p. 120.

60 RESENDE, Julieth Laís do Carmo Matosinhos. *Op. Cit.*, p. 253.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) também têm oferecido cursos profissionalizantes para refugiados. Por fim, destaca-se a criação de rubrica no orçamento da União para realizar a acolhida de refugiados e políticas de capacitação de profissionais do Sistema Único de Saúde (SUS) para a realização de atendimento de refugiados⁶¹.

No entanto, alguns fatores ainda levam à ineficiência das políticas já existentes, como o aumento exponencial do número de refugiados no país e a sobrecarga dos serviços públicos, a exemplo do sistema de saúde, que não consegue comportar nem mesmo a proteção dos nacionais, bem como dos albergues de acolhimento, inadequados e insuficientes.

Nesse quadro, persiste o desafio de implementação de políticas públicas eficazes, em que pese os avanços de já terem sido formuladas, ainda que precisem ser ampliadas ou aperfeiçoadas.

Um importante passo a ser adotado para o combate à exploração econômica do refugiado é o reconhecimento da situação de refúgio, integrando-o na sociedade, garantindo sua profissionalização e o acesso ao emprego, evitando que haja sua sujeição à exploração econômica e de trabalhos análogos ao de escravo.

De fato, sem o reconhecimento da condição de refugiado, o indivíduo acaba por não ser alcançado por políticas públicas que visam instrumentalizar direitos fundamentais, como os direitos sociais. Assim, a identificação e a documentação destas pessoas é mandatória para que possam ser executadas novas políticas desenvolvidoras de suas capacidades⁶².

Por fim, frisa-se a necessidade de fortalecimento das políticas voltadas para a capacitação dos imigrantes. Somente por meio da capacitação é que se pode garantir que os refugiados não sejam submetidos à exploração econômica e possam desenvolver suas capacidades e alcançar a vida que desejam para si.

Entre os mais diversos obstáculos enfrentados pelos refugiados tem-se a barreira linguística, visto que alguns desses indivíduos chegam em solo nacional sem o conhecimento da língua materna brasileira.

61 Ibidem, p. 253.

62 PEIXER, Janaina. PEIXER, Janaina. *Op. Cit.*, p. 87.

Isso gera diversas consequências em suas vidas, como a dificuldade de acesso à educação e obstáculo para conseguir o primeiro emprego⁶³.

Dessa forma, Higashi e Silva sugerem a adequação dos cursos do SEBRAE e das Escolas do Sistema S (SENAI, SENAC, SENAT, SENARETC) e a abertura de vagas especiais destinadas aos imigrantes e sua capacitação para o mercado de trabalho⁶⁴.

Quando se fala em capacitação o objetivo é, portanto, garantir meios de acesso à educação. Ela possibilita ao refugiado alcançar melhores empregos, combatendo-se sua submissão à exploração econômica e às condições precárias de trabalho.

O direito à educação, presente na Constituição Federal de 1988, é entendido como um direito originário, ou seja, aquele que pode ser demandado, inclusive pela via judicial, mesmo que não exista norma regulamentadora. Esse direito é imprescindível para o processo de emancipação e efetiva garantia de bem-estar do indivíduo, como de refugiados⁶⁵.

Outro aspecto importante a ser mencionado é que o Estado brasileiro e a própria sociedade precisam repensar sua visão sobre a adoção de políticas públicas voltadas aos estrangeiros. Isso não deve ser visto como gasto, mas sim como investimento em longo prazo, uma vez que tais direitos (educação, saúde e emprego) oportunizam a autonomia do indivíduo face ao Estado e ainda geram a possibilidade destes contribuírem para o crescimento econômico nacional, por meio da produção de riqueza.

Por fim, a instituição de políticas públicas para a efetividade de direitos e garantias dos refugiados deve se pautar principalmente na proteção e efetivação da dignidade. Somada a elas, faz-se também necessário o exercício da solidariedade social combinada com a responsabilidade governamental.

63 *Ibidem*, p. 254.

64 HIGASHI, Alexandre; SILVA, José Antônio da. *Op. Cit.*, p. 1526-1527.

65 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, v. 22, 2003, p. 5. Disponível em: <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

Considerações finais

O exame da legislação relativa aos estrangeiros no Brasil evidencia um importante grau de discriminação e complexidade, desmistificando o pressuposto de que o tratamento a eles dispensado no país sempre fora receptivo e inclusivo. A realidade é que em muitos casos, associava-se o estrangeiro à ideia de ameaça à segurança nacional, favorecendo uma política migratória de enfraquecimento dos direitos humanos, como discutido ao longo do trabalho.

Apesar de a nova Lei de Migração ter avançado na tentativa de inclusão desse migrante, ela ainda não viabilizou a superação de obstáculos como a burocracia, o que acaba por impedir a simplificação dos instrumentos de solicitação e reconhecimento de sua condição em solo nacional.

Isso se deve muito em razão de que a obtenção de autorizações de residência e de vistos dependem de atos regulamentares do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), causando um agravamento do cenário já burocrático de regularização da condição do estrangeiro, em especial do refugiado.

Verifica-se que não há um crescimento proporcional do número de reconhecimento de refúgio em relação ao crescimento das solicitações. Isso acaba por gerar um processo de acumulação de pedidos e congestionamento de órgãos como o CONARE responsáveis pela apreciação dos pedidos de refúgio.

Sendo assim, muitos indivíduos que deveriam ter sua condição de refugiado reconhecida e declarada pelo governo brasileiro ficam a margem da legalidade e vulneráveis ao processo de exploração econômica e social. Constata-se que a própria demora na realização do procedimento pode se caracterizar como violação de direitos humanos por acabar impedindo o gozo de direitos fundamentais ao indivíduos que não estão com esta condição reconhecida.

O *status* de imigrante irregular acaba deixando-os em situação ainda mais precária, já que sem documentação enfrentam as mais diversas barreiras, tais como culturais, econômicas e sociais, além de não terem acesso a serviços básicos, sendo passíveis de criminalização e até mesmo punição pela condição de irregularidade no país. O reconhecimento da condição de refugiado é, portanto, peremptório para evitar que haja mitigação de direitos civis, políticos e sociais.

Por todo o exposto, diversas são as conclusões que podem contribuir para o combate à exploração econômica dos refugiados. A primeira delas, a partir da retomada legislativa feita no presente trabalho, é a de que o refugiado é um indivíduo submetido à extrema vulnerabilidade, principalmente em razão de a legislação e sociedade historicamente vê-lo como intruso, indesejável e um peso ao Estado.

Neste sentido, há uma tendência a manter o estrangeiro, mais ainda o refugiado, em condições precárias que o levam à exploração econômica. As normas e o comportamento da sociedade brasileira tendem a tornar o estrangeiro um indesejável no território nacional.

Somente com a mudança de posicionamento sobre o papel que o refugiado pode vir a desempenhar em nossa sociedade é que se pode contribuir efetivamente para o desenvolvimento de políticas sérias e integradoras pautadas essencialmente na dignidade humana.

Logo, a desconstrução da ideia de que o Brasil se demonstra como um país acolhedor ao estrangeiro é extremamente importante para que se visualize a sociedade com verdadeiro olhar crítico e questionador de comportamentos que são tidos como normais ou naturais. Além do mais, somente com a realização de uma crítica sobre a nossa legislação e as políticas públicas desenvolvidas, bem como a adoção de novas práticas como a solidariedade entre sociedade civil organizada e governo, é que podemos ampliar e fortalecer o sistema de proteção ao estrangeiro e refugiado.

Sendo assim, é preciso que tanto o Estado brasileiro quanto a própria sociedade compreendam que a ordem constitucional de 1988 não realiza diferenciação entre brasileiro e estrangeiros em relação a proteção e garantia de direitos fundamentais. Deve-se partir da noção de que toda e qualquer pessoa que se encontra em solo nacional precisa ter direitos garantidos independentemente de seu local de nascimento.

O objetivo constitucional sempre fora o de reconhecer que ao estrangeiro devem ser garantidos direitos fundamentais, não sendo necessário que o mesmo ao ingressar em território nacional o faça com ânimo definitivo ou de forma legal. O que o texto constitucional pretendia era a garantia de direitos em razão do indivíduo ser meramente humano.

Trata-se, portanto, da percepção de que a ordem constitucional de 1988 para a garantia de direitos se pauta principalmente na dignidade humana. Ou seja, a dignidade é tida como valor fundamental

do ordenamento, gerando a obrigatoriedade em ser vista como norte interpretativo para toda e qualquer ação estatal, tal como o estabelecimento de políticas públicas de combate à exploração econômica e social.

Ou seja, todo e qualquer comportamento estatal necessita se fundar no princípio da dignidade humana, sempre buscando proteger o indivíduo enquanto detentor de direitos pelo fato de ser uma pessoa. Por tal razão, o desenvolvimento de políticas públicas enquanto instrumentos de concretização de direitos humanos e fundamentais deve também se pautar no valor fundante do ordenamento jurídico nacional que é a dignidade.

Ora, se o valor fundamental da ordem constitucional é a dignidade as políticas públicas não devem ser institucionalizadas por meio de critérios excludentes pautadas em meros vínculos jurídico-políticos. Ao contrário, devem ser desenvolvidas visando sempre a efetividade da dignidade humana. Sendo assim, esta deve ser a razão da existência das políticas públicas.

Políticas públicas, em que pese não serem as únicas formas de se alcançar mudanças, precisam ser vistas como meios para efetividade de justiça e pacificação social. Inclusive, é por meio destas que se pode combater a exploração econômica de grupos como os refugiados, tendo em vista que estas possibilitarão acesso à direitos básicos que afastam a pessoa da submissão a trabalhos precários e da exploração econômica.

Logo, o desenvolvimento de políticas públicas aos refugiados se revela como mandamento constitucional e precisam ser vistas como investimentos e não como custos para o Estado, visto que tais políticas garantem um processo de emancipação e independência do refugiado.

Sendo a existência de refugiados em território brasileiro um fato, é preciso a conscientização do governo e sociedade civil de que, a depender da maneira como lidam com esta situação, pode-se desenvolver um problema de custo ante apenas uma visão assistencialista ou, por outro lado, criar uma política de incentivo ao desenvolvimento das capacidades destes indivíduos para que possam contribuir para a economia e geração de riqueza a longo prazo.

Logo, é preciso que se leve em consideração que os resultados sociais de inclusão do estrangeiro podem ser positivos, resultando em melhorias na economia, redução da violência e pobreza e diminuição do preconceito e xenofobia. A implementação de políticas públicas deve

ser vista como investimentos que trarão bons frutos para a sociedade em todos os seus espectros.

Frisa-se que quase na totalidade das vezes os refugiados abandonam seu Estado de residência justamente em razão da ausência de garantias mínimas de vida, sempre procurando locais onde condições mínimas de dignidade possam ser garantidas. Permitir que no Brasil estas pessoas sejam submetidas à exploração econômica, à condições precárias de trabalho e até mesmo situações análogas à escravidão é atuar da mesma forma que os demais Estados de origem violadores atuam.

Além disso, este tipo de comportamento estatal contraria o mandamento constitucional de que a ordem jurídica nacional deve se pautar na efetivação de direitos fundamentais, bem como na prevalência de Direitos Humanos. Sendo assim, o Brasil precisa instrumentalizar políticas públicas que tenha como norte interpretativo a dignidade. O direito à uma vida digna é a principal razão que obriga o Estado brasileiro a desenvolver políticas para a proteção dos direitos e garantias fundamentais de refugiados.

Este tipo de comportamento estatal garantirá que o refugiado não seja submetido à exploração econômica, pois estará abarcado por um sistema eficaz de proteção de direitos, bem como possibilitará que este seja integrado ao mercado de trabalho nacional. Integrar o refugiado ao mercado de trabalho gera benefícios que alcançam tanto o refugiado em situação de vulnerabilidade quanto a própria economia nacional.

O refugiado, tendo reconhecida sua qualidade de sujeito de direitos e sendo alvo de políticas públicas de inserção no mercado de trabalho possui a capacidade de contribuir para o crescimento econômico da nação, além de se tornar independente, *a posteriori*, do próprio Estado. Negar políticas de inclusão para estas pessoas as tornam “não-sujeitos” e totalmente vulneráveis à violência e à exploração econômica e social.

Diante do exposto, verifica-se que a concepção de que toda e qualquer pessoa é detentora de dignidade é fundamental para o entendimento de que sempre haverá titularidade de direitos independentemente das qualidades político-jurídica de cada indivíduo. O desenvolvimento de políticas no sentido de combater a exploração econômica é um dever, pois o fato de ser humano já se revela motivo suficiente para a proteção de direitos fundamentais. Ser humano é ser sujeito de direitos.

Referências

BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta Guimarães. Refugiados africanos em São Paulo, Brasil: espaços da migração. *Revista Internacional em Língua Portuguesa*, v. 3, n. 24, p. 97-110, 2011.

BASSANEZI, Maria; SCOTT, Ana Silvia Volpi; BACELLAR, Carlos de Almeida Prado; TRUZZI, Oswaldo Mário Serra; GOUVÊA, Marina. *Repertório de legislação paulista e brasileira sobre imigração*. São Paulo: Unesp, 2008.

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

BRASIL. *Decreto nº 1.641, de 7 de janeiro de 1907*. Providencia a expulsão de estrangeiros do território nacional. Publicação: Diário Oficial - 9/1/1907, Página 194 (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1641-7-janeiro-1907-582166-publicacaooriginal-104906-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930*. Limita a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe, dispõe sobre a localização e amparo de trabalhadores nacionais. Brasília: Câmara dos Deputados, [1930]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-republicacao-82423-pe.html>. Acesso em: 08 abr. 2017.

BRASIL. *Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837*. Dando várias providências sobre os contratos de locação de serviços dos Colonos. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/541072/publicacao/15632760>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Políticas Migratórias no Brasil e a Instituição dos “Indesejados”: A Construção Histórica de um Estado de Exceção para Estrangeiros. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 56-85, jan./jun., 2018. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1728/620>. Acesso em 13 nov. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, v. 22, 2003, p. 5. Disponível em: <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018. Acesso em: 13 out. 2018.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS DE 1951, de 28 de Julho de 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados&view. Acesso em: 8 jan. 2017.

DANTAS, Monica Duarte; COSTA, Vivian Chierigati. O “pomposo nome de liberdade do cidadão”: tentativas de arrematamento e coerção da mão de obra livre no Império do Brasil”. *Estudos Avançados*, v. 30, n. 87, p. 29-48, 2016.

DI GIOVANNI, Geraldo. As Estruturas Elementares das Políticas Públicas. *Caderno de Pesquisa*, Campinas, n. 82, 2009.

FAGUNDES, Lucas Machado; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LOCH, Andriw Souza. O utilitarismo na política migratória brasileira: a luta por direitos humanos dos migrantes. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 13, n. 31, p. 355-377, dez. 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2871/1394>. Acesso em: 13 jan. 2019.

GREGORI, José. Refugiados e imigrantes: uma abordagem de direitos humanos. In: Instituto Migrações e Direitos Humanos – IMDH (Org.). *Refúgio, migrações e cidadania*. Brasília: 2007, p. 23-24.

GUEDES, Ana Lúcia; ACCIOLY, Tatiana de Almeida; DUARTE, Paula da Cunha; SANCHES, Danielle; CALIL, Lucas; RUEDIGER, Tatiana; OLIVEIRA, Wagner. Migrações internacionais: impactos dos novos fluxos migratórios no Brasil em perspectiva multidisciplinar. *42º Encontro Anual da ANPOCS. GT16 Migrações internacionais: estado, controle e fronteiras*. 2018.

HAYDU, Marcelo. Refugiados angolanos em São Paulo: entre a integração e a segregação. *Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais*, n. 5, p. 173-182, 2009.

HIGASHI, Alexandre; DA SILVA, José Antônio. Políticas públicas: instrumentos de defesa dos imigrantes contra a exploração de trabalho escravo no Brasil. *Revista de Artigos do I Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, Marília, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.revista.univem.edu.br/>. Acesso em: 15 maio 2018.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Trabalhador migrante fronteiriço. *Academia Brasileira de Direito*, fev. 2008. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=Trabalho. Acesso em: 7 nov. 2018.

MILESI, Rosita. O refúgio no context das migrações: A integração dos refugiados e das refugiadas como solução duradoura. *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Urbana*, v. 17, n. 33, 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407042010019.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

OLIVEIRA, Marco Aurélio; CAMPOS, Davi. Imigrações e instituições de fronteira: bolivianos em Corumbá, MS. *Revista científica Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 10, n. 20, p. 47-58, 2015. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/77>. Acesso em: 24 abr. 2018.

PATARRA, Neide Lopes; FERNANDES, Duval. Brasil: país de imigração. *Revista Internacional em Língua Portuguesa-Migrações*, v. 3, n. 24, p. 65-96, 2011.

PEIXER, Janaina. As políticas públicas como forma de concretização dos direitos do homem e o tratamento dispensado aos refugiados no Brasil. *Revista Universitas: Relações Internacionais*. v. 10. n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/1606>. Acesso em: 20 maio 2018.

RESENDE, Julieth Laís do Carmo Matosinhos. Análise da (in) efetividade das políticas públicas brasileiras à luz da proteção dos direitos humanos dos refugiados. *XXVI Encontro Nacional do CONPEDI* Brasília-DF, 2017, p. 249. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/46i41956/ai2Bncbp9vZMHh49.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

ROCHA, Amanda Bernardes da; GUERRA, Sidney. O direito internacional dos refugiados e a eficácia acerca do sistema brasileiro de concessão de refúgio. *Revista de Direito da Unigranrio*, v. 9, n. 1, p. 1-24, 2019.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. Direitos Humanos, Cidadania e o Trabalhador Imigrante Ilegal no Brasil. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 128, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/120>. Acesso em: 28 jun. 2018.

SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117-138.

SEYFERTH, Giralda. Colonização, Imigração e Questão Racial no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, v. 53, p.117-149, mar. 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.) *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-15.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Global Trends: Forced Displacement in 2016*. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016.html>. Acesso em: 11 jan. 2018.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Mid-year trends 2016*. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/58aa8f247/mid-year-trends-june-2016.html>. Acesso em: 20 out. 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A (bio)política migratória brasileira entre utilitarismo e repressivismo: sobre a necessidade de suplantação da ideia de “segurança nacional” em busca da comunidade que vem. *Derecho y Cambio Social*, v. 12, n. 39, p. 1-34, 2015.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; DE AGUIAR, Jeannine Tonetto. Direitos humanos e políticas migratórias brasileiras: do estatuto do estrangeiro à nova lei de migrações, rupturas e continuidades. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 10, 2018.

ENTRE DIÁSPORAS E INSURGÊNCIAS: A LUTA ANTIRRACISTA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO BRASIL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INTERCULTURAL

IN BETWEEN DIASPORAS AND INSURGENCIES: THE ANTI-RACIST STRUGGLE OF THE QUILOMBOLA COMMUNITIES IN BRAZIL IN THE PERSPECTIVE OF INTERCULTURAL EDUCATION

Fernanda da Silva Lima^I 

Bruna Baggio Crocetta^{II} 

^I Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina (UNESC), Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da UNESC, Criciúma, SC, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: felima.sc@gmail.com

^{II} Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina (UNESC), Criciúma, SC, Brasil. Mestra em Direito. E-mail: brunacrocetta@hotmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3048>

Recebido em: 05.04.2019

Aceito em: 18.06.2019

Resumo: Este artigo traz como problemática verificar de que forma a educação intercultural pode se constituir como ferramenta da luta antirracista e do reconhecimento cultural e jurídico (material) das comunidades remanescentes de quilombo no Brasil? Como hipótese tem-se que a educação intercultural é orientada por meio do reconhecimento do Outro e do diálogo entre os diversos povos e culturas. O artigo tem como objetivo geral estudar as comunidades quilombolas na perspectiva da educação intercultural comprometida com a luta antirracista e da luta contra o processo de invisibilidade e apagamento cultural imposto pela colonialidade. O trabalho está dividido em dois objetivos específicos, o primeiro tem a finalidade de compreender os quilombos desde a sua formação histórica até o seu processo de reconhecimento jurídico-formal

Abstract: This article presents as problematic to analyse how intercultural education can constitute as a tool of the antiracist struggle and of the cultural and juridical (material) recognition of the remaining quilombo communities in Brazil? As a hypothesis we have that intercultural education is oriented through the recognition of the Other and the dialogue between the different peoples and cultures. The article presents a general objective to study quilombola communities in the perspective of intercultural education committed to the antiracist struggle and the struggle against invisibility and the cultural erasure imposed by coloniality. The work is divided in two specific objectives, the first one has the purpose of understanding the quilombos from their historical formation until the process of legal-formal recognition established in



estabelecido no texto constitucional. O segundo analisa a interculturalidade como ferramenta importante na luta pelos direitos humanos e pelo direito de (re)existir das comunidades quilombolas. O método é dedutivo, envolvendo pesquisa bibliográfica e procedimento monográfico.

Palavras-chave: Comunidades quilombolas. Educação intercultural; Direitos Humanos. Luta antirracista.

the Federal Constitution. The second examines interculturality as an important tool in the struggle for human rights and for the right (re) existence of quilombola communities. The method is deductive, involving bibliographic research and monographic procedure.

Keywords: Quilombola communities. Intercultural education. Human rights; antiracist struggle.

Sumário: Introdução. 1. Escravidão, quilombos e racismo: situando o debate sobre o processo de luta e (re)existência da população negra no Brasil. 2. Interculturalidade e educação quilombola: a luta pelo direito de (re)existir. Conclusão. Referências

Introdução

Quando se fala em surgimento do Brasil, a história contada é da descoberta do país pelos portugueses. Contudo, este território já era habitado há muito tempo por outros povos, a quem os europeus atribuíram de ‘povos indígenas’. A colonização europeia impôs e enraizou seus costumes, cultura, crenças e práticas a todos que viviam no país, idealizando um modelo europeu de existência. A visão europeia influenciou e influencia até os dias atuais muitos aspectos da vida social, política, econômica e religiosa do Brasil, inclusive nas práticas educacionais e na perpetuação de uma cultura una.

O surgimento dos quilombos se deu a partir do período colonial no País, como forma de resistência à escravização, sendo que a história deve ser (re)contada respeitando a importância dos índios e negros para a formação do País. Desde sempre, a história desses povos foi marcada por lutas, opressões e supressão de direitos, uma vez que as naturalizações de uma visão eurocêntrica acerca da existência humana e da cultura desencadearam o processo de marginalização dos negros.

Logo, ainda que a colonização tenha findado, a colonialidade do poder, do saber e do ser ainda está impregnada na sociedade brasileira e continua contribuindo para a manutenção do racismo e práticas discriminatórias contra a população negra, mantendo-a sempre à margem e em situação de desigualdade e exclusão, se comparado aos grupos brancos (hegemônicos). Esta situação torna-se mais difícil para as comunidades remanescentes de quilombos, que além da luta

antirracista, lutam também para que a sua forma de vida, organização e cultura sejam mantidas e respeitadas, a despeito de um modelo de Estado democrático de direito e jurídico (monista) que tem ignorado às suas demandas. Por certo que no plano formal, as comunidades remanescentes de quilombo foram reconhecidas como sujeitos de direitos coletivos somente com a inclusão do art. 68 da ADCT da Constituição Federal de 1988.

Este artigo traz como problemática verificar de que forma a educação intercultural pode se constituir como ferramenta da luta antirracista e do reconhecimento cultural e jurídico (material) das comunidades remanescentes de quilombo no Brasil? Como hipótese tem-se que a educação intercultural é orientada por meio do reconhecimento do Outro e do diálogo entre os diversos povos e culturas.

O artigo tem como objetivo geral estudar as comunidades quilombolas na perspectiva da educação intercultural comprometida com a luta antirracista e da luta contra o processo de invisibilidade e apagamento cultural imposto pela colonialidade. O trabalho está dividido em dois objetivos específicos, o primeiro tem a finalidade de compreender os quilombos desde a sua formação histórica até o seu processo de reconhecimento jurídico-formal estabelecido no texto constitucional. O segundo analisa a interculturalidade como ferramenta importante na luta pelos direitos humanos e pelo direito de (re)existir das comunidades quilombolas.

Nesta pesquisa é utilizado o método dedutivo, envolvendo a técnica de pesquisa da documentação indireta, uma vez que o trabalho se baseia também em pesquisa bibliográfica e documental, e como método de procedimento, o monográfico.

1 Escravidão, quilombos e racismo: situando o debate sobre o processo de luta e (re)existência da população negra no Brasil

O surgimento dos quilombos está relacionado diretamente ao período da escravização, representando uma das formas de resistência do povo africano que foi trazido ao Brasil na condição de escravizados. Esses indivíduos fugiram dos seus senhores em busca da sua sobrevivência e de uma vida livre. As comunidades remanescentes de quilombos tratam, assim, dos descendentes do povo negro africano que foram trazidos forçadamente ao Brasil na época da colonização e escravização.

Para compreender o panorama atual, necessário retornar as origens e identificar o contexto e período históricos em que surgiram e se desenvolveram os quilombos.

Con la conquista de las sociedades y las culturas que habitaban lo que hoy es nombrado como América Latina, comenzó la formación de un orden mundial que culmina, 500 años después, en un poder global que articula todo el planeta. Ese proceso implicó, de una parte, la brutal concentración de los recursos del mundo, bajo el control y en beneficio de la reducida minoría europea de la especie y, ante todo, de sus clases dominantes. Aunque moderado por momentos frente a la revuelta de los dominados, eso no ha cesado desde entonces (QUIJANO, 1992a, p. 11).

As discriminações raciais, étnicas, sociais sustentadas na época da colonização eram justificadas considerando-as um fenômeno natural para legitimar a dominação. A repressão se deu tanto pelo uso do trabalho forçado desses grupos tidos como inferiores, como também impondo a eles a obrigação de usar a língua e praticar a cultura e a religião dos colonizadores.

Foi então, com a formação da América que se estabeleceu uma categoria que foi chamada de raça, hierarquizando os seres humanos e os classificando em superiores e inferiores. Para dificultar, quando as pessoas negras, para quem se negava a humanidade, chegavam ao Brasil eram colocados nos mercados e vendidos separadamente. As pessoas negras vinham de lugares diferentes da África e isso também facilitava o “apagamento” da cultura.

Mais tarde, em meados do século XIX será a vez da ciência atestar a inferioridade da população negra. As teorias raciais chegaram ao Brasil, importadas da Europa, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX com o objetivo de reproduzir o ideal de dominação colonial e naturalização da discriminação dos seres humanos centrados na concepção da hierarquização das raças (LIMA, 2010).

Por meio desse pensamento, os dominadores puderam classificar a humanidade, inferiorizando as pessoas negras e dando superioridade aos brancos por meio do conceito científico da raça (SCHWARCZ, 1993) que manteve (e ainda mantém) os negros como inferiores numa racionalidade forjada pelo racismo científico.¹ Portanto, o racismo

1 Dentre as principais linhas filosóficas, que repercutiram entre os homens letrados do nosso país a partir dos meados do século XIX, pode-se dar destaque ao positivismo, darwinismo, evolucionismo. Essas teorias movimentavam o pensamento político

científico sustentou a concepção de superioridade dos europeus em relação aos povos nativos e povo negro africano que chegaram ao Brasil e naturalizaram as relações coloniais e as práticas de dominação. Nas palavras de Fanon (1997, p. 175):

Ao colonialismo não basta encerrar o povo em suas malhas, esvaziar o cérebro colonizado de toda a forma e todo conteúdo. Por uma espécie de perversão da lógica, ele se orienta para o passado do povo oprimido, deforma-o, desfigura-o, aniquila-o. Essa tarefa de desvalorização da história do período anterior à colonização, adquire hoje sua significação dialética.

O processo de dominação no período colonial foi caracterizado tanto pela exploração como pela opressão. A população negra africana foi escravizada, massacrada, impedida de perpetuar suas crenças e costumes, foram negados à própria condição de humanidade. A étnico-racialidade deve ser entendida como uma “engrenagem da diferença colonial configurada a partir da expulsão dos mouros e dos judeus, pela exploração e silenciamento dos escravos africanos” (MIGNOLO, 2005, p. 80).

Ainda no contexto de escravidão, a população negra inicia seu processo de luta e resistência contra a sua condição de não humanidade imputada pelos colonizadores. Abre-se o caminho para revoltas desses povos e a necessidade de as pessoas negras afirmarem-se e serem tratadas como seres humanos. Muitos fugiram das fazendas e terras dos colonizadores, diante dos maus tratos e exploração do trabalho em busca de uma vida digna.

A partir da realidade cruel vivenciada à época, surge a necessidade urgente dos negros se defenderem e sobreviverem para garantir sua existência como seres humanos. Os quilombos foram resultados dessa exigência das pessoas escravizadas lutarem por sua liberdade e dignidade através do escape dos cativeiros se organizando em sociedades livres no território brasileiro, transformando o que aparentemente era algo emergencial em um sistema de vida metódico em que viviam as massas africanas que se recusavam a se submeter ao sistema escravista; eram baseadas em sociedades comunitárias que

nacional, sustentadas pela divulgação do conhecimento científico. Conceitos e conclusões formuladas por intelectuais europeus alcançavam grande repercussão, fornecendo justificativas “hierarquizantes” baseadas no critério científico. Assim se explicavam as diferenças sociais das nações inferiores frente às nações europeias. A raça passou a ser uma noção discutida em obras que previam um futuro nebuloso para o Brasil. A responsabilidade pela condição nacional devia-se ao cruzamento sexual de várias raças (BARBOSA, 2016, p. 265).

poderiam ser encontradas em florestas de difícil acesso que facilitava sua defesa e proteção. (NASCIMENTO, 1980, p. 151).

Esses indivíduos fugiram em busca da liberdade e de uma existência justa e se organizaram em locais de difícil acesso para que não fossem encontrados pelos seus “donos”, dando surgimento as sociedades livres que ficaram conhecidas como quilombos. Os quilombos representaram uma das principais formas de resistência à escravidão. “O quilombismo dos séculos passados deixou um patrimônio à prática quilombista contemporânea para sustentar e ampliar as formas de combate ao racismo e libertação de séculos de extermínio” (NASCIMENTO, 1980, p. 161).

O primeiro conceito acerca dos quilombos foi construído, em 1740, pelo Conselho Ultramarino para dar uma resposta ao rei de Portugal a uma consulta formulada por este, que trazia a seguinte definição: “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele” (ALMEIDA, 2002, p. 47).

“Os quilombos se proliferaram inicialmente como forma de resistência. Em todas as partes da Colônia em que havia a agricultura e a escravidão, logo os quilombos apareciam enchendo as matas e pondo em sobressalto os senhores de terras” (MOURA, 1959, p. 69). Onde havia trabalho escravo, existiam os quilombos que manifestavam o inconformismo dos negros em face à imposição da escravidão (MOURA, 1959). Ainda eram compostos por outros indivíduos como crioulos, escravizados e índios, livres e forros, e também por aqueles conhecidos como ‘os fora da lei’, ladrões, assassinos e desertores

Na construção da história do Brasil, a prática da discriminação racial foi mantida e segue maquiada pelo Estado, situação que ainda continua atualmente, quando se pensa no mito da democracia racial. Logo, apesar de a primeira Constituição do Brasil² elencar a igualdade com um dos seus princípios, o país coexistiu por quase toda a vigência da referida Constituição com a escravização.

2 “Nossa primeira Constituição, por exemplo, proclamava com solenidade o princípio da igualdade (art. 178, XIII) e, não obstante, o país conviveu durante quase todo o Império com a escravidão dos negros. Além disso, a abolição da escravatura, em 1888, não foi acompanhada por qualquer medida que permitisse a inclusão social dos ex-escravos, que fatalmente acabariam compondo o último estrato da nossa pirâmide social.” (SARMENTO, 2006, p. 66).

O problema perdurou fortemente após a lei da abolição da escravidão, em 1888, e a proclamação da República, em 1889, uma vez que não houve nenhuma política de inclusão social dos indivíduos escravizados, restando a eles poucas opções para sobrevivência. Pelo contrário, a elite brasileira, baseada nos postulados do racismo científico e do darwinismo social, lançou um projeto de embranquecimento da população, por meio do investimento na política imigratória, com o objetivo de substituir a população mestiça brasileira, ocultando mais uma vez a grande massa que constituiu as estruturas do país na época (DOMINGUES, 2007).

Segundo Osório (2008, p. 70):

No momento da abolição, foram suprimidas as barreiras formais que a escravidão oferecia à competição dos negros com os brancos pelas posições sociais. Mas quando os portões são abertos e se faculta aos negros o ingresso na corrida, os brancos já estão quilômetros adiante. Essa é a condição inicial. Para que os negros superem a desvantagem imposta por ela, é preciso que, a cada geração, percorram uma distância maior do que a percorrida pelos brancos. Se não conseguem fazê-lo, a desigualdade racial existente no momento da abertura dos portões persiste.

Assim, ainda que outras teorias raciais tenham surgido no cenário pós abolição para explicar/atestar uma (falsa) inferioridade das pessoas negras – à exemplo da teoria da mestiçagem³ e da tese da democracia racial⁴. A população negra continua lutando e resistindo contra as

3 A crença na mestiçagem serviu para mascarar ou até mesmo esconder qualquer fenômeno relacionado ao preconceito e à discriminação racial, uma vez que o discurso que considerava o povo brasileiro mestiço vinha embutido no conceito de assimilacionismo. Assim, os negros, para que integrassem e se inserissem nesta sociedade, deviam negar as suas particularidades culturais e étnico-raciais, para passar por um processo de assimilação da cultura branca (de matriz europeia), pois esta era a que deveria prevalecer para atestar a identidade única do povo brasileiro (LIMA, 2015, p. 119).

4 “O mito da democracia racial é uma poderosa insígnia ideológica que tem agido como forma de administração, controle, orientação, incentivo ou dominação. Um mito que entra na composição de uma “constelação ideológica” na qual estão presentes e combinam-se mais ou menos eficazmente vários mitos da história passada e presente: O Brasil seria um país com uma história de “revoluções brancas”, ou seja, incruentas, na qual predominam a “conciliação e a reforma”, a “democracia racial” e o “homem cordial”; tudo isso mais ou menos “lusu-tropical” (IANNI, 2004, p. 159-160).

formas modernas de discriminação racial que mantém relação com o passado escravista. O processo de luta se dá hoje de várias formas, seja a partir dos movimentos sociais, do processo lento e gradual de revisão da própria história do Brasil, na criação e ampliação de políticas de ação afirmativa para os negros, seja na luta das comunidades que descendem diretamente dos quilombos e que por isso também lutam pela regularização e titulação das suas terras, bem como a manutenção da sua cultura.

Atualmente as comunidades remanescentes de quilombos constituem-se como grupos sociais que se unem em prol de um bem comum, praticante de sua cultura e de suas crenças e com uma conexão com a natureza e com o ambiente em que se estabelecem. Por isso, cabe considerar a relevante importância da terra para esses povos, transcendendo ao exercício de uma posse direta.

Existe o valor cultural dado a terra⁵, a qual é tida como local de pertencimento do grupo, diante da perpetuação de suas práticas e modo de lidar com a terra e os recursos naturais. As comunidades quilombolas devem ser tratadas, portanto, como sujeitos coletivos, cujas terras que ocupam são necessidade inerente à perpetuação do grupo. Nesse sentido, pode-se considerar uma diversidade de tipos de utilização de recursos naturais por esses sujeitos coletivos como a terra, as águas, a floresta, e de variadas maneiras e combinações entre uso e propriedade e, ainda, entre o caráter comum e o privado, seguidos por condições étnicas, de família e sucessão, por condições históricas, por componentes de identidade específicos e por fatores políticos-organizativos e econômicos, de acordo com atividades e conhecimentos próprios (ALMEIDA, 2002).

A identidade das comunidades quilombolas é definida pela experiência vivida, pelo sentimento de pertencimento, pela perpetuação da cultura, pela valorização dos antepassados, pelo compartilhamento de trajetórias comuns, dentre outros.

Para os quilombolas, a terra dá as condições de continuidade dos elementos simbólicos necessários ao fortalecimento do imaginário coletivo e, em alguns casos, os seus indivíduos entendem a terra como

5 “A posse da terra, independente das suas origens patrimoniais, se efetiva pelas comunidades enquanto sujeito coletivo, configurando um grupo étnico. A apropriação coletiva é feita por negros organizados etnicamente, como sujeito social. Não se trata, portanto, de posse de negros enquanto pessoas físicas.” (BANDEIRA, 1988, p. 22).

pressuposto de existência do grupo. A literatura antropológica aponta diversos casos de grupos que perderam suas terras e, ainda assim, mantiveram suas crenças de pertencimento para lutar pela recuperação de seus territórios (LEITE; FERNANDES, 2006).

Atualmente a regulamentação, o reconhecimento e a proteção das comunidades remanescentes de quilombo no Brasil estão assegurados formalmente no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) firmado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O dispositivo traz a seguinte redação: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (BRASIL, 1988).

O segundo campo de proteção diz respeito ao direito à cultura e ao patrimônio cultural previstos, agora sim, no texto da Constituição Federal de 1988, conforme estabelece o artigo 215:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional consagra o reconhecimento ao direito à cultura, no sentido de proteger as diversas formas de manifestações culturais e incluindo, expressamente, a cultura popular indígena e afro-brasileira, esta última integrando as comunidades quilombolas.

A outra previsão do texto constitucional faz referência ao respeito ao patrimônio cultural brasileiro, no artigo 216, que dispõe:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I. as formas de expressão;
- II. os modos de criar, fazer e viver;
- III. as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV. as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V. os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...]

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (BRASIL, 1988).

Pelo artigo 216 da Constituição Federal de 1988 fica consignada a importância da preservação da cultura afro-brasileira, que nasceu com a chegada não espontânea dos negros africanos no país na época da escravidão, devendo, portanto, ser protegida pelo Estado, nos termos do art. 215, §1º, da CF/88.

Como forma de regulamentar o artigo 68 da ADCT/Constituição Federal, foi aprovado, no ano de 2003, o Decreto nº 4.887. Referido decreto trata do procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombos, configurando relevante conquista no que tange à identidade desses povos e a consagração do direito à diferença. O Decreto nº 4.887/2003 também instituiu a competência do Poder Executivo no processo de reconhecimento e titulação das terras às comunidades remanescentes de quilombos no Brasil. O órgão do executivo responsável pelos procedimentos previstos no Decreto ficou a cargo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).⁶

Assim, pode-se perceber que o ano de 2003 foi um marco na luta pelos direitos quilombolas, havendo, a partir daí uma série de atos

6 No entanto, a história nos mostra que todo processo de conquista de direitos é acompanhada de desafios, e às vezes de retrocessos, como foi o caso da impetração da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 3239-9/DF contra o Decreto nº 4.887/2003 no ano de 2004 pelo Partido da Frente Liberal - PFL (atual Democratas) defendendo a sua inconstitucionalidade a partir da alegação de que o referido decreto extrapola os poderes do executivo. A ação foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal apenas em 08 de fevereiro de 2018, mais de uma década depois, tendo os impetrantes perdido a ação e a constitucionalidade do Decreto mantida pela Corte.

normativos e outros instrumentos legislativos publicados com o objetivo de regulamentar a questão quilombola no país. Os remanescentes de quilombos precisam, assim, fazer a autoatribuição dessa identidade e reconhecer uma trajetória histórica própria, por meio de suas tradições, cultura e relação com o território, como local de pertencimento e reprodução física, social, econômica e cultural.

No intuito de reparar as injustiças causadas em mais de 300 anos de escravização e lutar contra os efeitos negativos que incorporaram a estrutura da sociedade brasileira e que persistem até os dias atuais, a titulação dos territórios e o reconhecimento das comunidades quilombolas pelo Estado brasileiro constitui-se em uma política pública de reparação. Uma reparação que infelizmente caminha a passos lentos – dado o pouco número de comunidades com território certificado no Brasil – e que a todo instante sofre ameaça de ter seus direitos assegurados ou ameaçados.

Este item inicial sobre a constituição histórica de luta dos quilombos e das comunidades remanescentes de quilombo não teve a finalidade de ser exaustivo. Tampouco, acreditamos que a mera garantia legal dos direitos seja suficiente na luta antirracista e na garantia de autopreservação, autoconservação, autorelucção e reconhecimento das comunidades quilombolas. Assim, nos parece que junto ao processo de luta é imprescindível propor uma nova práxis e uma nova gramática para que de fato os direitos humanos destas comunidades deixem de ser letra morta para efetivar-se de fato. Uma destas possibilidades tem sido a necessidade do diálogo e do reconhecimento do Outro a partir da visão intercultural dos direitos humanos, conforme melhor abordado no item a seguir.

2 Interculturalidade e educação quilombola: a luta pelo direito de (re)existir

A sociedade intercultural em que se vive atualmente requer o reconhecimento da identidade de todos os grupos sociais e a garantia de direitos para se viver com dignidade. O direito a uma identidade cultural significa que todos os integrantes de grupos étnico-culturais têm o direito de pertencer a sua cultura e ser reconhecido como são, não devendo se assimilar aos costumes de outros grupos, ou a quem se atribui uma cultura hegemônica.

O respeito à diferença garante a consolidação das identidades desses grupos. Esse ideal pode partir das escolas, local que pode ser de reconhecimento e valorização das diferentes culturas e de (re) aprendizagem da história não oficial, como contraposição a história única dos povos que formaram o país, em especial, os índios e as pessoas negras.

A reconceitualização dos direitos humanos pressupõe a prática do diálogo intercultural, o qual, por seu turno, requer a prática de uma hermenêutica diatópica. Há, sem dúvidas, muitos desafios a serem encarados para concretizar uma educação intercultural a partir de uma concepção crítica e emancipatória, onde sejam cumpridos e promovidos os direitos humanos e conciliados os direitos à igualdade e à diferença (CANDAUI, 2008).

A concepção intercultural requer uma política de alteridade com a promoção de uma educação para o reconhecimento do outro por meio do diálogo entre os distintos grupos sociais e culturais. “Uma educação para a negociação cultural, que enfrenta os conflitos provocados pela assimetria de poder entre os diferentes grupos socioculturais nas nossas sociedades e é capaz de favorecer a construção de um projeto comum [...]” (CANDAUI, 2008, p. 52).

A colonialidade do poder consegue explicar aquelas relações de dominação que permanecem no pós-colonialismo e que aparentemente teria sido superado pela modernidade, o que acaba por inibir a consideração de toda a diversidade cultural existente no mundo.

A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial de poder capitalista. Se funda na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do dito padrão de poder e opera em cada um dos planos, âmbitos e dimensões materiais e subjetivas, da existência social cotidiana e da escala social. Origina-se e mundializa-se a partir da América (QUIJANO, 2000, p. 342).

O termo colonialidade do poder traz uma nova interpretação da raça e do racismo como “o princípio organizador que estrutura todas as múltiplas hierarquias do sistema-mundo” (GROSGOUEL, 2008, p. 123). A interculturalidade pode romper com essa barreira, num sentido decolonial⁷. Segundo Mignolo (2008, p. 249), “a conceptualização

7 Luciana Ballestrin (2013, p. 89-90), em sua obra “América Latina e o giro decolonial”, defende a “opção decolonial” – epistêmica, teórica e política – para compreender e atuar no mundo, marcado pela permanência da colonialidade global

mesma da colonialidade como constitutiva da modernidade é já o pensamento de-colonial em marcha”. E como complementação, segundo Ballestrin (2014, p. 110), é “a perspectiva decolonial, que fornece novos horizontes utópicos e radicais para o pensamento da libertação humana, em diálogo com a produção de conhecimento”.

Sobre o conceito de interculturalidade, Walsh (2001, p. 10-11) o traz como sendo:

[...] um processo dinâmico e permanente de relação, comunicação e aprendizagem entre culturas em condições de respeito, legitimidade mútua, simetria e igualdade.

Um intercâmbio que se constrói entre pessoas, conhecimentos, saberes e práticas culturalmente diferentes, buscando desenvolver um novo sentido entre elas na sua diferença.

Um espaço de negociação e de tradução onde as desigualdades sociais, econômicas e políticas, e as relações e os conflitos de poder da sociedade não são mantidos ocultos e sim reconhecidos e confrontados.

Uma tarefa social e política que interpela o conjunto da sociedade, que parte de práticas e ações sociais concretas e conscientes e tenta criar modos de responsabilidade e solidariedade.

Uma meta a alcançar.

Ainda que não se tenha apagado totalmente as heranças da época da escravidão, no que diz respeito à perpetuação do preconceito e do racismo acrescida ainda da indispensabilidade de reparar uma dívida social, foram surgindo nos últimos tempos importantes iniciativas para mudar o quadro social até então vigente como o fortalecimento dos movimentos sociais e culturais no país e as novas políticas públicas em prol da educação. Contudo, persiste o desafio pelo reconhecimento concreto de toda a diversidade presente no país (CANDAU, 2008).

Por essas razões a ideia de multiculturalismo já está ultrapassada, uma vez que apenas reconhece uma diversidade de culturas, mas sem que uma tenha obrigatoriamente relação com a outra. Ou pior, mantém-se muitas vezes uma relação assimétrica ou hierárquica entre as culturas na perspectiva multiculturalista, principalmente por favorecer as práticas de assimilação cultural e de não reconhecimento. Assim, a interculturalidade se mostra mais condizente com a realidade atual:

nos diferentes níveis da vida pessoal e coletiva. [...] Ao introduzir essa discussão, o artigo sugere que a identificação e a superação da colonialidade do poder, do saber e do ser, apresenta-se como um problema desafiador a ser considerado pela ciência e teoria política estudada no Brasil.

[...] la interculturalidad es un camino que se hace caminando. Es un proceso histórico doblemente complejo porque: 1) se trata de transformar relaciones verticales entre culturas en relaciones horizontales, o sea, someter un largo pasado a una apuesta de futuro diferente; y, 2) no puede conducir al relativismo una vez que la transformación ocurre en un marco constitucional determinado (SANTOS, 2010, p. 102).

Nessa perspectiva, Walsh propõe que a superação do pensamento multicultural pressupõe substituí-la e pensar na e a partir da interculturalidade, pois as práticas interculturais apresentam uma melhor resposta ao reconhecimento de outros modos de ser e existir numa perspectiva crítica e que pode contribuir de forma mais direta na luta contra o racismo. Nas palavras de Walsh (2009, p. 8):

A interculturalidade entendida criticamente ainda não existe, é algo por construir. Ali seu entendimento, construção e posicionamento como projeto político, social, ético e também epistêmico – de saberes e conhecimentos – projeto que afiança para a transformação das estruturas, condições e dispositivos de poder que mantêm a desigualdade, racialização, subalternização e inferiorização de seres, saberes e modos, lógicas e racionalidades de vida. Desta maneira, a interculturalidade crítica pretende intervir em e atuar sobre a matriz da colonialidade, sendo esta intervenção e transformação passos essenciais e necessários na construção mesma da interculturalidade.

Seria, assim, um projeto político de interferência na realidade social que caminha juntamente com a coletividade e que questiona algumas verdades históricas da colonização, recontando a história a partir de outro olhar e corroborando com o pensamento decolonial. “A genealogia do pensamento decolonial é planetária e não se limita a indivíduos, mas incorpora nos movimentos sociais (o qual nos remete aos movimentos sociais indígenas e afros)” (MIGNOLO, 2008, p. 258).

A partir do exposto, a interculturalidade que poderá ajudar na questão dos quilombolas, passa pelo reconhecimento e valorização do outro, não no sentido de dar voz, mas sobretudo, no sentido de ouvir as demandas de luta que por muito tempo permaneceram e ainda permanecem silenciadas. Nesse sentido, a cultura⁸ aparece como

8 Para conceituar cultura utilizamos o conceito de Hoebel e Frost (2006, p. 4): “Cultura é o sistema integrado de padrões de comportamento aprendidos, os quais são característicos dos membros de uma sociedade e não o resultado de herança biológica. A cultura não é geneticamente predeterminada; é não-instintiva. É o resultado da invenção social e é transmitida e aprendida somente através da comunicação e da aprendizagem.” Ou ainda, de acordo com Kroeber e Kluckhohn

elemento da identidade do povo quilombola e a educação quilombola constitui-se numa ferramenta importante para a garantia desta identidade e desta cultura. Claro que aqui não estamos necessariamente falando em educação exclusivamente formal, mas numa educação que considere os métodos de ensino não formais, as experiências de vida, a pluralidade cultural, fortalecendo a autonomia de crianças e adultos.

A educação cumpre sua função social quando relaciona a educação formal com a educação popular, cidadã, comunitária, ou seja, a não formal, considerando a realidade social sob um aspecto crítico e trazendo reflexões sobre esta, com o intuito de colocar em prática ações emancipatórias. A prática de uma educação social se caracteriza:

[...] por propiciar a formação de sujeitos cidadãos com capacidade de transformar a realidade, estabelecer uma relação indissolúvel entre conhecimento e prática, conceber uma relação horizontal entre educador e educando medida pelo diálogo, revelar a didática grupal e participativa na aprendizagem, articular as situações educativas com o desenvolvimento de mudanças locais e globais (MARTINEZ, 2011, p. 52).

Para tanto, a escola deve compreender um espaço para refletir sobre os problemas sociais. Conforme expôs José Eustáquio Romão, a escola precisa também ser uma via de “resgate científico de expressão da cultura popular”. Esse mesmo historiador diz que “essa escola deve ter uma função insurrecional, ou seja, deve se constituir num espaço de organização política das classes populares e instrumento de luta contra-hegemônica”⁹.

A educação assumiu, desde sempre, um papel de relevante importância para as transformações sociais. Por outro lado, por certo que sozinha não poderá caminhar. Em seu livro mais conhecido, a *Pedagogia do Oprimido*, Freire (1974) expõe a relação entre o oprimido e o opressor e defende que para superar a contradição oprimido-opressor, é preciso que o oprimido supere tal condição de opressão, e não que se

(1952, p. 181): “A cultura consiste em padrões, explícitos e implícitos, de comportamento e para comportamento, adquiridos e transmitidos por símbolos, que constituem as realizações distintas dos grupos humanos, inclusive suas incorporações em artefatos; o núcleo essencial da cultura consiste nas ideias tradicionais (isto é, recebidas e selecionadas historicamente) e especialmente nos valores que se lhes atribuem; por outro lado, os sistemas de cultura podem ser considerados como produtos de ação e também como elementos condicionantes de ação futura.”

9 Documento eletrônico. Disponível em: http://mse.mec.gov.br/images/stories/pdf/mp/qualidade_ensino.pdf. Acesso em: 13 ago. 2018.

torne ele o opressor. É necessário reconstruir a história do oprimido que deve apropriar-se do conhecimento e identificar sua real condição perante a sociedade, a fim de se alcançar uma consciência crítica, caracterizada como o primeiro passo para a busca de sua liberdade. Paulo Freire expõe que o oprimido necessita criar consciência e se comprometer com a luta.

Nessa perspectiva, é possível fazer uma relação direta entre a educação social e a educação intercultural. A ótica intercultural está direcionada à organização de uma sociedade democrática, que considera a diversidade, o respeito à diferença e à igualdade, com políticas de reconhecimento da identidade de todos os povos, pressupondo uma perspectiva intercultural das políticas libertadoras de direitos humanos.

Assim, a questão educacional do presente estudo se refere, especialmente, à necessidade de desenvolvimento de práticas pedagógicas que se preocupem com a valorização dessa diversidade cultural e o desenvolvimento de um pensamento crítico para o desenvolvimento de ações emancipadoras dos grupos sociais menos favorecidos.

Ao longo do desenvolvimento do país, as propostas curriculares educacionais, em sua maioria, limitavam a diversidade cultural a uma cultura una, oriunda das classes dominantes e conseqüentemente de uma visão eurocêntrica, marginalizando a contribuição dos índios, da população negra, das crianças, mulheres, imigrantes de outros locais que não a Europa entre outros grupos sociais.

No plano jurídico formal é possível observar respeito a um modelo educacional comprometido com a diversidade, seja no âmbito constitucional (art. 214 estabelece um Plano Nacional de Educação), seja na legislação infraconstitucional, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) aprovada em 1996, em que é possível encontrar diretrizes considerando a diversidade étnico-racial. No entanto, no plano prático os conteúdos e o modelo educacional seguem os padrões impostos pelo colonizador e se mantém vivas principalmente pela colonialidade do saber.

Como forma de afirmar a luta antirracista no Brasil, os movimentos sociais negros, desde a Frente Negra Brasileira (1931) vêm lutando para garantir que os ambientes escolares sejam aqueles que valorizam e respeitam a diversidade. E, no caso da população negra, estes movimentos lutaram e permanecem lutando para que possamos democratizar o ensino, livres do julgo de uma ‘história única e oficial’,

mas apresentar a luta da população negra, sua história e sua cultura. Uma grande conquista dos movimentos negros neste sentido foi a aprovação da Lei nº 10.639/2003 e a Lei 11.645/2008 que alteraram o texto original da LDB (art. 26) para incluir a história e cultura dos povos africanos, afro-brasileiros e indígenas nos currículos oficiais do País.

Anos mais tarde, o histórico de resistências e discriminações vividas pelas comunidades quilombolas fez refletir na oferta educacional para os seus integrantes. Em 2012 foi aprovada as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Quilombola com o objetivo de cuidar da particularidade histórica, econômica, social, política, cultural e educacional das comunidades quilombolas.

No mesmo sentido, em 25 de junho de 2014 foi promulgada a Lei nº 13.005, que aprovou o Plano Nacional de Educação (PNE), com vigência por 10 (dez) anos, com o objetivo de dar cumprimento ao disposto no artigo 214 da Constituição Federal de 1988. Referida lei trouxe em seu artigo 8º a necessidade de os entes federados elaborarem ou adequarem seus planos de educação, considerando a vinculação das políticas educacionais com as políticas sociais, em especial as culturais e também assegurando as condições específicas das comunidades quilombolas, garantindo a igualdade na educação e o respeito à diversidade cultural¹⁰.

Embora nos pareça que a simples aprovação de leis e diretrizes sozinhas são incapazes de alterar a realidade social das comunidades quilombolas, percebe-se que elas também são um produto da luta diária e constante dos movimentos sociais negros, que como afirma Nilma Lino Gomes (2017), seguem educando e reeducando a sociedade sobre as relações raciais. Logo, são também os movimentos sociais negros, articulados a outros movimentos que poderão trazer para o âmbito da luta e para o campo das políticas públicas o cumprimento e a materialidade das leis já implementadas.

E mais, sem dúvida, a implementação de tais ideais passa obrigatoriamente por uma revisão não só de conteúdo, mas do próprio papel da educação e da escola, e sobretudo sobre os métodos de aprendizagem. Acreditamos que a proposta da educação intercultural

10 Documento eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

pode ser uma prática comprometida com estes valores e em respeito à luta antirracista no País.

Segundo Vera Maria Candau (2008, p. 53):

Para a promoção de uma educação intercultural é necessário penetrar no universo de preconceitos e discriminações que impregna – muitas vezes com caráter difuso, fluido e sutil – todas as relações sociais que configuram os contextos em que vivemos. A “naturalização” é um componente que faz em grande parte invisível e especialmente complexa essa problemática. Promover processos de desnaturalização e explicitação da rede de estereótipos e pré-conceitos que povoam nossos imaginários individuais e sociais em relação aos diferentes grupos socioculturais é um elemento fundamental sem o qual é impossível caminhar.

É um trabalho de desconstrução e (re)construção, de questionamento do caráter monocultural, para construir uma percepção contra-hegemônica. O primeiro passo já ocorreu, em decorrência da pressão dos movimentos sociais, a exemplo da Lei nº 10.639/2003, e agora se faz necessário trilhar um caminho em busca do respeito global à diversidade.

Romper com a prática atual exige muitos desafios, conforme explicou Candau (2008, p. 54):

Exige também reconstruir a dinâmica educacional. A educação intercultural não pode ser reduzida a algumas situações e/ou atividades realizadas em momentos específicos nem focalizar sua atenção exclusivamente em determinados grupos sociais. Trata-se de um enfoque global que deve afetar todos os atores e todas as dimensões do processo educativo, assim como os diferentes âmbitos em que ele se desenvolve. No que diz respeito à escola, afeta a seleção curricular, a organização escolar, as linguagens, as práticas didáticas, as atividades extraclasse, o papel do/a professor/a, a relação com a comunidade etc.

Isso significa que a questão da interculturalidade não deve estar presente apenas na disciplina de História, mas sim em toda a grade curricular, em todas as atividades realizadas pela escola e em todas as outras relações entre alunos, professores, famílias e comunidade.

O sentimento de pertencimento a um povo é mais fácil de ser consolidado se for estimulado nas séries iniciais das crianças. Crescer conhecendo a sua história e sua origem fortalecerá esse sentimento e, conseqüentemente, a afirmação da sua identidade. A escola tem um

papel fundamental na formação das pessoas para que estes lutem pelos seus direitos e reconheçam a diversidade cultural.

A concretização desse ideal é mais dificultosa nas comunidades remanescentes de quilombos e passa por um processo marcado por lutas, obstáculos e resistências. Nesses processos, como já citado acima, os principais atores em prol das comunidades quilombolas são o Movimento Quilombola e o Movimento Negro, que atuam na organização das demandas quilombolas e as colocam como questões sociais a serem integradas na agenda política. Esses movimentos sociais têm conhecimento da realidade dos quilombolas e os auxiliam expondo aos demais as situações de desigualdade e preconceito vividas por esses povos, não se limitando tão somente à questão do território e da educação, mas a sua relação direta com o racismo, razão pela qual a garantia dos direitos às comunidades remanescentes de quilombos também está inserida na luta antirracista (BRASIL, 2012)¹¹.

Para a afirmação da luta pelos direitos humanos em perspectiva intercultural:

Não basta dar uma definição abstrata da dignidade e dos valores que a conformam. É preciso reconhecer a experiência particular das culturas e das formas de vida para apreciar o componente universalista da ideia de dignidade. Desse ponto do “diamante” poderemos repetir que a maior violação que existe contra os direitos humanos consiste em impedir que uma cultura, um grupo ou determinados indivíduos dentro de seus grupos e/ou culturas possam reivindicar sua ideia de dignidade, seja por meio de uma norma ou pela não criação das condições para seu respeito e colocação em prática (HERRERA FLORES, 2009, p. 135).

Com relação à educação quilombola, a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ) teve um papel importante, a qual, juntamente com outras organizações quilombolas locais, foi responsável por pressionar o Estado brasileiro a prestar um atendimento educacional considerando a realidade quilombola no país. Apesar da pressão, o retorno caminha a passos lentos, uma vez que a situação de desigualdade e invisibilidade que

11 As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Quilombola trazem em sua parte inicial um relatório do histórico do processo de desenvolvimento da educação escolar quilombola no Brasil, pelo qual nos baseamos para descrever esse relato.

ainda pesa sobre as escolas situadas em comunidades remanescentes de quilombos é grave.

No mais, o momento político atravessado pelo País por conta das eleições de 2018 coloca a pauta dos direitos humanos em risco diante da crescente onda neofacista e do pensamento de extrema direita presente nos mandatários eleitos para o legislativo e executivo no âmbito dos estados e no âmbito nacional. O cenário para a população negra não é novidade, pois a nossa luta é antiga. Lutamos desde que os primeiros africanos chegaram ao Brasil como consequência da diáspora africana e aqui seguiram na condição de não-humanos e explorados de várias formas. Lutamos também durante a escravidão e após a abolição! Momentos políticos como este que ora enfrentamos só nos faz lembrar que agora mais do que nunca é imprescindível continuar lutando e rever as estratégias. Acreditamos que a educação intercultural (não apenas a formal) seja o caminho para práticas emancipatórias dos direitos humanos, assim como a persistência na luta dos movimentos sociais, sobretudo os movimentos negros e os de mulheres negras que seguirão reeducando a sociedade para a promoção da igualdade racial.

Conclusão

As lutas das comunidades remanescentes de quilombos tornaram-se questão marcante na agenda do Movimento Negro no Brasil, com a ajuda de lideranças quilombolas, que puderam expor as particularidades de suas necessidades, com destaque especial à educação escolar a ser realizada em âmbito nacional e com o objetivo de levar em consideração a realidade sócio-histórica, política, econômica e cultural desses povos e sua diversidade regional (BRASIL, 2012).

As normatizações e orientações específicas sobre a realidade quilombola, no âmbito das políticas educacional e curricular, contribui para o fortalecimento da identidade desses povos, uma vez que considera o contexto local, dentre outras particularidades. Contudo, também é preciso estar atento para o cumprimento desse conjunto de normatizações, já que a realidade apresenta os mais diversos obstáculos.

A conjuntura política atual, no entanto, apresenta outros obstáculos à concretização das diretrizes para a educação escolar quilombola. Como exemplo disso cita-se o projeto de lei federal intitulado “Escola sem Partido”, cuja situação atual é a de estar aguardando deliberação na Comissão Especial destinada a proferir

parecer ao Projeto de Lei nº 7180, de 2014, do Sr. Erivelton Santana, o qual pretende alterar o artigo 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir entre os princípios do ensino o respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, dando precedência aos valores de ordem familiar sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa.

O cerne da questão está no padrão cultural naturalizado identificado como comportamento normal, atribuindo às atitudes dele diferentes como um comportamento anormal. O Conselho Nacional de Direitos Humanos editou a Resolução nº 7 de 23 de agosto de 2017 em que repudia todas as iniciativas do ‘Escola sem Partido’, considerando que este, dentre outros vários motivos, configura um impedimento para que a educação desempenhe seu papel fundamental de transformação cultural, de promoção da igualdade e da própria proteção integral assegurada pela Constituição às crianças e aos jovens

É preciso defender o direito a uma formação escolar que incentive a autonomia individual dos educandos, para que estes tenham acesso a diversas visões de mundo, com respeito aos direitos humanos e desenvolvendo um pensamento crítico.

No âmbito da educação escolar quilombola é preciso também fortalecer os laços de pertencimento ao povo, considerando a realidade dos quilombos, sua origem e história, em conjunto com os sujeitos da comunidade com um todo, configurando uma nova forma de gestão escolar e democratização do ensino.

O desenvolvimento de uma educação intercultural é uma questão complexa e permeada de desafios, que demanda a problematização dos distintos elementos da maneira como são concebidas as práticas educativas nos dias atuais. A concepção intercultural orienta para uma educação por meio do reconhecimento do outro e do diálogo entre os diversos povos socioculturais. Por isso, o presente estudo fez essa relação entre as comunidades quilombolas, a luta antirracista e a necessidade de aplicação de uma educação intercultural.

Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os Quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 43-81.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, Aug. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 set. 2018.

BANDEIRA, Maria de Lourdes. *Território negro em espaço branco*. São Paulo, Brasiliense, 1988.

BARBOSA, Maria Rita de Jesus. A influência das teorias raciais na sociedade brasileira (1870-1930) e a materialização da Lei nº 10.639/03. *Revista Eletrônica de Educação*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 260-272, 2016. Disponível em: <http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/viewFile/1525/50>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2018.

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.htm. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. *Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica*. Brasília: Conselho Nacional de Educação, 2010.

BRASIL. *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana*. Brasília: Conselho Nacional de Educação, 2004.

BRASIL. *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Quilombola*. Brasília: Conselho Nacional de Educação, 2012.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

CALLAI, Helena Copetti. O estudo do município ou a geografia nas séries iniciais. In: *Geografia em sala de aula: em sala de aula- práticas e reflexões*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003.

CANDAU, Vera Maria. Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 37, p. 45-56, jan./abr. 2008.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, 2007, v. 12, n. 23, p. 100-122. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tem/v12n23/v12n23a07.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Tradução de José Laurênio de Melo (trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GOMES, Nilma Lino. *O movimento negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação*. Petrópolis: Vozes, 2017.

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 80, p. 115-147, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquin. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

IANNI, Octávio. *Pensamento social no Brasil*. Bauru: EDUSC, 2004.

KROEBER, A. L.; KLUCKHOHN, C. *Culture: critical review of concepts and definitions*. Documentos do Museu Peabody de Antropologia e Etnologia Americanas, Harvard University, vol. 47, 1952.

LEITE, Ilka Boaventura; FERNANDES, Ricardo Cid. Fronteiras territoriais e questões teóricas: A antropologia como marco. *Quilombos no Sul do Brasil: perícias antropológicas*. Boletim

Informativo do NUER – Núcleo de Estudos de Identidade e Relações Interétnicas, v. 3, n. 3; Florianópolis, NUER/UFSC, 2006.

LIMA, Fernanda da Silva. *Os direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes negros à luz da proteção integral: limites e perspectivas das políticas públicas para a garantia de igualdade racial no Brasil*. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2015; 337 p.

LIMA, Fernanda da Silva. *A proteção integral de crianças e adolescentes negros: um estudo do sistema de garantia de direitos para a promoção da igualdade racial no Brasil*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2010; 320 p.

MARTINEZ, Eusebio Manuel Nájera. Las educaciones sociales em los albores del siglo XXI. In: SILVA, Roberto da et al. (Orgs.). *Pedagogia social: contribuições para uma teoria geral da educação social*. São Paulo: Expressão & Arte, 2011.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rebo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005.

MIGNOLO, Walter D. La opcion decolonial: desprendimiento y apertura. Um manifesto y un caso. *Tabula Rasa*, n. 8, p. 243-282, 2008.

MOURA, Clóvis. *História do negro Brasileiro*. Programa Nacional Biblioteca do Professor. 3 ed. São Paulo: Ática, 1994.

MOURA, Clóvis. *Rebeliões da senzala* (Quilombos, insurreições, guerrilhas). São Paulo, Zumbi, 1959.

NASCIMENTO, Abdias do. O Quilombismo: An Afro Brazilian political alternative. *Journal Of Black Studies*, Nova Iorque, v. 11, n. 2, p. 141-178, dez. 1980.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad y modernidad/racionalidad*. Perú indígena, 13(29), p. 11-20, 1992a.

QUIJANO, Aníbal. “Raza”, “ètnia” y “nacion” en Mariategui: cuestiones abiertas. Amauta: Lima, p. 1-14, 1992b.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade Étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (Coord.). *Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil: 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

WALSH, Catherine. Interculturalidade Crítica e pedagogia decolonial: in-sugir, reexistir e re-viver. In: CANDAU V.M. (Org.). *Educação intercultural na América Latina: entre concepções, tensões e propostas*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009.

WALSH, Catherine. *La educación intercultural en la educación*. Peru: Ministerio de Educación, 2001.

RISCOS SOCIOAMBIENTAIS ORIUNDOS DA LIBERAÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NO AMBIENTE

*SOCIO-ENVIRONMENTAL RISKS RELEVANT TO THE RELEASE OF
GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS IN THE ENVIRONMENT*

Silvana Terezinha Winckler^I 

Ana Elsa Munarini^{II} 

^I Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó), Programas de Pós-graduação em Direito e em Ciências Ambientais da Unochapecó, Chapecó, SC, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: silvanaw@unochapeco.edu.br

^{II} Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó), Chapecó, SC, Brasil. E-mail: anaelsa@unochapeco.edu.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.2991>

Recebido em: 24.02.2019

Aceito em: 18.06.2019

Resumo: O Brasil é reconhecido internacionalmente como detentor de significativa parcela da biodiversidade do Planeta e como grande exportador de commodities agrícolas. A agricultura, na modalidade do agronegócio ou nos moldes das unidades familiares de produção, é uma atividade fundamental para a economia do País e para a segurança alimentar dos brasileiros. Este artigo tem como objetivo analisar os riscos oriundos dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) à natureza e à livre determinação camponesa, com ênfase na proteção legal conferida pelo Direito brasileiro. Adotam-se como metodologias a revisão de literatura e a pesquisa empírica, mediante realização de entrevistas com camponeses da região oeste de Santa Catarina vinculados a movimentos sociais do campo. Conclui-se que os OGMs representam uma ameaça à agricultura camponesa devido ao contágio das sementes crioulas.

Abstract: Brazil is internationally recognized as having a significant share of the planet's biodiversity and as a major exporter of agricultural commodities. Agriculture, whether in the agribusiness modality or in the form of family production units, is a fundamental activity for the country's economy and food security for Brazilians. The objective of this article is to analyze the risks posed by Genetically Modified Organisms (GMOs), -when released into the environment - to the nature and peasant self-determination, with emphasis on the legal protection conferred by Brazilian Law. The literature review and the empirical research are used as methodologies, through interviews with peasants from the western region of Santa Catarina linked to social movements in the countryside. It is concluded that GMOs pose a threat to peasant agriculture due to the contagion of Creole seeds. The



A legislação vigente não atende as necessidades de proteção das sementes, questão essencial à livre determinação camponesa.

Palavras-chave: Biossegurança. Livre determinação camponesa. Teorias do risco.

Keywords: Biosafety. Free peasant determination. Theories of risk.

Sumário: 1 Introdução. 2 Teorias do risco. 3 Uma abordagem dos transgênicos no Brasil. 4 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Os riscos decorrentes da introdução de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) na natureza são debatidos desde que essa biotecnologia começou a se popularizar na agricultura e ser apresentada como uma nova “revolução verde”. A revolução verde representou a introdução das sementes produzidas em laboratórios para cultivos homogêneos em larga escala, vendidas num pacote tecnológico que inseria fertilizantes, biocidas e equipamentos agrícolas. Esse pacote foi apresentado aos agricultores brasileiros a partir da década de 1960, como signo da modernização necessária para a superação do “atraso” representado pelas práticas agrícolas camponesas até então estabelecidas.

A revolução verde não cumpriu muitas de suas promessas, como as de erradicar a fome no planeta e de reduzir as desigualdades entre países desenvolvidos e países pobres. Os resultados constatados pela difusão da agricultura em escala industrial foram a concentração fundiária, a dependência tecnológica, a erosão genética, a contaminação do solo e dos recursos hídricos por agrotóxicos e fertilizantes; em poucas palavras, a expulsão de famílias camponesas da atividade e a contaminação ambiental.

Ante esse cenário, o presente trabalho tem como objetivo analisar os riscos representados pela difusão ambiental dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) à agricultura camponesa, notadamente àquela que resiste à utilização dessa tecnologia e opta pelo cultivo das sementes crioulas.

A livre determinação camponesa é compreendida como a possibilidade de decidir o que cultivar, quanto e como cultivar. A detenção das sementes é fundamental para assegurar as escolhas

autônomas de agricultores e agricultoras que optam pela agricultura livre de OGMs. Questiona-se se tal autonomia está sendo ameaçada pela disseminação descontrolada de cultivares transgênicos, tendo-se em conta os riscos de contágio e de comprometimento das sementes crioulas conservadas pelos camponeses.

Metodologicamente, a pesquisa foi desenvolvida por meio de revisão de literatura e de pesquisa empírica, partindo de algumas abordagens da teoria do risco (GIDDENS, 1990, 1991, 2002; BECK, 2006; BECK; GIDDENS; LASH, 1997; DOUGLAS, 1991, 1994, 1996). O trabalho de campo foi desenvolvido no segundo semestre de 2015 e primeiro semestre de 2016; consistiu na realização de entrevistas com dez agricultores da região oeste de Santa Catarina vinculados a movimentos sociais do campo: Movimento de Mulheres Camponesas (MMC) e Movimento de Pequenos Agricultores (MPA).

Um dos maiores e mais conhecidos movimentos de mulheres da história do meio rural brasileiro, o MMC, surgiu em 1983 no estado de Santa Catarina, denominado, então, Organização de Mulheres Agricultoras (OMA). Posteriormente, passou a chamar-se Movimento de Mulheres Agricultoras (MMA) e, após 2004, já integrado a outras organizações do campo, Movimento de Mulheres Camponesas (MMC). Nascido sob forte influência da igreja Católica, em especial da Teologia da Libertação e das Comunidades Eclesiais de Base, buscava a libertação das mulheres, passando pelo reconhecimento da profissão, sindicalização e direitos previdenciários. Atualmente, insere em suas pautas de discussão a ameaça dos transgênicos à soberania alimentar e do uso intensivo de agrotóxicos à saúde humana e ambiental.

O Movimento dos Pequenos Agricultores teve sua origem no ano de 1995, da luta de agricultores atingidos pela seca que castigou as plantações no final de 1995 e início de 1996 no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina. Organizaram-se no Rio Grande do Sul, à época, cinco acampamentos da seca, reunindo mais de 25 mil pequenos agricultores. Nasceu, assim, um movimento para lutar por mudanças na política agrícola, crédito subsidiado e seguro agrícola, e para construir um novo modelo de agricultura brasileira. Dentre os temas de preocupação do movimento, estão a conservação e reprodução em escala comercial das sementes crioulas, atividades levadas adiante por meio de uma cooperativa.

2 Teorias do risco

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo vivenciou o agravamento da crise ambiental, a chegada das mudanças climáticas, da manipulação genética, da escassez dos recursos naturais, dos processos biomoleculares e da contaminação das águas provocada pelo uso descontrolado de agentes poluidores em grande escala.

Várias fórmulas de interpretação da crise ambiental são correntes. Dentre elas, encontramos as teorias do risco apresentadas por autores como o sociólogo alemão Ulrich Beck (BECK; GIDDENS; LASH, 1997; GIDDENS, 2006), o sociólogo britânico Anthony Giddens (GIDDENS, 1990, 1991, 2002; BECK; GIDDENS; LASH, 1997), a antropóloga britânica Mary Douglas e o cientista político norte-americano Aaron Wildavsky (DOUGLAS; WILDAVSKY, 2012), e analisadas por pesquisadores brasileiros de diferentes áreas do conhecimento (GUIVANT, 2001, 2008; MATTEDI, 2002; LEITE; FAGÚNDEZ, 2008; AYALA; LEITE, 2004).

Ulrich Beck (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 15) diz da sociedade de risco: “É uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e proteção da sociedade industrial.” Beck fala de processos e mecanismos sociais de decodificação, percepção e prevenção contra riscos futuros que se originaram na modernidade como resultados de decisões humanas associadas à inovação tecnológica e ao desenvolvimento econômico gerado pela industrialização.

De acordo com Beck (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 21),

As questões de risco não podem ser transformadas em questões de ordem, porque estas últimas se asfixiam, por assim dizer, por causa do pluralismo imanente das questões de risco e se metamorfoseiam sub-repticiamente por trás das fachadas da estatística, em questões morais, questões de poder e de puro decisionismo.

A ideia de decisionismo, retomada por Beck (BECK; GIDDENS; LASH, 1997), encontra-se em Luhmann (1992) na abordagem do futuro. Para este autor, o futuro da sociedade depende da tomada de decisões e se transforma em risco à medida que as possibilidades de escolha são incrementadas. Viver nessa sociedade de risco significa viver em circunstâncias incertas criadas pelos próprios seres humanos. Logo, o

presente só pode tentar dar conta do futuro por meio da probabilidade (LUHMANN, 1992, p. 52).

Beck traz o tema dos riscos para o centro da teoria social. Abordando a sociologia ambiental como chave para interpretar a atual fase da modernidade, destaca que os riscos derivados da intervenção humana no meio ambiente, como o efeito estufa, a poluição das águas e a ameaça da extinção de certas espécies, sinalizam para uma característica de alteração na relação entre humanos e meio ambiente.

Giddens (1991) parte da discussão acerca das características singulares da modernidade. No debate entre modernidade e pós-modernidade, sugere que ocorre uma radicalização da primeira, ou seja, emerge a alta modernidade, ou modernidade tardia. Esta é caracterizada pela intensificação de grandes forças responsáveis pelo dinamismo moderno, com destaque ao mecanismo de desencaixe. Este é o deslocamento das relações sociais de seus contextos locais e a reestruturação indefinida no tempo e no espaço. Existem dois tipos de mecanismos de desencaixe: os sistemas peritos, sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje; e as fichas simbólicas, meios de intercâmbio que circulam sem ter em vista as características dos indivíduos que lidam com eles (GIDDENS, 1991).

Quanto às alterações na distribuição dos riscos trazidos por esses mecanismos, o autor aponta para a globalização do risco em intensidade e extensão, baseando-se em algumas conclusões de Beck (BECK; GIDDENS; LASH, 1997) quanto à sociedade de risco: os riscos não obedecem a divisões de classe ou fronteiras nacionais. O risco, na modernidade tardia, significa uma consciência de existência de um lado sombrio da modernidade.

No que tange às preocupações ambientais, para Giddens (1990) e Beck (BECK; GIDDENS; LASH, 1997), o conceito de “risco” ocupa uma posição central para entender as transformações e os limites da modernidade. Os autores enfatizam que as questões ecológicas perpassam a vida social e são reordenadas pela ação humana.

Dessa maneira, afirmam que,

[...] se houve um dia em que os seres humanos souberam o que era a natureza, agora não o sabem mais. Atualmente, o que é natural está tão intrincadamente confundido com o que é social, que nada mais pode ser afirmado como tal, com certeza. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 8).

Para Leite e Fagúndez (2008), as teorias do risco representam a tomada de consciência da sociedade diante do contínuo crescimento econômico e do esgotamento do modelo de produção, o qual pode, a qualquer tempo, resultar em risco permanente de desastres e catástrofes, devendo ser estabelecidos limites: “[...] a sociedade moderna criou um modelo de desenvolvimento tão complexo e avançado que faltam meios capazes de controlar e disciplinar esse desenvolvimento” (LEITE, 2008, p. 132).

Cumpra ponderar que, nessa sociedade, o sistema jurídico ambiental acaba por exercer uma função figurativa diante da falta de efetivação das proteções garantidas em seu ordenamento, trazendo, até mesmo, falsos alívio e segurança à sociedade (LEITE, 2008, p. 135). “Assim, sendo o aspecto econômico um dos mais valorizados e presentes em boa parte do mundo, é compreensível que o ambiente ainda fique, na esfera jurídica, refém das necessidades de ordem econômica.” (LEITE, 2008, p. 140).

Nesse sentido, Beck (BECK; GIDDENS; LASH, 1997) aborda a crise ecológica como crise institucional profunda da sociedade industrial, que não sabe, ou não quer entender, os riscos que produz. Já Giddens (1990) apresenta a crítica à modernidade como algo além da constatação da inexistência de formas dignas de vida para a maioria das pessoas, mas como revelações dos perigos criados pelo avanço científico, com a decorrente produção de riquezas materiais e distribuição dessas mesmas riquezas, com os riscos correspondentes inclusos.

Outra característica é o aparecimento de ambientes de risco institucionalizado, em que o risco não surge como acidente, mas é parte inerente a algumas atividades, como a participação no mercado de investimentos, em que os investidores procuram prever a ação alheia para maximizar seus lucros (GIDDENS, 2002).

Giddens (1991) procura mostrar como o risco está vinculado a outros aspectos fundamentais da natureza das instituições modernas, como as relações de confiança que geram sentimentos de segurança. Identifica dois tipos de relação de confiança: a) confiança nos sistemas abstratos, que adota a forma de compromissos sem a presença daqueles que operam esses sistemas – sem rostos; b) confiança em pessoas, que são compromissos assumidos em momentos de encontro com os peritos nos locais denominados pontos de acesso – com rostos.

Os mecanismos de desencalhe trazem algumas características da vivência do risco: a) o reconhecimento do risco como risco, impedindo

que seja percebido como destino; b) a consciência dos riscos pelo público: reconhecimento por parte dos leigos de que todos os sistemas peritos possuem lacunas e, portanto, não possuem controle pleno das consequências de suas decisões (GIDDENS, 1991).

O desenvolvimento industrial acelerado verificado após a Segunda Guerra Mundial foi acompanhado pela percepção social de riscos e perigos que, até então, não figuravam no imaginário das sociedades, mesmo das mais desenvolvidas. A intensificação das comunicações e o acesso, em tempo real, às informações sobre catástrofes contribuem para que as consequências indesejáveis da sociedade tecnológica sejam amplamente conhecidas e temidas.

Guivant (2001, p. 97) faz uma análise crítica da proposta teórica de Beck, apontando a falta de alternativa. Mesmo reconhecendo a importância do diagnóstico da modernidade como sociedade de risco, no plano das alternativas, “[...] só vislumbra algumas que permanecem, sobretudo num terreno profético e bem-intencionado na direção de uma desmonopolização do conhecimento científico.” Assim, “[...] a teoria global dos riscos ainda carece de uma abordagem com maior potencialidade explicativa das complexas relações entre os processos de globalização dos riscos e as manifestações específicas que estes podem adquirir em diferentes sociedades” (GUIVANT, 2001, p. 100).

Os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) aparecem como um exemplo dos limites atuais da técnica e da ciência na análise dos riscos que envolvem alto grau de incertezas.

Ao abordar as escolas de riscos, Alexandra Aragão (2008) destaca que os OGMs representam um exemplo de escola de riscos retardados, irreversíveis e potencialmente globais.

A liberação no ambiente de OGMs, pela utilização agrícola de variedades vegetais geneticamente modificadas, comporta riscos de *poluição genética*, contaminação de espécies agrícolas convencionais pelos genes modificados. A contaminação, que pode ocorrer por processos naturais como polinização ou ventos fortes, pode afetar geneticamente as espécies, pondo em perigo os equilíbrios ecológicos e a diversidade biológica. (ARAGÃO, 2008, p. 25).

É importante mencionar que as preocupações observadas no trabalho de campo quanto aos riscos dos OGMs estão normalmente mescladas à angústia ante o uso de agrotóxicos pelos vizinhos que praticam a agricultura convencional. Os entrevistados frequentemente

associam essas duas ameaças à iminência de danos para a saúde humana e a biodiversidade.

O risco é percebido nos relatos das entrevistadas: “Fiquei sabendo sobre essa questão das sementes transgênicas. E deu até um pavor da gente pensar em ficar sem nossas sementes crioulas e ter que usar somente sementes transgênicas.” (Agricultora 6).

Especialmente se consideramos o cultivo de sementes crioulas, podemos visualizar um cenário de conflito global em torno dos riscos. Como se pode observar na fala de uma entrevistada: “É uma ameaça, porque a gente não sabe como os transgênicos vão agir.” (Agricultora 4).

Outra entrevistada reafirma tal percepção:

É uma ameaça muito grande, porque não sabemos até quando vamos poder produzir essa semente [crioula]. Mas a gente espera que o transgênico termine antes. Porque do jeito que está sendo destruído por causa dessas mudanças eu acho que ele não vai viver mais muito. Porque nós queremos que o nosso viva mais, porque imagina, além das intempéries, que hoje em dia o meio ambiente está muito descontrolado. Nós temos dificuldade de conseguir a semente, que às vezes ela não produz direito, e não temos recurso nenhum, temos que fazer por conta, ainda tem os transgênicos para incomodar. (Agricultora 5).

Entendemos, como Guivant (2001), que a teoria global dos riscos nos coloca diante do desafio de traduzir as críticas em alternativas operacionais, pois existem movimentos de resistência à ordem posta e esse conflito entre leigos e peritos envolve problemas culturais, influências políticas, poder das corporações, com efeitos éticos e econômicos.

Adotamos, neste trabalho, a perspectiva culturalista do risco, em consonância com a abordagem de Douglas (1996), Douglas e Wildavsky (2012), por entender que essa teoria atende melhor os objetivos propostos quanto à percepção dos camponeses entrevistados acerca dos riscos relacionados aos OGMs.

A abordagem culturalista busca superar a ideia de que os riscos devem ser determinados por especialistas, uma vez que demandam uma atividade técnica e objetiva. Assim sendo, as pessoas leigas só poderiam ter um ponto de vista irracional sobre riscos e perigos.

Juntamente com o cientista político Aaron Wildavsky, Mary Douglas desenvolveu a teoria culturalista, na década de 80 do século

passado, na qual apresenta o conceito de “percepção social do risco” como um processo social e cultural vinculado ao sistema de crenças e valores do grupo. *Risk and Culture, An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, foi publicada em 1982. A edição brasileira (*Risco e cultura - um ensaio sobre a seleção de riscos tecnológicos e ambientais*) é de 2012. Antes desse livro, em *Purity and Danger*, de 1966, a autora analisou o conceito de “pureza” como um princípio que desempenha papel crucial no modo de organização de cada sociedade. A perspectiva culturalista adotada em sua teoria do risco é desenhada nessa obra seminal. Desde então, aborda a sociedade contemporânea por meio de seus símbolos, ritos e formas de perceber e classificar os acontecimentos. Em *Risk Acceptability According to the Social Sciences*, de 1986¹, aprofunda a ideia de “percepção do risco” como experiência eminentemente social.

Ao tratar dos efeitos dos riscos tecnológicos na área ambiental, Douglas e Wildavsky (2012) sinalizam que o estabelecimento dos riscos considerados relevantes por um grupo se dá em conformidade com as formas sociais por ele instituídas. A aceitabilidade dos riscos não decorre de fatores objetivos, nem é estritamente subjetiva, mas uma construção social. De um modo ou de outro, diante do risco, sempre prevalece a incerteza. Não obstante, Douglas (1996, p. 57, tradução nossa) observa:

Os resultados melhor assentados da investigação do risco mostram que os indivíduos têm um sentido forte, porém injustificado, de imunidade subjetiva. Em atividades muito familiares existe a tendência a minimizar a probabilidade de maus resultados.

Em outras palavras, as pessoas tendem a desconsiderar os perigos cotidianos e a temer aqueles mais infrequentes e de baixa probabilidade. Esta seria uma estratégia adaptativa da espécie humana, uma vez que estar atento permanentemente a toda e qualquer forma de risco demandaria um esforço sobre-humano e acabaria por diluir “perigosamente” a atenção (DOUGLAS, 1996, p. 58). Assim sendo, decorrerá ainda muito tempo antes que a investigação no campo da psicologia apresente contribuições à compreensão de “processos cognitivos altamente socializados tais como a percepção do risco” (1996, p. 68, tradução nossa). Nas palavras da autora,

1 Neste trabalho, utilizamos a tradução espanhola dessa obra (DOUGLAS, 1996).

A atividade de um animal modifica muito seu entorno. Isto inclusive é mais exato em relação aos seres humanos. Mas uma diferença fundamental é o fato de que a experiência que os humanos têm de seu entorno é mediada por categorias conceituais elaboradas durante a interação social. [...] Para os animais, as condições físicas são um objeto direto da atividade perceptiva, mas para os seres humanos esta linha entre perceptor e objeto percebido é problemática. Para os seres humanos, a codificação não está controlada de forma genética, mas mediante a intervenção de imperativos culturais. (DOUGLAS, 1996, p. 68, tradução nossa).

Mediante as contribuições da perspectiva culturalista de abordagem do risco, foi possível elaborar a hipótese de que as ações dos movimentos sociais do campo, neste caso especificamente do Movimento de Mulheres Camponesas (MMC) e do Movimento de Pequenos Agricultores (MPA), repercutem na percepção social dos riscos à biodiversidade associados ao cultivo de OGMs. As entrevistas realizadas evidenciam a preocupação com a contaminação das sementes crioulas pelas plantas geneticamente modificadas. Porém, não se observou, nas entrevistas, a existência de ações capazes de romper com o risco. Ou seja, no cotidiano, os camponeses tendem a se adaptar à situação de risco, mantendo preocupação e vigilância; em nenhum momento houve, no contexto deste estudo, enfrentamento para evitar a situação.

Relata a Agricultora 7:

Nós ficamos cuidando os vizinhos agora. Naquela vez que perdemos tudo as sementes crioulas, foi porque nós não sabia que ele tinha plantado transgênicos, só descobrimos quando o milho já estava grande, alto, que descobrimos que era transgênico que ele tinha plantado ali, daí não tinha mais o que fazer. E agora que a gente sabe que ele planta a gente fica olhando pra ver, ou pesquisando para ver quando que ele vai plantar. Se ele fala que vai plantar no mês de setembro a gente planta ou em agosto ou em novembro, que faz um mês de diferença a fim de evitar o contágio.

Observa-se, nesse relato, um importante elemento de resistência aos riscos: após uma situação fática, de contaminação das sementes crioulas por sementes transgênicas, pela polinização na mesma época, por não saber que o vizinho tinha plantado sementes transgênicas, a Camponesa entrevistada passou a monitorar a lavoura vizinha, evitando o risco de contaminação das suas sementes crioulas.

Esse monitoramento exige processos de investigação e observação. A opção de plantar mais cedo ou mais tarde eleva o risco de a plantação ser alvo de intempéries climáticas (estiagem, chuva, geada, vento). E, quando se trata de pequenas unidades de produção, a perda de produtividade significa o comprometimento da renda familiar, elevando a insegurança financeira, pela perda da qualidade e quantidade de alimentos para as famílias, além de atingir diretamente o modo de vida e os hábitos de plantar e colher.

3 Uma abordagem dos transgênicos no Brasil

A Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, disciplinou legalmente o tema da Biossegurança e Biogenética, além de regular os incisos II e V, §1º do art. 225 da CF/88. Mas essa lei não foi aplicada devidamente, conforme destaca Derani (2005, p. 12):

A lei n. 8.974/95, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, traz um tipo penal que pela falta de tecnicidade jurídica na sua redação, tem sua aplicação inviabilizada, fazendo com que, na prática, não exista a criminalização da disposição indevida dos OGMs.

Após a edição da referida lei, surgiram polêmicas, haja vista ter sido criada, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio)², órgão consultivo sobre a liberação no meio ambiente de OGMs.

No que tange aos princípios constitucionais, a referida lei enfatiza de forma expressa, no parágrafo único do art. 16³, o princípio da prevenção, ao determinar que, no caso de existência de riscos graves para a saúde do homem ou dos animais, para as plantas ou para o meio ambiente, a CTNBio determinará a paralisação imediata da atividade.

2 “Art. 1º A. Fica criada, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, CTNBio, instância colegiada multidisciplinar, com a finalidade de prestar apoio técnico consultivo e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança relativa a OGM.” (Incluído pela Medida Provisória nº 2.191-9, de 23.8.2001).

3 “Art. 16 [...] Parágrafo único. Verificada a existência de riscos graves para a saúde do homem ou dos animais, para as plantas ou para o meio ambiente, a CTNBio determinará a paralisação imediata da atividade.”

O Decreto 1752/95, que regulamentou a Lei 8.974/95, dispôs sobre as competências e a composição da CTNBio, mantendo seu caráter consultivo, assim como sua vinculação à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência e Tecnologia. Nesse sentido, vale citar alguns dos pontos considerados polêmicos, como a discricionariedade conferida a um órgão consultivo subsidiário, no caso a CTNBio, determinando que esta poderá “exigir como documento adicional, *se entender necessário*, estudo prévio de impacto ambiental [...] de projetos que envolvam a liberação de OGMs no meio ambiente” (AMORIM, 2005, p. 116).

No ano de 1996, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), extrapolando sua competência normativa, disciplinou, por meio da Instrução Normativa n. 03, a liberação planejada de organismos geneticamente modificados no meio ambiente. Segundo Amorim (2005, p.118),

[...] ao regular a liberação intencional de OGMs no meio ambiente, agiu absolutamente fora dos padrões de precaução impostos pela Constituição Federal e pela Lei de Biossegurança, quer dizer, adotou postura antecipadamente permissiva, [...] sem que a estas decisões fosse exigido qualquer padrão mínimo de prudência ou parâmetro balizador.

Em 1998, ano em que foram promulgadas as disposições da Convenção de Biodiversidade no ordenamento jurídico brasileiro (Decreto 2.519/98), a CTNBio autorizou, por meio da Instrução Normativa n. 18, a liberação do cultivo comercial da soja geneticamente modificada *Roundup Ready* (RR), resistente ao herbicida *Roundup*, ambos fabricados pela multinacional Monsanto Ltda. Tal decisão foi o marco inicial da liberação do plantio de sementes transgênicas no Brasil, baseada no Parecer Técnico favorável da CTNBio⁴ que destacou apenas a transformação genética da soja RR, principalmente a tolerância ao herbicida glifosato, sem menção aos impactos ambientais, por serem desconhecidos no teste de laboratório. (COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA, 2008). Esse fato teve repercussões imediatas.

[...] a isenção dada à soja Roundup Ready certamente coloca em sério e iminente risco a biodiversidade brasileira e a saúde humana, uma vez que, ao revés de qualquer atitude de precaução, municia a proprietária da patente do OGM mencionando contra qualquer tentativa de verificação dos riscos potenciais de seu

4 Publicado pelo Comunicado 54, no Diário Oficial da União de 01 de Janeiro de 1998, Seção 3, página 59.

produto. Desta forma, somente após a evidência incontestável dos danos que tal organismo pode causar à biosfera e à vida humana é que se poderá adotar medidas para a sua retirada do mercado. Amorim (2005, p. 120-121).

Durante a vigência da Lei n. 8.974/1995, Lei de Biossegurança revogada pela Lei n. 11.105, de 2005 (BRASIL, 1995), ocorreram intensos debates, especialmente gerados por ações judiciais acerca da liberação de OGMs levadas ao Poder Judiciário. Foi o caso da ação civil pública⁵ que conseguiu suspender a liberação comercial da soja *Roundup Ready*, da empresa Monsanto, prestes a acontecer em 1998, alterando o curso da história da introdução dos transgênicos no Brasil por quase cinco anos, em razão da falta de prévio Estudo de Impacto Ambiental e de avaliação de riscos à saúde.

Do mesmo modo, houve a contribuição de estudos e pesquisas realizados, como a obra *Riscos dos Transgênicos*, organizada por Frei Sérgio Görger (2000) com participação de Rubens Nodari e Pedro Guerra, material utilizado pelos movimentos sociais para embasar o debate sobre os riscos dos OGMs, haja vista ter linguagem de fácil compreensão. Destacamos o importante papel desses pesquisadores, em especial Rubens Nodari, nas intervenções em jornais de circulação local⁶, regional⁷ e nacional⁸.

Em 2001, a CTNBio editou a Instrução Normativa n. 20, com o objetivo de disciplinar a avaliação da segurança alimentar de plantas geneticamente modificadas ou de suas partes. A comissão foi criticada por organizações de saúde e vigilância sanitária, haja vista já ter ocorrido liberação do plantio, comercialização e transporte de plantas geneticamente modificadas, sem norma ou critérios que as regulamentassem.

As ações judiciais contribuíram para que o debate sobre os transgênicos chegasse à sociedade, mas, por outro lado, o embate

5 AAção Cautelar n. 1998.34.00.0276818 e a Ação Civil Pública n. 1998.34.00.027682-0 foram movidas pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e pela Associação Greenpeace, que ingressou na ação como assistente do autor, em face da União Federal e da Monsanto, que ingressou como assistente da ré.

6 TRANSGÊNICOS: há riscos para a saúde humana? *Jornal Cooperalfa*, Chapecó, v. 13, n. 140, p. 2, 1 ago. 2000.

7 PLANTAS transgênicas: quais são os riscos? *Jornal do Continente*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 15, 1 mar. 2000.

8 PRECAUÇÃO, Ministros e Plantas transgênicas (II). *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. 2, 8 ago. 2000.

travado no Judiciário culminou com uma forte pressão para a mudança da Lei de Biossegurança, concentrando o poder decisório nas mãos de um pequeno colegiado de cientistas (CTNBio) e facilitando a liberação de OGMs no País.

Em 26 de março de 2003, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 113 (BRASIL, 2003a), autorizando a comercialização de toda a safra daquele ano, que incluía cultivares transgênicos, ilegalmente introduzidos no País. A referida Medida Provisória foi posteriormente convertida na Lei n. 10.688, de 13 de junho de 2003 (GUIVANT, 2008, p. 255).

Ferreira (2008, p. 172) destaca que

[...] a Medida Provisória nº 113/03 contrariou decisão judicial⁹ válida e eficaz que ordenava a realização do estudo de impacto ambiental antes do plantio em escala comercial da soja transgênica, o que confirma que a efetiva proteção do meio ambiente depende simultaneamente de compromissos jurídicos, políticos e sociais.

Idêntica posição é a de Ayala e Leite (2004, p. 181-182):

[...] o cancelamento da eficácia dos instrumentos de gestão de riscos é tão visível, que chegou a ser reproduzido textualmente no art. 1º, da Lei nº 10.688/03, excluindo expressamente a safra de soja de 2003, das restrições e do regime de segurança biológica imposto pela Lei nº 8.974/95. É a manifestação máxima da irresponsabilidade organizada no contexto da atual política ambiental brasileira.

A situação das sementes transgênicas no País, em especial a soja, não se resolveu com a edição da Lei n. 10.688/03, sendo necessária a edição da Medida Provisória (MP) n. 131, de 25 de setembro de 2003, na qual o Governo Federal estabeleceu normas para o plantio e a comercialização da produção de soja, transgênica ou convencional, da safra do ano de 2004 (BRASIL, 2003b). A referida MP foi posteriormente convertida na Lei n. 10.814/2003.

Pouco depois da edição da segunda MP, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.401, de 2003, propondo estabelecer um

9 Em junho de 2000, o juiz Antônio Prudente concedeu liminar impedindo a comercialização dos cultivares RR até que o governo federal definisse as regras de segurança, rotulagem e comercialização e que fosse apresentado um estudo de impacto ambiental, sendo que esta ficou vigente até 12 de agosto de 2003. Disponível em: http://www.cnpso.embrapa.br/download/cronologia_sojarr.pdf. Acesso em: 20 fev. 2014.

novo marco legal para regular as atividades envolvendo organismos geneticamente modificados em território nacional. Enquanto o projeto de lei tramitava no Congresso Nacional, o Presidente da República editou, no dia 14 de outubro de 2004, a Medida Provisória n. 223, autorizando o plantio e a comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2005 (BRASIL, 2004).

Da análise de tais fatos, Fernandes (2009, p. 26) evidencia:

[...] os primeiros indícios de plantios ilegais na região Sul do País são de 1996. A soja RR só veio a ser liberada definitivamente em 2005 com a aprovação da Lei de Biossegurança. Ou seja, a autorização definitiva veio do Congresso Nacional, e não de decisão baseada na biossegurança ou em sua conveniência sócio-econômica. Entre 2003 e 2004, o Presidente Lula editou três medidas provisórias legalizando os plantios ilegais de soja transgênica.

Observa-se que a mensagem da Casa Civil, na edição da MP/223, demonstra que o Estado Brasileiro era conhecedor do descumprimento da Lei e da prática de atos ilegais, como o contrabando de sementes, e em nenhum momento visava punir os infratores. Pelo contrário, buscava meios para legalizar o ato ilegal até então praticado (FERNANDES, 2005).

Neste contexto de debates jurídicos, técnicos e políticos, além dos pesquisadores já citados, percebe-se a contribuição, que iniciou nesse período, da pesquisadora Juliana Ferraz da Rocha Santilli, com destaque para seu estudo sobre a proteção jurídica à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados, à agrobiodiversidade, assim como aos direitos dos agricultores.

Observa-se, nesse cenário, o debate entre dois projetos de desenvolvimento para o campo. Ou seja, de um lado o “pacote” agronegócio/monocultura/biotecnologia; de outro, a agrobiodiversidade/agroecologia/projeto popular de agricultura. Nesse sentido, um grupo de organizações da sociedade civil brasileira se juntou ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e ao Greenpeace, que desde antes já realizavam campanhas de esclarecimento sobre o tema; em conjunto, organizaram a Campanha Nacional por um Brasil Livre de

Transgênicos¹⁰, atualmente composta por mais de 85 entidades¹¹ de todo o Brasil que representam consumidores, ambientalistas, agricultores e movimentos sociais do campo.

O objetivo dessa rede foi disseminar informações sobre os impactos e riscos dos transgênicos e, ao mesmo tempo, apoiar a construção de um modelo mais sustentável de agricultura baseado na agroecologia. A importância da campanha é reconhecida pelos Movimentos Sociais do Campo, que utilizam seus materiais de divulgação, tais como os informativos, para orientar camponeses e dialogar sobre os riscos, a fim de que estes sejam conhecidos e estudados e para que a sociedade participe dos processos de tomada de decisão. Assim ocorreu no caso do milho transgênico no Brasil, que teve início em 2007, com a aprovação das três primeiras variedades com resistência ao ataque de lagartas: a campanha teve papel importante para repassar as informações à sociedade civil.

Cumpra recordar que a liberação comercial do milho geneticamente modificado, denominado *Liberty Link*, constante do Parecer Técnico CTNBio n. 987/2007, no processo administrativo n. 12000.005154/1998-36, sofreu muita resistência da sociedade. No mesmo ano, entidades ligadas aos agricultores e consumidores¹² protocolizaram a ação civil pública n. 2007.70.00.015712-8/PR, pleiteando a suspensão dos efeitos da autorização, bem como a abstenção dessa comissão quanto à liberação comercial de milho transgênico até que fossem estabelecidas as normas técnicas de liberação comercial de OGMs e adotadas medidas de biossegurança para garantir a coexistência das variedades orgânicas, convencionais ou ecológicas com as variedades transgênicas. O pleito liminar foi parcialmente

10 Observar no “Boletim por um Brasil Livre de Transgênicos” que, desde 1999, a AS-PTA produziu semanalmente até 2014. Por meio do boletim, observam-se o noticiado na imprensa e as experiências em agroecologia que mostram por que os transgênicos não são solução para a agricultura. (Disponível em: <<http://aspta.org.br/itens-de-campanha/boletim/>>. Acesso em: 14 ago. 2016.)

11 Action Aid Brasil; AS-PTA; Associação Biodinâmica; Centro Ecológico IPÊ; ESPLAR; Fase MT; FETRAF; Fórum Nacional de Entidades Cívicas de Defesa do Consumidor; Greenpeace; Idec; INESC; Instituto Biodinâmico; Terra de Direitos; Via Campesina (cada uma dessas organizações representa uma rede de outras organizações).

12 AS-PTA (Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa); Associação Nacional de Pequenos Agricultores; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; Terra de Direitos.

acolhido¹³ e, em razão dessa determinação, a CTNBio elaborou as Resoluções Normativas n. 3 e 4, que dispõem sobre o monitoramento de lavouras transgênicas e as distâncias mínimas entre essas lavouras e as convencionais, orgânicas ou ecológicas.

Da leitura dos artigos 1º e 2º da Resolução n. 4, observa-se que a única regra de coexistência prevista pela CTNBio foi o estabelecimento de distâncias mínimas de isolamento entre as espécies. E, mesmo não atendendo rigorosamente o estabelecido em decisão judicial, pois só determinou essas distâncias mínimas, a CTNBio liberou outro tipo de milho, o MON 810 da Monsanto, em descumprimento à decisão anterior para que se abstinhasse de autorizar qualquer pedido de liberação comercial de milho transgênico sem as mencionadas medidas de biossegurança, fato que levou o Poder Judiciário a intimar a União ao cumprimento da liminar nos seus exatos termos.

Nesse sentido, os debates no Judiciário levaram a decisão ao TRF da 4ª Região (Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina), por meio de interposição de agravos de instrumento (2007.04.00.026126-4/PR e 2007.04.00.026471-0/PR), nos quais os desembargadores decidiram afastar a liminar concedida pelo juízo do Paraná, permitindo a liberação comercial sob os fundamentos de inexistência de *periculum in mora* e ausência de verossimilhança do alegado na inicial em face do exercício das competências legais da CTNBio.

Mesmo assim, e após as resoluções n. 3 e 4 da CTNBio, que determinam as distâncias mínimas de isolamento espacial entre cultivos de milhos transgênicos e não transgênicos, constatou-se no estado do Paraná a contaminação do milho por material transgênico, inclusive nas lavouras em que o isolamento regulamentado pela CTNBio foi aplicado. De acordo com o Plano de Monitoramento do Fluxo Gênico das Lavouras de Milho Transgênico no Estado do Paraná, realizado pela Secretaria da Agricultura e do Abastecimento (SEAB/PR), nos anos 2009 e 2010, registrou-se contaminação genética a 120 metros, mesmo com a bordadura exigida, ficando patente o descompasso entre a norma administrativa e a realidade, a tornar inócua qualquer fiscalização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, MAPA (PARANÁ, 2010).

O referido plano sofreu críticas de cientistas e pesquisadores, como as constantes do parecer técnico elaborado pelo Instituto

13 Decisão 29 do evento 4 dos autos originários – n. 5000629-66.2012.404.7000.

Agrônomo do Paraná (IAPAR), fornecido à CTNBio, dando conta das deficiências da referida avaliação e dos motivos pelos quais deveria ser desconsiderado.

Todavia, a desembargadora, em voto proferido na Apelação Civil n. 5020884-11.2013.404.7000/PR (TRF 4ª REGIÃO, 2014), destaca:

[...] a norma emitida pela CTNBio diz respeito tão somente a distâncias entre uma e outra lavoura e pretende regular todas as plantações de milho transgênico no Brasil, um país de dimensões continentais, com mais de 8,5 milhões de quilômetros quadrados, sete biomas e diversos tipos de relevo, clima e regimes de vento, os quais, a meu ver, geram diferentes efeitos nas condições que proporcionam a polinização do milho e a transferência de genes entre um e outro plantio. Nessa perspectiva, a Resolução hostilizada não parece considerar o real impacto das diferentes especificidades sobre as plantações em cada região do País, tal como exigido pela Lei. (TRF 4, 5020884-11.2013.404.7000/PR, Voto Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha).

Segundo dados da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio, 2017, no período de 2005 a 2016, foram aprovadas, para comercialização, 56 plantas geneticamente modificadas: nove variedades de soja; doze de algodão; uma de feijão; uma de eucalipto; trinta e três de milho.

4 Considerações finais

Nesta pesquisa, observamos que a biotecnologia vem suscitando um intenso debate nos campos social e jurídico, tendo-se em conta a magnitude dos impactos que os Organismos Geneticamente Modificados podem ocasionar na biota e, conseqüentemente, na sociobiodiversidade.

A ênfase do estudo recaiu sobre os impactos das biotecnologias na agricultura familiar, notadamente entre camponeses que fizeram a opção pela agroecologia. A liberação de OGMs tem o potencial de inviabilizar o projeto de agricultura camponesa fundado na autonomia e na soberania alimentar, que depende da detenção e conservação das sementes crioulas. Estas estão ameaçadas pela transgenia, que se dispersa em sentido horizontal (no espaço) e vertical (no tempo), comprometendo o futuro de significativa parcela da população brasileira.

A perspectiva culturalista da teoria do risco, aqui apresentada, levou-nos a indagar acerca da percepção dos riscos associados a essas biotecnologias pela população camponesa. Constatamos que a

disseminação, pelos movimentos sociais do campo, das informações oriundas de estudos científicos possibilitou a inserção de agricultores familiares no debate sobre Organismos Geneticamente Modificados, especialmente os transgênicos.

Outro resultado deste estudo, igualmente significativo, foi a constatação de que, como apontado por Ayala e Leite (2014), a legislação ambiental não dá conta de assegurar aos bens ambientais a proteção preconizada nos documentos internacionais (declarações e convenções sobre meio ambiente) e na Constituição Federal Brasileira. A enxurrada legislativa, exaustivamente analisada, conduziu, efetivamente, a um estado de irresponsabilidade organizada, como sinalizado pelos autores.

Referências

AMORIM, João Alberto Alves. O protocolo de Cartagena e a bio(in) segurança brasileira. In: DERANI, Cristiane. Transgênicos no Brasil e biossegurança. *Revista de Direito Ambiental Econômico*, Porto Alegre, n. 1, v. 1, p. 97-133, 2005.

ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução: manual de instruções*. Coimbra: CEDOUA, 2008. Disponível em: <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/node/106201?hdl=8833>. Acesso em: 29 fev. 2016.

AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

BRASIL. *Comunicado n. 54/1998*. CTNBio, Liberação Comercial de Soja Geneticamente Modificada tolerante a Herbicida Evento GTS-40-3-2 – Processo 01200.002402/1998-60. Brasília, 1998.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. Brasília, 1988.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de

atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2005.

BRASIL. Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 jan. 1995.

BRASIL. *Medida Provisória n. 113, de 26 de março de 2003*. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2003a.

BRASIL. *Medida Provisória n. 131, de 25 de setembro de 2003*. Estabelece normas para o plantio e comercialização da produção de soja da safra de 2004, e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2003b.

BRASIL. *Medida Provisória n. 223, de 14 de outubro de 2004*. Estabelece normas para o plantio e comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2005, e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2004.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Biodiversidade e Florestas. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Brasília, 2000.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA.
Parecer técnico n. 1596/2008 - Liberação Comercial de Milho Geneticamente Modificado Tolerante ao Glifosato, Milho Roundup Ready 2, Evento NK603 - Processo nº 1200.002293/2004-16. Disponível em: http://ctnbio.mcti.gov.br/publicacoes/-/document_library_display/cwksGAQxt1lp/view/1471813;jsessionid=6A1636729865139CE5A8FADF8035273E.rima. Acesso em: 29 fev. 2016.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA.
Tabela de plantas aprovadas para comercialização. Disponível em: http://ctnbio.mcti.gov.br/liberacao-comercial?p_p_id=110_INSTANCE_SqhWdohU4BvU&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=3&_110_INSTANCE_SqhWdohU4BvU_struts_action=%2Fdocument_library_display%2Fview_file_entry&_110_INSTANCE_SqhWdohU4BvU_redirect=http%3A%2F%2Fctnbio.mcti.gov.br%2Fliberacao-comercial%2F-%2Fdocument_library_display%2FSqhWdohU4BvU%2Fview%2F1684467&_110_INSTANCE_SqhWdohU4BvU_fileEntryId=2238117#/liberacao-comercial/consultar-processo. Acesso em: 12 dez. 2017.

DERANI, Cristiane (Org.). *Transgênicos no Brasil e biossegurança. Revista de Direito Ambiental Econômico*, Porto Alegre, n. 1, 2005.

DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Barcelona: Paidós, 1996.

DOUGLAS, Mary. *Pureza e perigo: ensaio sobre a noção de poluição e tabu*. Trad. por Sônia Pereira da Silva. Rio de Janeiro: 70 (col. Perspectivas do Homem, n.º 39), s/d.

DOUGLAS, Mary. *Risco e cultura: um ensaio sobre a seleção de riscos tecnológicos*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FERNANDES, Gabriel Bianconi. *O companheiro liberou: o caso dos transgênicos no governo Lula*. Estudo de caso. Relatório do Projeto Monitoramento Ativo da Participação Social – Mapas. Estudo de Caso. Rio de Janeiro: Ibase, 2005. Disponível em: <http://www.aspta.org.br/por-um-brasil-livre-de-transgenicos/documentos/o%20companheiro%20liberou.pdf/view>. Acesso em: 13 jan. 2016.

FERNANDES, Gabriel Bianconi. *Transgênicos no Brasil*. In: MANZUR, Maria Isabel; CATAFORA, Georgina; CÁRCAMO, Maria Isabel; BRAVO, Elizabeth; ALTIERI, Miguel (Orgs.). *América Latina – la transgénesis de un continente: visión crítica de una expansión descontrolada*. Technical Report, 2009.

FERREIRA, Helene Sivini. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1990.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GÖRGEN, Frei Sérgio Antônio. *Riscos dos transgênicos*. Petrópolis: Vozes, 2000.

GUIVANT, Julia Silvia. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 95-112, 2001.

GUIVANT, Julia Silvia. Transgênicos no Brasil: a necessidade de debater a governança de novas tecnologias. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs.). *Aspectos destacados da Lei de Biossegurança na sociedade de risco*. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 225-262.

LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs.). *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*. Florianópolis: Conceito, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992.

MATTEDI, Marcos Antônio. As Interpretações Sociológicas das Dinâmicas Sociais de Construção do Risco na Sociedade Moderna. *Revista Grifos*, Chapecó, n. 13, p. 131-150, 2002.

PARANÁ. Secretaria da Agricultura e do Abastecimento. *Nota técnica*. Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.cpra.pr.gov.br/arquivos/File/Milhocontpr.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

TRIBUNAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Civil n. 5020884-11.2013.404.7000/PR. Voto da Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha (04/06/2014). Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Voto-Vivian-Josete-Pantale%C3%A3o-Caminha.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR EN EL CONTEXTO EUROPEO Y ESPAÑOL

THE INDEMNIFICATION OF THE MORAL AUTHOR'S RIGHTS IN THE EUROPEAN AND SPANISH CONTEXT

Margarita Orozco González¹ 

¹ Universidad de Granada (UGR), Departamento Derecho Civil da UGR, Granada, Espanha. Doutora em Ciências Jurídicas. E-mail: margaorozco@ugr.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3176>

Autora Convidada

Resumo: Este trabajo tiene por objeto el estudio de la problemática existente en la indemnización del daño moral que ocasionan las vulneraciones de los derechos de autor, principalmente por la confusa redacción de la norma que regula esta cuestión en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual español, tras su reforma de 2006. En este campo resulta de gran interés analizar la regulación española y europea al respecto y, por su aportación clarificadora, la postura fijada acerca de este tema por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español.

Palabras clave: Derechos de autor. Responsabilidad civil. Daño moral. Indemnización. TRLPI. TJUE

Sumário: 1 Consideraciones previas. 2 La indemnización del daño moral en España y Europa. 3 El caso “Liffers”. 3.1 La posición del Abogado General a nivel Europeo. 3.2 La postura sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 4 La recepción de la doctrina del Tribunal Europeo en el ordenamiento jurídico español. 5 Conclusiones. Referencias.

Abstract: This work has as main object the study of the problematic existing around the moral damages reparation derived from author rights' violation, mainly due to the confusing/obscure redaction of the norm that regulates this topic in the Spanish Intellectual Property Law, after the reform introduced in 2006. In this field it is of great interest to analyse both the Spanish and European regulation applicable in this respect and, given its clarifying contribution, the position adopted about this matter by the European Court of Justice and the Spanish Supreme Court.

Keywords: Author rights. Civil liability. Moral damage. Reparation TRLPI. TJUE.



1 Consideraciones previas

Las obras protegidas por la Propiedad Intelectual así como, especialmente, los derechos reconocidos por la normativa a sus creadores, se enfrentan desde un pasado remoto a un amplio espectro de vulneraciones, en base, principalmente, a su carácter de objeto inmaterial, lo que hace extremadamente sencilla su apropiación y uso no autorizado. A ello se une que, a pesar de que como se ha tenido ocasión de señalar, estas problemáticas, no suponen una novedad, nos encontramos con que en la actualidad, en la era del desarrollo digital, se han multiplicado los ataques a los derechos de autor y conexos, tanto en volumen como como en tipología, lo que ha abierto en la doctrina especializada amplios debates y ha dado lugar a un incremento de los procedimientos judiciales y a través de los órganos administrativos creados a tal efecto (como es el caso de la Comisión de Propiedad Intelectual española). En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado en estos últimos años en múltiples ocasiones sobre cuestiones relativas a Propiedad Intelectual, en base a cuestiones prejudiciales, clarificando en muchos casos conceptos clave de la normativa comunitaria y nacional de los Estados miembros y, en otros, resolviendo problemáticas de interpretación de los preceptos.

Al respecto, como punto de partida, se debe señalar que el Derecho de autor, como rama que protege y regula desarrollo intelectual de las sociedades y la creación de cultura, se ha visto especialmente afectada por el gran crecimiento experimentado por las nuevas tecnologías e Internet, lo que ha implicado evidentes cambios tanto en el propio proceso creativo y de explotación de las obras, y ha alterado notoriamente los contornos de la Propiedad Intelectual. Al respecto, en la actualidad, es una realidad ampliamente reconocida la mayor vulnerabilidad y fragilidad que caracterizan a los elementos base de esta rama del Derecho, lo que ha determinado una mutación de las categorías que lo configuran: la actual confusión de los conceptos de original y copia; la alteración de los derechos de explotación económica, en concreto los de reproducción y comunicación pública, con el nacimiento en el seno de éste de la modalidad de “puesta a disposición”; además de la redefinición del límite de copia privada, incluyendo a día de hoy una la digital y su correlativa necesaria compensación a los titulares de los derechos afectados por ella.

En cualquier caso, las problemáticas asociadas a estos derechos de autor surgidas al margen del cambio tecnológico son numerosas y de diverso calado y naturaleza, dando lugar a posturas contrapuestas tanto en la doctrina científica como en los posicionamientos de los tribunales de justicia nacionales. Entre todas estos puntos de fricción, por su relevancia y escaso impacto en la doctrina en los últimos tiempos, consideramos que merece especial interés el que es objeto de este estudio: la cuestión de el resarcimiento del perjuicio moral derivado de las vulneraciones de los derechos de autor, materia problemática en concreto en España por la oscura redacción de la norma que lo regula en nuestro Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), tras la reforma que se realizó 2006. Al respecto, en las siguientes páginas, nos centraremos en la dificultad e indefinición que rodea la posible, o no, acumulación del daño moral en el contexto del resarcimiento de los daños y perjuicios, según el perjudicado opte por una u otra de las vías alternativas y excluyentes que establece el TRLPI ad hoc en su artículo 140, haciendo especial hincapié en la opción basada en la llamada “regalía hipotética”. Precisamente sobre este asunto se ha pronunciado en una reciente cuestión prejudicial el TJUE, en respuesta al requerimiento del Tribunal Supremo español de clarificación de la duda interpretativa existente sobre este punto en España.

En base a lo anterior, este estudio tiene por fin principal el análisis de la regulación española y europea de la figura del resarcimiento del daño en el ámbito de la Propiedad Intelectual, recurriendo para ello, especialmente, al caso por excelencia sobre esta materia conocido por el TJUE, el asunto “Liffers”, que será objeto de nuestro análisis y comentario.

2 La indemnización del daño moral en España y Europa

Para encontrar la regulación actual sobre la indemnización por daños y perjuicios en el ámbito de las vulneraciones de los derechos de autor es necesario remitirse, por un lado, a nivel europeo, a la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y por otro, ya en el ordenamiento español, al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

En el caso de la norma europea, el tratamiento de la cuestión se recoge de manera genérica en algunos de sus Considerandos y ya de

forma específica en el artículo 13 del texto, dedicado a los “daños y perjuicios”, dentro de la Sección 6, titulada “Daños y perjuicios y costas procesales”. De modo inicial, en su apartado 1, el mencionado precepto introduce el mandato de que “Los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción.”

Dentro de este mismo apartado se detallan, a continuación, las dos vías alternativas que se prevén para la reclamación del resarcimiento por parte del sujeto afectado, que habrá de ser apreciado por los órganos judiciales. La primera opción, recogida en la letra a), determina que para el cálculo de la cuantía indemnizatoria, siguiendo esta vía, se “tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor”, añadiendo ex profeso, también, “cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho”. La segunda alternativa la prevé el apartado b) del mismo precepto, en la que se concreta que “podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.”

De la simple lectura de ambos apartados del art. 13.2 de la Directiva 2004/48 se puede desprender, atendiendo estrictamente a su literalidad, que es ciertamente en la vía recogida en la letra a) donde se hace mención expresa a la posibilidad de incluir en el resarcimiento del daño los perjuicios de naturaleza moral sufridos por el titular del derecho, mientras que en la letra b) no aparece referencia alguna a este extremo. Con ello, podría llegarse fácilmente a la conclusión de que es sólo la primera opción prevista en el precepto la que admite la acumulación de estos otros elementos lesivos, como el daño moral, para la cuantificación de la indemnización.

Por otro lado, en transposición de esta disposición europea al ordenamiento jurídico español, se incorporó en el TRLPI el artículo 140 titulado “Indemnización”, dentro del Libro III “De la protección

de los derechos reconocidos en esta Ley”, Título I “Acciones y Procedimientos”. Sin embargo, la redacción de la norma española difiere en rasgos generales con el precepto referencial de la Directiva, al que ya se ha hecho mención, estableciendo a título general, en su apartado 1. Que: “La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho”. A ello, incorpora una previsión no incluida en el precepto europeo, que hace referencia a la posibilidad de tener presente a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria “los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.

Por su parte, ya centrados en el apartado 2 del precitado art. 140 TRLPI, es apreciable que su morfología y contenido se asemejan extremadamente a su homólogo de la Directiva 2004/48, diferenciando las mismas dos vías alternativas, opcionales para el sujeto perjudicado, con el objeto de la cuantificación del daño inferido.

Al igual que ocurría en el artículo 13 de la Directiva, el apartado a) prevé la modalidad que tiene en cuenta “Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita”. Dentro de éste, se hace referencia también, de modo expreso, a la posible inclusión del daño moral, regulándolo de manera mucho más pormenorizada que en la norma comunitaria, y del que destaca que podrá ser indemnizado incluso en el caso de que no resulte probada la existencia del perjuicio patrimonial, precisando además que “Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.

Sin embargo, el apartado b), encargado de la precisión de la segunda vía reparadora alternativa, es mucho más escueto. Establece que, el perjudicado podrá optar por reclamar atendiendo a “La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”. En este caso, como se pone de evidencia, no se hace mención alguna a la posibilidad de incorporar a tal valoración el daño moral, como sí se hacía en el apartado a), lo que permite interpretar que su acumulación queda estrictamente limitada a la primera de

las formas de cuantificación del daño¹, algo que ya era calificado de “despropósito” por un sector de la doctrina especializada².

3 El caso “Liffers”

La problemática acerca de la correcta interpretación del artículo 140.2 del TRLPI, e incluso del propio artículo 13 de la Directiva, por la similitud existente entre ambos preceptos, ha sido objeto de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata de la Sentencia del caso “Liffers”, asunto C-99/15, de fecha 17 de marzo de 2016, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español el 12 de enero de 2015.

De manera previa al análisis de dicho pronunciamiento y de las conclusiones presentadas al respecto por el Abogado General, que se llevará a cabo en los siguientes epígrafes, es preciso resaltar el presupuesto fáctico que caracteriza el caso.

Así, de manera muy resumida, los hechos que originan esta controversia tienen como sujeto al demandante, el Sr. Christian Liffers, director, guionista y productor de la obra audiovisual titulada “Dos patrias, Cuba y la noche”, cuyo hilo conductor son las vivencias de determinados ciudadanos cubanos, cuya conexión es su homosexualidad y transexualidad. Determinadas secuencias de dicha obra fueron empleadas, sin autorización del Sr. Liffers, en el marco de un documental realizado por la productora Mandarina sobre la prostitución infantil en Cuba, que fue emitido en la cadena de televisión Telecinco (Mediaset). En base a ello, el Sr. Liffers demandó a Mandarina y Mediaset, solicitando el cese del uso de su obra y reclamándoles la

-
- 1 Así lo subrayan Yzquierdo Tolsada y Arias Máiz, cuando defienden que “*Lo que resulta todavía más chocante, el daño moral, del que se sigue diciendo que procederá su indemnización aunque no se pruebe ningún daño material, se presenta nada más y nada menos que como una de esas consecuencias económicas negativas, al servicio, pues, del primer término de la opción: obsérvese que si se opta por fijar la indemnización con arreglo al segundo criterio, parecería en principio que no se puede aducir daño moral alguno, pues la opción se limita a recaer sobre «la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión», pero nada más.*” (YZQUIERDO TOLSADA, M.; ARIAS MÁIZ, V. *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*, Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, 2014; pág. 53)
 - 2 YZQUIERDO TOLSADA, M.; ARIAS MÁIZ, V. *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*; op. cit., pág. 54

indemnización de los daños patrimoniales ocasionados, que valoraba en 6.740 euros, por la infracción de los derechos de explotación, así como en concepto de daño moral, cuantificado en 10.000 euros.

En concreto, el Sr. Liffers calculó el importe de la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales causados por la infracción de los derechos de explotación de su obra sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si “Mandarina” y “Mediaset” le hubieran solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trata, basándose para ello en las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales. De este modo, se apelaba a la aplicación del artículo 140, apartado 2, letra b), de la Ley de Propiedad Intelectual, que permite al titular del derecho de propiedad intelectual perjudicado evaluar la indemnización de su daño en relación con el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar ese derecho (en lo sucesivo, “licencias hipotéticas”). En cuanto a la cuantía reclamada en razón del daño moral, ésta es el resultado de un cálculo a tanto alzado.

En primera Instancia, el Juzgado de lo Mercantil otorgó la indemnización por ambos conceptos, minorando la cuantía del daño patrimonial, mientras que la Audiencia Provincial de Madrid volvió a reducir dicha valoración del daño y negó la posibilidad de reclamar el daño moral, al haber optado el demandante por la segunda vía del artículo 140 (ap. 2 b) del TRLPI), entendiendo que el perjuicio moral sólo queda previsto en la primera vía, contemplada en el apartado a), rechazando así la posibilidad de combinar ambos cauces o criterios indemnizatorios. Recurrido el fallo por el demandante ante el Tribunal Supremo, éste albergó dudas acerca de cuál debía ser la correcta interpretación del precepto a la luz de la legislación europea. En concreto, el Alto Tribunal español elevó a la Corte europea la siguiente cuestión prejudicial: “Si el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48 puede interpretarse en el sentido de que el perjudicado por una infracción de propiedad intelectual que reclame la indemnización del daño patrimonial basada en el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión no puede solicitar además la indemnización del daño moral producido.”

De este modo, se inició el procedimiento objeto de este análisis, dentro del cual se deben destacar de manera separada por su relevancia,

de un lado, la posición del Abogado General, en sus Conclusiones y, de otro, la postura del Tribunal europeo, plasmada en el pronunciamiento en cuestión.

3.1 *La posición del Abogado General a nivel Europeo*

Las conclusiones respecto de esta causa fueron presentadas por el Abogado General, Sr. Melchor Wathelet, con fecha 19 de noviembre de 2015. De manera inicial, se recalca que la jurisprudencia del Tribunal europeo determina que para el estudio de estas cuestiones, en aras de la interpretación de un precepto legal, es necesario atender a su tenor literal, su contexto y el espíritu de la norma a la que pertenece³.

Así, con respecto a la interpretación literal, el Abogado General fija la atención, dentro de la redacción del art. 13.1 apartado b) de la Directiva, en la expresión “cuanto menos”, empleada por el legislador, al hacerse mención a los elementos que se habrán de tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por esta vía, de modo que se entiende que el listado queda abierto a la inclusión de otros conceptos para la determinación de la cuantía. En este sentido, sostiene que “los términos de esta disposición autorizan expresamente la toma en consideración de factores distintos de los «cánones o derechos» normalmente adeudados”, entendiéndose que de la mencionada expresión (en la versión original en francés “au moins”) se desprende su carácter de mínimos.

En segundo lugar, aborda una interpretación sistemática del precepto, destacando la necesidad de interpretar conjuntamente todos los apartados del artículo 13⁴. A este respecto, entiende Wathelet que, al introducirse en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 13 el mandato de que la indemnización sea “adecuada a los daños y perjuicios efectivos”, sólo se puede concluir que la finalidad perseguida en los dos modos alternativos de resarcimiento es “claramente la reparación de los daños y perjuicios «efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción.»”. Partiendo de ello, llega a la conclusión de que, los conceptos mencionados ex profeso en el apartado b) del precepto en

3 En concreto, en sus Conclusiones, el Abogado General hace referencia a los siguientes pronunciamientos del TJUE sobre esta cuestión, como son las sentencias “Yaesu Europe” (C-433/08), apartado 24; “Brain Products” (C-219/11), apartado 13; “Koushkaki” (C-84/12), apartado 34, y Lanigan (C-237/15 PPU), apartado 35.

4 Al respecto, literalmente, concluye Wathelet que “*que los párrafos que componen un artículo, o, a fortiori, un apartado de un artículo, forman un conjunto cuyas disposiciones no pueden examinarse aisladamente.*”

cuestión, sólo reparan parcialmente el daño, por lo que no incluirían, por norma general, el perjuicio moral que haya podido sufrir el titular de los derechos.

En último lugar, las conclusiones del Abogado General se centran en la interpretación teleológica de la norma, atendiendo por tanto a la finalidad perseguida por la misma. De manera inicial el Abogado General señala que una interpretación que llevara a concluir la exclusión del daño moral de la indemnización del perjuicio efectivamente causado, iría en contra del objetivo de la norma europea. Esta conclusión la apoya en los Considerandos y articulado de la Directiva en cuestión, haciendo referencia expresa al Considerando 10 y el artículo 3 del citado texto. Con respecto al primero, subraya Wathelet que determina que la finalidad de la norma es articular una protección homogénea a nivel europeo de la Propiedad Intelectual “elevada” y “equivalente”, mientras que el art. 3.2 de la Directiva exige que las reparaciones sean “efectivas”, “proporcionadas” y “disuasorias”.

Atendiendo a todo ello, concluye que “no sería congruente excluir de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular de un derecho de propiedad intelectual la indemnización de su daño moral cuando elige reclamar la reparación de su daño patrimonial según el método a tanto alzado previsto en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2004/48.” Al respecto argumenta que la exclusión del daño moral acabaría con cualquier efecto disuasorio en la condena, puesto que, de optarse por esta vía de resarcimiento, el infractor sólo habría de hacer frente al pago de la cuantía que habría abonado desde el inicio, de haber obrado conforme a ley. Con ello se incumpliría el mandato normativo de configurar una protección efectiva por cuanto, como apunta el Abogado General, y señalaba la Comisión en sus observaciones escritas, “si debiera aceptarse la exclusión del daño moral, el infractor no saldría peor parado al reproducir una obra sin autorización que si hubiese actuado legalmente solicitando una licencia”. Llegado a este punto, no obstante subraya que la finalidad del resarcimiento de este daño de naturaleza inmaterial se aleja de la figura

de los daños punitivos⁵, sobre la que existe un amplio debate entre la doctrina científica⁶.

A modo de cierre, y como corolario de su argumentación, Wathelet concluye que, de la interpretación de la Directiva 2004/48 en su conjunto y del artículo 13 en particular, se ha de entender admisible la posibilidad de acumular el daño moral en la cuantificación de la indemnización al titular de derechos perjudicado, cuando éste opte por reclamar por la vía del artículo 13.1 apartado b), atendiendo por tanto a los cánones o derechos que el infractor habría abonado si hubiera pedido la preceptiva autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual.

3.2 La postura sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Una vez finalizado el repaso a las Conclusiones del Abogado General, es preciso centrar la atención en la postura adoptada por el Alto Tribunal Europeo, sobre la que se puede adelantar que, como es habitual, resulta coincidente con la argumentación del primero.

Así, como punto de partida, la Corte europea reitera la necesidad de atender tanto a la literalidad del precepto en cuestión como al objetivo general de la Directiva en su conjunto, en la que se integra.

Desde la primera perspectiva, el TJUE concluye que, si bien de la redacción del artículo 13.1 apartado b) no se puede desprender la inclusión expresa de la inclusión del daño moral en la reparación,

5 En el punto 28 de las Conclusiones, Wathelet defiende que “*A mi juicio, y sin que haya lugar aquí a condenar al autor de la infracción de un derecho de propiedad intelectual al pago de daños punitivos, es difícilmente rebatible que un daño moral, como, concretamente, un menoscabo de la reputación, pueda ser, siempre que se demuestre, un componente per se del daño realmente sufrido por el autor.*”

6 Al respecto, se mencionan en el documento las posturas contrapuestas sobre la admisibilidad por parte de la Directiva 2004/48 de la inclusión de los daños punitivos en la indemnización al titular de los derechos de autor. Así, por un lado Galloux y Benhamou, sostienen que dicha norma deja abierta la posibilidad a su inclusión en la indemnización, mientras que Buydens se opone a tal noción, al entender que la norma limita la reparación exclusivamente a los daños. (Vid. Galloux, J. C., “La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle”, *Revue trimestrielle de droit communautaire*, 2004; Benhamou, Y., “Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France, under Directive 2004/48/EC and its transposition law — new notions?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, 40(2) y Buydens, M., “La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle”, *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruylant, 2015.)

tampoco se puede entender que queda excluida de la cuantificación del perjuicio ocasionado. En relación con ello, se refiere, al igual que hace el Abogado General, a la expresión “cuanto menos” contenida en el precepto, que permite entender que a los elementos que menciona se pueden unir otros pertinentes para que la indemnización cumpla con el espíritu de la norma.

En este sentido, la sentencia Liffers ha remarcado una tendencia, ya presente en fallos anteriores del mismo órgano jurisdiccional, que rechaza la interpretación literal de la norma como la única válida, siendo indispensable combinarla con el criterio sistemático y teleológico, que llegan a situarse como preeminentes respecto al literal. Esta advertencia la hace, en primer lugar, el Abogado General en sus Conclusiones, y se encuentra también en la respuesta a la cuestión prejudicial dada por el TJUE, apoyándose al respecto en doctrina sentada en sentencias anteriores (sentencias “Yaesu Europe” (C-433/08), apartado 24; “Brain Products” (C-219/11), apartado 13; “Koushkaki” (C-84/12), apartado 34, y Lanigan (C-237/15 PPU), apartado 35, y referencias a la sentencia del caso Surmacs (C-127/14).

Así, atendiendo al espíritu y finalidad del texto europeo, tal idea se ve reafirmada. Para alcanzar tal conclusión el Tribunal se apoya, de nuevo, en el artículo 13.1, ya mencionado con anterioridad, que exige que la indemnización se adecúe al daño sufrido, además del Considerando 10⁷ ya mentado en las Conclusiones de Wathelet, y el 26, en el que se dispone que para la reparación del perjuicio ocasionado “el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, y, en particular, el daño moral ocasionado al titular” (Fundamentos de Derecho, ap. 23).

Como corolario de todo lo anterior, argumenta el Tribunal, la indemnización regulada en la norma europea ha de ser íntegra, debiendo incluir por tanto todos los perjuicios que efectivamente haya sufrido el titular de los derechos, debiendo entenderse por tanto incluido a tal efecto el daño moral. Al respecto, concluye la Corte que el resarcimiento basado en exclusiva sobre los cánones o derechos no abonados al titular solo incluye el perjuicio material sufrido, por lo que la reparación íntegra debe permitir, además, la reclamación del daño moral. En consecuencia, el TJUE falla entendiendo que se debe entender

7 Cabe recordar en este punto que el Considerando 10 de la Directiva 2004/48 dispone que la norma tiene como objetivo garantizar “*un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior*”.

acumulable el perjuicio moral cuando se reclame la indemnización por la infracción de los derechos de Propiedad Intelectual por la vía del apartado b) del artículo 13.1 de la Directiva 2004/48.

4 La recepción de la doctrina del Tribunal Europeo en el ordenamiento jurídico español

La analizada respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial presentada por el TS español, fue recepcionada por éste en la consecuente sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) de 19 de julio de 2016. Esta cierra el litigio del que traía causa, y sienta, asimismo, la doctrina jurisprudencial a nivel nacional español, determinando la interpretación acorde a Derecho en lo que al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y morales en las infracciones a los derechos de autor respecta.

Entrando en la cuestión, el Tribunal en el mencionado pronunciamiento subraya el inicial desacuerdo mostrado por la Sala ante la postura acogida por la Audiencia Provincial de Madrid⁸ en la sentencia objeto de casación. Y ello porque, destaca, éste se basa en una incorrecta interpretación de la Directiva, en cuyo artículo 13 apartado 1 se recoge la obligación de los Estados miembros de garantizar la existencia de una indemnización adecuada de los daños y perjuicios efectivos que se deriven de una infracción de los derechos de autor. Sobre este punto, entiende la Sala que “El adjetivo «efectivos» aplicado al concepto «daños y perjuicios» no parece compatible con la exclusión de la indemnización del daño moral cuando se haya optado por un criterio indemnizatorio, el de la licencia hipotética, que parece estar destinado a valorar exclusivamente daños patrimoniales, si las circunstancias que concurren muestran que es posible la existencia de un daño moral, que puede ser de mayor entidad incluso que el daño patrimonial.” A ello, siguiendo los argumentos del TS, se une la argumentación sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid, que justificaba su fallo en la opción por “un criterio indemnizatorio alternativo, que prescinde de los perjuicios reales contemplados en el apartado a)”⁹, la cual para el Alto Tribunal no es acorde con la finalidad de resarcimiento efectivo que determina la Directiva¹⁰.

8 Sentencia de 21 de enero de 2013, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13a).

9 Fundamento de Derecho 5º, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 julio 2016.

10 Fundamento de Derecho 5º, op. cit.

Partiendo de este posicionamiento tomado por la Audiencia Provincial, el TS deriva la existencia de una interpretación diversa, en la que el criterio indemnizatorio recogido en el apartado b) del artículo 13.1 de la Directiva sólo sea alternativo al previsto en el apartado a) en lo que a la forma de indemnización del daño patrimonial se refiere. Al respecto, destaca el pronunciamiento de la Sala que “Este criterio indemnizatorio alternativo estaría justificado por la existencia de dificultades probatorias para fijar la indemnización conforme a los criterios previstos en el apartado “a” o por otras razones. En tal caso, ese carácter alternativo (y por tanto no acumulable) no afectaría al daño moral, cuya indemnización podría reclamarse aunque se hubiera optado por el criterio de la letra “b”, referenciado a la licencia hipotética.” Así, tal y como concluye el Alto Tribunal, dicha interpretación determinaría la independencia de la indemnización del daño moral del criterio elegido para el resarcimiento del perjuicio patrimonial, de forma que permitiría su acumulación tanto en el supuesto de haberse optado por el apartado a) del art. 13.1 como por el apartado b) del mismo precepto.

Ahondando más en la viabilidad de esta interpretación más extensiva de la indemnización, el TS pone de relieve su extensión y acogida en la legislación de otros Estados miembros de la Unión Europea, como es el caso de Alemania, Italia y Francia, cuyas normativas permiten la acumulación del reclamo de indemnización del daño moral con independencia del criterio resarcitorio del patrimonial por el que haya optado el titular de los derechos de autor vulnerados¹¹. Partiendo de ello, y teniendo presente el Considerando 10 de la Directiva, que fija como objetivo de ésta la aproximación de las legislaciones nacionales de los países miembros en aras de una protección homogénea de los derechos de autor a nivel europeo, el TS entiende que “Una interpretación del artículo 13.1 de la Directiva como la efectuada por la Audiencia, que difiera de la llevada a cabo en otros Estados miembros y que otorgue una protección significativamente menor de los derechos de propiedad intelectual, podría poner en peligro este objetivo.”¹²

Es esta la misma conclusión a la que llega el TJUE en el caso *Liffers*, y que hace propia el TS español, por lo que, entendiendo válida la acumulación de daño moral, de producirse, en cualquiera de las dos

11 Se trata, en concreto del artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual alemana, el artículo 158 de la Ley núm. 633 de 1941 de Italia y el artículo L331-1-3 del Código de la Propiedad Intelectual francés.

12 Fundamento de Derecho 7º STS 19 julio 2016, op. cit.

vías previstas en la normativa, entra a analizar la pertinencia de su aplicación en este caso. Sobre este punto sostiene que “Las circunstancias concurrentes, en concreto la vulneración de derechos morales del autor tales como el derecho a la integridad de la obra y al reconocimiento de la autoría, el daño causado al prestigio y reputación del demandante por haberse utilizado una obra que pretendía ser poética en un documental sobre prostitución infantil, y la cuota de audiencia de este documental en una cadena de televisión de ámbito nacional, son elementos que permiten afirmar que el demandante no solo sufrió perjuicios patrimoniales al resultar vulnerados sus derechos de explotación, sino también daños morales que no resultaron indemnizados con la exigua indemnización resultante de la aplicación del criterio de la licencia hipotética.”¹³

Al entrar a valorar el daño moral ocasionado en el supuesto controvertido, la Sala asume la gravedad de las circunstancias presentes, “gravedad del daño moral por sus características intrínsecas y por la divulgación del documental infractor”, por lo que considera adecuada y en ningún caso excesiva la cuantía resarcitoria de 10.000 euros fijada en Primera Instancia y la reafirma.

En conclusión, el fallo del TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid ante él recurrida, determinando la pertinencia de la indemnización del daño moral – en la cuantía de 10.000 euros – que se viene a sumar al resarcimiento del perjuicio patrimonial fijado en la sentencia casada, ascendente a la suma de 962,33 euros¹⁴.

A modo de simple apunte, a la luz de la resolución adoptada en este caso, resulta pertinente señalar, pese a ser una cuestión ajena al objeto de este estudio, que resulta llamativa la descompensación tan

13 Fundamento de Derecho 10º, STS 19 julio 2016, op. cit.

14 Literalmente el fallo concluye “*Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Constancio contra la sentencia núm. 14/2013 de 21 de enero, dictada por la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 722/2011 . 2.o- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la revocación de la condena a indemnizar el daño moral en 10.000 euros impuesta por el Juzgado Mercantil, y en su lugar acordamos añadir a la condena impuesta por la Audiencia Provincial a las demandadas a indemnizar solidariamente al demandante en 962,33 euros por el daño patrimonial, la condena a indemnizar, también solidariamente, al demandante en 10.000 euros por daño moral. 3.o- No procede imposición de costas del recurso de casación No procede la imposición de las costas del recurso de apelación, ni de primera instancia. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.*”

evidente existente entre la cuantía reconocida por el Alto Tribunal en concepto de indemnización por el daño patrimonial ocasionado (962,33 euros) y la del daño moral (10.000 euros). Ello no puede más que sugerirnos la idea de la presencia de cierto ánimo de inclusión de una finalidad punitiva por parte de la Sala en la fijación de tal compensación por el daño moral, pese a su falta de reconocimiento en el Derecho español, en concreto en materia de responsabilidad por violaciones de los derechos de autor, y su carácter controvertido en la jurisprudencia y la doctrina.

Por otro lado, cabe destacar, llegados a este punto, que esta jurisprudencia casacional ha sido ya recepcionada por la doctrina judicial. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), núm. 54/2017, de 6 febrero, en la que se asume la posibilidad de acumulación del daño moral a la reclamación del perjuicio patrimonial en un supuesto en el que el demandante había optado por la vía del criterio de la regalía hipotética¹⁵. En este caso, el tribunal concluye que “Finalmente, consideramos totalmente verosímil, atendiendo a máximas de la experiencia, el padecimiento por el actor de un quebranto o aflicción de naturaleza moral al contemplar la publicación infractora. Y, no habiendo sido cuestionada por ninguno de los demandados la procedencia de tomar en consideración para su cálculo los criterios propuestos por el Sr. Martín (el conocimiento de su persona dentro del sector de que se trata, conocimiento de su obra y escasez de obras análogas, etc...), son esos mismos criterios estimativos los que, en atención a la extensión cuantitativa de la infracción y asumiendo este tribunal el carácter voluble que siempre revisten los cálculos de esta naturaleza, nos conducen a fijar la indemnización por razón de daño moral en la cantidad de 3.000 €.”¹⁶

15 La sentencia en cuestión responde a un caso de plagio de una obra escrita titulada “La peseta. Catálogo básico” de la que se copian determinados fragmentos en otra obra similar, que tiene por título “La peseta. Historia de una época”. En las súplicas, amén del resarcimiento del quebranto patrimonial ocasionado a los titulares de los derechos de autor de la primera, cuantificado siguiendo el criterio de la regalía hipotética recogida en el artículo 140-2 b) del TRLPI, se solicita la indemnización del daño moral. En este caso, se acoge directamente la interpretación de la norma sentada en la STJUE objeto de este comentario y reafirmada y asentada en España por la STS de 19 de julio de 2016, también aquí analizada, por lo que la AP de Madrid reconoce la acumulación de ambos perjuicios y concede la indemnización.

16 Fundamento de Derecho 5º,

5 Conclusiones

La primera y más clara conclusión que se puede extraer de la vigente jurisprudencia comunitaria podría resumirse en una sola frase, tal y como destaca Garriga: “la indemnización del daño moral siempre es procedente, se calcule como se calcule el daño patrimonial”¹⁷, y, por tanto, independientemente de la opción seleccionada de las dos recogidas en los artículos 13 y 140 de la Directiva y TRLPI, respectivamente¹⁸. Y ello porque, como ha quedado evidenciado tanto en las referidas Conclusiones del Abogado General cuanto en la propia respuesta del Alto Tribunal Europeo, y tal como sostiene mayoritariamente la doctrina, en palabras de Montaña, “el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular de un derecho de propiedad intelectual debe tener por objeto garantizar la reparación íntegra del perjuicio “efectivamente sufrido”, es decir, debe obedecer al principio de la restitutio in integrum, lo que conduce inexorablemente a la solución de dar cabida también al posible daño moral causado cuando se opte por el criterio de la denominada “regalía hipotética”.¹⁹ Resulta, por tanto, claro que cualquier indemnización

17 GARRIGA MOYANO, A., “A propósito de la Sentencia TJUE de hoy sobre el caso Liffers (C-99/2015)”, 10 marzo 2016, texto disponible en <http://www.holtropblog.com/es/index.php/48-transaction-business/itaip/826-a-proposito-de-la-sentencia-tjue-de-hoy-sobre-el-caso-liffers-c-99-2015> (Fecha última consulta: 3 enero 2018).

18 Si bien los Tribunales españoles, hasta ahora, como se ha puesto de manifiesto ut supra, no ofrecían una postura unánime al respecto de la posibilidad de acumular el daño moral cuando se optara por la vía indemnizatoria de la “regalía hipotética”, si que se reconocía de manera general la necesidad de tener en cuenta este perjuicio con independencia de la vulneración de un daño patrimonial, o bien como consecuencia de ésta, lo cual chocaría frontalmente con la denegación de su inclusión en algunos supuestos cuando quede probada su existencia por el mero hecho de haber optado por una de las vías de cuantificación y no la otra, siendo ambas fijadas por la ley. Al respecto, se dispone en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 2 de diciembre de 2008 que “*el propio art. 138 L.P.I. contempla, en abstracto, la posibilidad de que padezcan daños morales todos aquellos que sean titulares de alguno de los derechos que la propia ley reconoce, no sólo los titulares de los derechos morales que regula el referido art. 14 (...). En definitiva, el carácter eventualmente “moral” del daño que pueda ser consecutivo a un acto de violación de derechos de propiedad intelectual y el carácter “moral” de algunos de dichos derechos (los del art. 14 LPI) son nociones que no se interfieren desde el momento que nada impide que de la infracción de típicos derechos de explotación (arts. 17 a 21 LPI) puedan derivarse quebrantos de naturaleza moral además, en su caso, de los de índole material*”.

19 MONTAÑA, M., “Daños y perjuicios en el ámbito de la Propiedad Intelectual: la “regalía hipotética” y el daño moral son compatibles”, Client Briefing, marzo 2016,

que cumpla su función de resarcir el perjuicio ocasionado debe tener en cuenta todos los elementos y facetas que éste pueda haber tomado²⁰, ya que no se puede más que concluir que cualquier opción u alternativa que se desprenda de la normativa a tal objeto tenderá al mismo fin de compensar adecuadamente al titular por el daño sufrido, cumpliendo la finalidad del Derecho de daños²¹.

No obstante lo anterior, es preciso señalar, con Bellón Molina²², y Macías Castillo, la propia naturaleza del daño moral hace difícil su reparación en forma pecuniaria, llegando a ser imposible de realizar in natura en la mayoría de los supuestos, al vincularse con los derechos de la personalidad, por lo que como, el autor señala, su resarcimiento es “siempre una mera aproximación por la vía de la compensación al daño realmente padecido”, cumpliendo la función de satisfacer al perjudicado, aunque ésta “nunca resultará plena o completa”²³. Sin embargo, su relevancia es indiscutible, como se señalaba ya en la STS de 7 de febrero de 1962, en el considerando 7º, donde la Sala Primera concluía que “En los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función

Clifford Chance; pág. 3. Texto completo disponible en: https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/03/danos_y_perjuiciosenelambitodelapropieda.html (Fecha última consulta: 2 enero 2018)

20 En ese sentido, vid. CLEMENTE MEORO, M. “Comentario al art. 140 TRPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.). Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 810 y ss.

21 En esta línea se manifiesta MACÍAS CASTILLO, cuando defiende que “*En mi opinión, lo que el legislador —con poca claridad— ha pretendido es que se acojan a la primera opción indemnizatoria quienes son autores y además titulares de los derechos morales de autor; mientras que la segunda opción reparatoria se orienta más bien, para personas físicas o jurídicas a las que se han transmitido los derechos de explotación de las obras. Ello no impediría, a su vez, que los titulares de los derechos de explotación no puedan optar por la primera opción, si bien, en ese caso, no podrían reclamar los daños morales, a no ser que fuesen titulares —supuesto inhabitual— de los mismos. Esta opción legislativa no sólo es confusa, sino injusta.*” (MACÍAS CASTILLO, A. “La reparación del daño moral de autor”, en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías*, edición no 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2008, LALEY 3886/2010).

22 BELLÓN MOLINA, F. A. “La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XVIII, pág. 391, tomo 2, Editorial LA LEY; pág. 6 y ss.

23 MACÍAS CASTILLO, A. “La reparación del daño moral de autor”, op. cit.

de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o, desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral”.

Partiendo de esta base, la doctrina mayoritaria coincide en considerar como causa principal de la indefinición y falta de claridad normativa española respecto a la posibilidad de incluir el daño moral en las dos vías previstas en el art. 140 del TRLPI, la deficiente técnica legislativa empleada en nuestro país al hacer mención directa al daño moral sólo en el apartado a) del mencionado precepto y no en el b)²⁴. En efecto, atendiendo, en primer lugar, a un criterio histórico, debe recordarse que fue con la reforma operada en el precepto en el año 2006, a través de la Ley 19/2006, de 5 de junio, cuando se optó por subdividir el apartado 1. del artículo 140 TRLPI en dos epígrafes separados, mientras que inicialmente se regulaba la cuestión en un bloque único de tres párrafos, por lo que la mención al daño moral se entendía común a las dos vías previstas legalmente. En segundo lugar, como señala ESPÍN, la transposición española de la Directiva 2004/48 se limita a los mínimos, obviando otras posibilidades que deja abiertas la norma comunitaria. En este sentido, destaca que “Podría el legislador nacional haber optado por transponer la Directiva aprovechando todas las posibilidades que ofrecía en dicho artículo, como ha pasado en otras legislaciones europeas. Por ejemplo, nada impedía hacer uso de la previsión europea, que, al prever un importe a tanto alzado dice “cuando menos”. En otros países, ello habilita una condena a pagar en concepto de indemnización, por ejemplo, un importe superior a la licencia o regalía hipotética. Nosotros sin embargo nos limitamos a que se condene a pagar el mismo importe que le hubiera costado en el mejor de los casos la licencia.”²⁵

24 Al respecto, vid. MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, op. cit. y ESPÍN GRANIZO, J., “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual”, abril 2016, hayderecho.com. (Texto completo disponible en: <http://hayderecho.com/2016/04/19/de-nuevo-sobre-danos-morales-una-sentencia-con-luces-y-sombras-para-la-propiedad-intelectual/>) (Fecha última consulta: 7 febrero 2017).

25 ESPÍN GRANIZO, J., “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y

A la luz de lo analizado, se llega a la conclusión de que una indemnización del perjuicio sufrido, optando por el mecanismo del apartado b), que se ciña exclusivamente a la cuantía de la “regalía hipotética”, además de cumplir sólo parcialmente con la función compensatoria de la figura, podría contribuir a incentivar, en cierto modo, la vulneración legal de solicitud de autorización y pago de la cuota pertinente, puesto que la actuación ilícita sólo tendría como consecuencia, en el caso de ser conocido el hecho y denunciado por el perjudicado, la obligación de pagar estrictamente aquello que correspondía desde el principio. En este sentido, resalta Carrasco Perera, que se crea una clara ventaja a favor del infractor ya que a éste “de no ser descubierto, el negocio le sale gratis; de ser descubierto, en principio no le costaría más de lo que hubiera tenido que pagar comprándolo.”²⁶, algo en lo que coinciden Yzquierdo Tolsada y Arias Maíz²⁷, quienes destacan “sus escasas dotes preventivas contra la infracción”, ya que, como subraya Ferrer Bernal, no hay diferencia de precio entre el que tiene que pagar el infractor y el que paga el usuario que ha obtenido lícitamente la licencia para su explotación²⁸.

Sobre esta cuestión, entendemos que una posible solución, y más acorde a Derecho, sería sumar a la regalía hipotética el pago de los intereses que se hayan devengado durante el tiempo transcurrido entre la vulneración del derecho y el fallo del Tribunal. De ese modo se cumpliría con la función resarcitoria de la medida, aunando los intereses legales, tal y como ocurre con otras deudas, lo que contribuiría a agravar, en cierto modo, las consecuencias del incumplimiento de la obligación legal del consentimiento y pago de la regalía.

Sin embargo, tal y como se menciona en las Conclusiones del Abogado General, no se puede confundir la finalidad compensatoria de la indemnización prevista en la norma, con la inclusión de los daños

sombras para la propiedad intelectual”, op, cit.

26 CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 140 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

27 YZQUIERDO TOLSADA y Vicente ARIAS MAÍZ, V. (2014), “Responsabilidad por daños a la propiedad intelectual”, en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, 5. ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

28 FERRER BERNAL, M., “El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso Liffers”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, núm. 2/2017, abril 2017, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona; p. 11.

punitivos, que tanto debate genera en la doctrina. A pesar de que, como se ha tratado en epígrafes anteriores de este trabajo, existen voces que defienden la posibilidad de introducir los llamados “punitive damages”, en su denominación anglosajona, en el ámbito del resarcimiento del daño en el marco de la Propiedad Intelectual, tanto el Abogado General en sus conclusiones, como otro sector de la doctrina se alejan de esta postura. Así, Cubells y Álvarez defienden que “los daños deben ser meramente compensatorios, es decir, el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios a pagar por el infractor debe tener siempre como medida el perjuicio patrimonial y moral realmente sufrido por el autor y no pueden otorgarse importes superiores que vayan más allá de reparar el daño causado. De hecho, la cultura de los daños punitivos es ajena al sistema de Derecho Civil base de la mayoría de los sistemas jurídicos europeos.”, de modo que “la indemnización de los daños morales debe servir para reparar totalmente el daño infligido al autor –que debe incluir, si se produce, el daño moral- y no para “castigar” al infractor, ni tampoco para hacer más onerosa la acción del perjudicado.”²⁹. Esta posición es defendida también por Salvador Coderch, para quien “los Punitive damages no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias –a veces, muchas- veces superior al de la indemnización puramente compensatoria”³⁰. Sin embargo, cabe destacar en este punto, la doctrina recogida en la STS de 21 de enero de 1957, en el considerando 5º, donde se determina por el Tribunal que “El Tribunal a quo lejos de dar a la doctrina jurisprudencial una orientación, peligrosa siempre, y más peligrosa aún cuando se trata de reparar daños morales, de nada fácil apreciación cualitativa y cuantitativamente, ha hecho prudente uso de sus facultades y creyendo, con razón, que la condena en dinero tiene tanto de punitiva como de compensatoria, la ha pronunciado en términos que aparte de su evidente justicia y acusada prudencia, han estimado la realidad del daño mora”, idea reiterada en las STS de 7 febrero de 1962 y 23 de octubre de 1978.

29 CUBELLS, E. J. y ÁLVAREZ, C., “La acumulación de la indemnización por daños morales y la regalía hipotética”, *Abogacía Española*, 10 mayo 2016. (Texto completo disponible en: <http://www.abogacia.es/2016/05/10/la-acumulacion-de-la-indemnizacion-por-danos-morales-y-la-regalia-hipotetica/>) (Fecha última consulta: 3 febrero 2018).

30 SALVADOR CODERCH, P., “Punitive Damages”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, n. 01/2000, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000; p. 3.

En cualquier caso, se ha de destacar que la doctrina del TJUE supone la clarificación definitiva del sentido y alcance del artículo 140 TRLPI, poniendo fin a las posturas divergentes y contradictorias mostradas al respecto por los Tribunales españoles y al amplio debate suscitado entre la doctrina especializada.

Por lo demás, y no es una cuestión baladí, la solución hermenéutica resulta también de interés en el ámbito de la Propiedad Industrial, puesto que el artículo 74 de la Ley 24/2015, de 24 de julio de Patentes, entrada en vigor en abril de 2017, contempla la vía indemnizatoria de la “regalía hipotética” en términos muy similares a la recogida en el TRLPI, por lo que entendemos cabría la aplicación analógica de la misma solución hermenéutica dada a la Propiedad Intelectual. En cualquier caso, tras este pronunciamiento del TJUE sería necesario, en nuestra opinión, llevar a cabo una reformulación de la redacción del precepto español, de modo que se corrija la oscuridad y ambigüedad que actualmente muestra respecto a la reparación del daño moral en las vulneraciones de los derechos de autor.

Por último, es preciso recordar una vez más que, pese al avance innegable que supone la nueva jurisprudencia comunitaria en relación con la reparación integral de las lesiones de derechos de autor, la indemnización del daño moral sigue chocando frontalmente con serios problemas en la práctica relativos, sobre todo, a su cuantificación³¹, y a lo escaso del montante indemnizatorio que suelen obtener los titulares de derechos perjudicados. Se trata sin duda de dos cuestiones de gran relevancia que reclaman un mayor análisis y homogeneización en la praxis judicial en nuestro país.

A modo de apunte final, cabe destacar que, el legislador ha desaprovechado la recentísima reforma operada en el TRLPI a través del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, en la que podría haber llevado a cabo, de una vez por todas, la mencionada necesaria reformulación del precepto aquí analizado, y objeto de aclaración por el TJUE, pudiendo haber asentado la correcta interpretación de dicha norma; sin embargo, se ha optado por obviar, una vez más, la problemática de la indemnización del daño moral en la revisión del texto vigente.

31 Sobre esta cuestión, vid. MACÍAS CASTILLO, A. “El daño moral causado al autor de la obra intelectual”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 100, Sección Informe de Jurisprudencia, enero 2012 y MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, op. cit.

Referencias

- BELLÓN MOLINA, F. A. *La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral*, Actualidad Civil, Sección Doctrina, 1998, Ref. XVIII, pág. 391, tomo 2, Editorial LA LEY
- BENHAMOU, Y. Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France, under Directive 2004/48/EC and its transposition law — new notions? *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 40(2), 2009.
- BUYDENS, M. La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruylant, 2015.
- CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 140 LPI”. In: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- CLEMENTE MEORO, M. Comentario al art. 140 TRPI. In: RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2007
- CUBELLS, E. J.; ÁLVAREZ, C. La acumulación de la indemnización por daños morales y la regalía hipotética. *Abogacía Española*, 10 mayo 2016.
- ESPÍN GRANIZO, J. *De nuevo sobre daños morales*. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual, abril 2016.
- FERRER BERNAL, M. El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso Liffers. *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, Barcelona. n. 2, abr. 2017.
- GALLOUX, J. C. La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle. *Revue trimestrielle de droit communautaire*, 2004
- GARRIGA MOYANO, A. A propósito de la Sentencia TJUE de hoy sobre el caso Liffers (C-99/2015), 10 marzo 2016. Disponible en: <http://www.holtropblog.com/es/index.php/48-transaction-business/itaip/826-a-proposito-de-la-sentencia-tjue-de-hoy-sobre-el-caso-liffers-c-99-2015>.

MACÍAS CASTILLO, A. El daño moral causado al autor de la obra intelectual. *Práctica de Derecho de Daños*, n. 100, enero 2012.

MACÍAS CASTILLO, A. La reparación del daño moral de autor. In: *El derecho de autor y las nuevas tecnologías*, Madrid: LA LEY, julio 2008.

MONTAÑA, M. Daños y perjuicios en el ámbito de la Propiedad Intelectual: la “regalía hipotética” y el daño moral son compatibles. *Client Briefing*, marzo 2016.

SALVADOR CODERCH, P. Punitive Damages. *Revista InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, Barcelona, n. 01/2000, 2000

YZQUIERDO TOLSADA, Vicente; ARIAS MAÍZ, V. Responsabilidad por daños a la propiedad intelectual. In: REGLERO CAMPOS, L. F.; BUSTO LAGO, J. M. (Coords.). *Tratado de responsabilidad Civil*. Tomo II. 5. ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA, M.; ARIAS MÁIZ, V. *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*. Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, 2014.

OS LIMITES DA DEMOCRACIA: A TOLERÂNCIA RESTRITA E A CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO

THE DEMOCRACY LIMITS: RESTRICTED TOLERANCE AND THE TERRORISM CRIMINALIZATION

Rui Carlo Dissenha^I 
Giovanni Vidal Guaragni^{II} 

^I Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil. Doutor em Direito.
E-mail: ruidissenha@hotmail.com

^{II} Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, PR, Brasil.
Mestrando em Direito. E-mail: giovan.v.g@hotmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.2859>

Recebido em: 09.11.2018

Aceito em: 08.07.2019

Resumo: O intuito do presente artigo é, a partir de uma abordagem teórica, com documentação indireta de fontes secundárias, e uma metodologia hipotético-dedutiva, apontar limites inerentes ao projeto político democrático ocidental e averiguar as consequências às searas política e jurídico-penal. A democracia busca sustentação em quatro principais pilares: pluralidade, tolerância, liberdade e igualdade. Tais valores fundamentais costumam conflitar, restando à política democrática a harmonização entre liberdade e igualdade e a manutenção de relações conflitivas, o que garante a pluralidade e tolerância e, com isso, a própria democracia. As democracias ocidentais contemporâneas, entretanto, buscando proteção contra modelos de pensamento intolerantes, adotam o chamado “princípio da tolerância restrita”, que legitima a intolerância contra os intolerantes, transformando-se em modelos paradoxais, tendentes

Abstract: The objective of this article is, through a theoretical approach, with indirect documentation of secondary sources, and a hypothetical-deductive methodology, to point western democratic political project inherent limits and to investigate its consequences on the political and juridical-criminal areas. Democracy seeks support in four main pillars: plurality, tolerance, freedom and equality. Such fundamental values usually conflict, leaving as a mainstream for democratic policy the harmonization between freedom and equality and the maintenance of conflicting relations, which guarantees plurality and tolerance and, therefore, democracy itself. Contemporary western democracies, however, seeking protection against intolerant models of thought, adopt the so-called “principle of restricted tolerance”, which legitimizes the intolerance against the intolerant, transforming into paradoxical models, tending towards self-phage because of the consensus



à autofagia em razão da formação de consensos e da eliminação da pluralidade. O combate democrático à intolerância se manifesta de maneira sintomática na aplicação do poder punitivo e na criminalização do terrorismo, em um Direito Penal menos garantidor do que o destinado aos cidadãos comuns. Sociedades que se pretendam democráticas devem se afastar do duplo gume da tolerância restrita, adotando os eixos da liberdade democrática, da educação democrática e do controle democrático, erigindo um sistema punitivo mínimo, dedicado à criminalização de condutas lesivas a bens jurídicos e não a valores democráticos.

Palavras-chave: Estado. Democracia. Pluralidade. Tolerância restrita. Terrorismo.

formation and the plurality elimination. The democratic fight against intolerance manifest itself in a symptomatic way through the application of punitive power and the criminalization of terrorism, in a criminal law with less guarantees than that for ordinary citizens. Societies that wants to be democratic needs to move away of the double edge of restricted tolerance, adopting the axes of democratic freedom, democratic education and democratic control, erecting a minimum punitive system, dedicated to the criminalization of harmful conducts, not value conflicts.

Keywords: State. Democracy. Plurality. Restrict tolerance. Terrorism.

Sumário: Introdução. 1 A democracia e a fuga do consenso. 2 Democracias intolerantes. 3 O tratamento aos intoleráveis: o exemplo do terrorismo. Considerações finais. Referências.

Introdução

O pensamento ocidental, marcado pela ideologia moderna do progresso que, remontando à filosofia hegeliana, não passa de uma versão secularizada da promessa de redenção cristã, costuma dotar a história de um *telos* inevitável, um fim último para o qual todos os esforços humanos tenderiam, no qual os conflitos cessariam e se consolidaria um estado de paz e tranquilidade nas sociedades e entre os povos.

Desde o início da modernidade, entretanto, a experiência cansou de contradizer esta hipótese, levando à conclusão de que o conflito é inerente às relações humanas. Michel Foucault, invertendo a proposição clássica de Carl von Clausewitz – segundo a qual “a guerra não é mais que a continuação da política por outros meios”¹ –, afirma que “a

1 A partir da obra de Carl von Clausewitz, extrai-se uma noção de “guerra” como instrumento (caracterizado pela violência) à realização de fins políticos, conformado-se às contingências dos diversos contextos políticos existentes. Segundo o autor, “a guerra não é meramente um ato de política, mas um verdadeiro

política é a guerra continuada por outros meios” (FOUCAULT: 1999, p. 55). Por “outros meios”, entende-se a produção do direito, de discursos² e verdades, dos efeitos dessas verdades, do exercício da política através da linguagem e dos debates não mais racionais do que passionais, não mais verdadeiros do que justificáveis, não mais necessários e universais do que contingentes e pontuais. À política como conflito inevitável soa inviável atribuir o papel de concretização de grandes projetos voltados a um fim último, o que a torna não uma questão de redenção, mas “de pragmatismo, reformas e compromissos de curto prazo [...]”. O

instrumento político, uma continuação das relações políticas realizada com outros meios. O que continua sendo peculiar na guerra é simplesmente a natureza peculiar dos seus meios. A guerra de uma maneira geral, e o comandante em qualquer ocasião específica, tem o direito de exigir que o rumo e os desígnios da política não sejam incompatíveis com esses meios. Esta não é, evidentemente, uma pequena exigência, mas por mais que possa afetar os propósitos políticos num determinado caso, nunca fará mais do que modificá-los. O propósito político é a meta, a guerra é o meio de atingi-lo, e o meio nunca deve ser considerado isoladamente do seu propósito. [...] Em primeiro lugar, é evidente que a guerra nunca deve ser imaginada como sendo algo autônomo, mas sempre como sendo um instrumento da política. [...] Em segundo lugar, esta maneira de encará-lo nos mostra como as guerras podem variar quanto à natureza das suas causas e às situações que lhes dão origem.” (CLAUSEWITZ, p. 91-92). Em Michel Foucault, contudo, a relação entre guerra e política é invertida – o autor ressalta, inclusive, que a noção de que “a política é a guerra continuada por outros meios” já era difundida na Europa nos séculos XVII e XVIII e, portanto, seria anterior e teria sido invertida por Carl von Clausewitz (FOUCAULT, 1999, p. 55). A política aparece como um meio para a continuidade da guerra, não mais deflagrada e violenta, mas revestida por uma narrativa de estabilidade e paz, ainda que marcada por tensões constantes e inerentes às relações de poder firmadas no tecido social. Foucault alega que se deve “redescobrir o sangue que secou nos códigos e, por conseguinte, [...] não reportar a relatividade histórica ao absoluto da lei ou da verdade, mas, sob a estabilidade do direito, redescobrir o infinito da história, sob a fórmula da lei, os gritos de guerra, sob o equilíbrio da justiça, a dissimetria de forças” (FOUCAULT, 1999, p. 66). A política, assim, serviria aos propósitos militares, como um modo de manter a organização e configuração das relações de poder pretendidas. Assumir um fim político implicaria tomar partido em um conflito permanente, razão pela qual não se pode assumir a guerra como um instrumento da política sem compreender esta como um campo de batalha e, portanto, sem entender a guerra como uma constante, da qual as epopeias militares constituem somente uma manifestação. O irromper da guerra não seria a utilização de um meio violento para atingir fins políticos, mas o reconhecimento de que a política já não é suficiente para solucionar um determinado conflito, apelando-se à alternativa belicosa. A guerra, enfim, como um instrumento de si mesma.

- 2 Um discurso consiste em uma impossibilidade histórica dos indivíduos significarem o mundo de forma distinta da qual o fazem, por acreditarem, cada um ao seu tempo, deter a verdade e a correta apreensão do que seria o “mundo real”. Discursos, de um lado, possibilitam nossa capacidade epistemológica de significar o mundo e, de outro, limitam-na espaço-temporalmente.

pensamento político se centra na tarefa de formular algumas hipóteses sobre como e sob quais condições as reformas devem ser efetuadas” (RORTY, 2005, p. 17, tradução livre). Nesse sentido, pensar a política nada mais é do que contrapor hipóteses e decidir, no interior de um campo de batalha, persuasão e contraposição de crenças e perspectivas irreconciliáveis, as atitudes e pequenas reformas a serem realizadas. Ao final de cada entrave, não se chega a acordos e consensos quanto a uma verdade ou solução final, mas a vitórias e derrotas que confirmam verdades singulares sobre as quais, temporariamente, erigir-se-ão promessas de reformas e compromissos, até que uma nova batalha seja travada e haja um novo vencedor.

De todo o exposto, extrai-se que a democracia ocidental liberal remete a um conjunto contingente de práticas e maneiras de pensar, consubstanciadas a partir de um discurso historicamente circunscrito, originado por medos e traumas, por relações de poder e guerra, por promessas, crenças e persuasão. Afirma-se que “a dimensão histórica do conhecimento é sempre negativa com relação à verdade” (CHOMSKY; FOUCAULT, 2014, p. 20). Ao passo em que a primeira se vincula a concepções particulares e contextuais, a segunda pretende-se universal e total, sendo inatingível através da particularidade. Nessa linha, os limites da tolerância e da democracia não repousam “em quaisquer premissas racionais universalmente significantes e pertinentes: são, pelo contrário, o resultado da história em que se geraram os pressupostos com que interpretamos os enunciados e os gestos dos outros” (AURÉLIO, 2010, p. 124). Os princípios democráticos e liberais, como afirma a filósofa belga Chantal Mouffe, acabam por definir “somente um jogo de linguagem possível entre outros vários” (MOUFFE; 2005, p. 4, tradução livre).

Tomando por base as colocações acima, buscar-se-á, a partir de uma abordagem teórica, com documentação indireta de fontes secundárias, e uma metodologia hipotético-dedutiva, apresentar uma concepção de política democrática avessa à ideia de consenso, cujo intuito não seria eliminar o conflito insito às relações interpessoais, mas mantê-lo e até mesmo cultivá-lo sob certos padrões de controle e aceitação. “Dado o caráter inerradicável do pluralismo de valores, não há solução racional para o conflito” (MOUFFE, 2000, p. 102, tradução livre), de modo que, quanto maior a liberdade e igualdade para que sejam apresentadas ideias combativas, maior a chance de preservação da pluralidade e tolerância.

No segundo item, analisar-se-á o que ocorre quando crenças intolerantes buscam tolher direitos e limitar a pluralidade democrática. A democracia, na tentativa de manter uma realidade plural, pode permitir com que todos, sem exceção, sejam livres para expressar e sustentar suas ideias? Ou, pelo contrário, haveria, em uma política que se pretende plural e tolerante como a democracia, a necessidade de não tolerar crenças que visem limitar a pluralidade e as liberdades das pessoas? Seria a democracia, neste último sentido, também um projeto político intolerante?

Por fim, no terceiro item, serão abordadas as reações punitivas do direito penal às práticas terroristas como uma das consequências, mais marcantes na atualidade, da utilização do “princípio da tolerância restrita” pelas democracias ocidentais.

1 A democracia e a fuga do consenso

A democracia tem por base a ideia de que não podemos conceber uma política livre e plural sem reconhecer que, em seu interior, haverá conflitos de crenças e valores que deverão ser tolerados. “Direitos irão conflitar e nenhuma vida democrática vibrante pode existir sem uma real confrontação democrática envolvendo direitos conflitantes e um desafio para as relações de poder existentes” (MOUFFE, 2005, p. 8, tradução livre). Vêm à tona as ideias de pluralidade e tolerância, bem como liberdade e igualdade, conceitos que circunscrevem a teoria política democrática, constituindo seus alicerces e suas limitações. Uma vez enunciadas a validade e fundamentalidade principiológica destes valores, ficam estabelecidas as condições e o modo de agir em conformidade à crença e às expectativas que se criam a partir de atos de enunciação performativos³⁴. Enunciações performativas, tais como:

-
- 3 John Langshaw Austin “[...] distingue enunciados constatativos de enunciados performativos: os primeiros descrevem estados de coisas e são passíveis do critério de verificabilidade, isto é, ou são verdadeiros ou são falsos; os segundos, por sua vez, não constatarem nem descrevem. Em verdade, os performativos executam, realizam. Assim, eles não estão submetidos ao critério de verificabilidade, quer dizer, a eles não cabem os termos verdadeiro/falso. Não obstante ele ser inverificável, o enunciado performativo pode ser ou feliz (*happy*) ou infeliz (*unhappy*). Ele é feliz, quando surte efeito e infeliz, quando é sem efeito”. In: FERRAZ, 2010, p. 203-204.
- 4 “[...] enunciados performativos, que não afirmam nem negam nada, mas que realizam um acto quando são pronunciados, e a respeito dos quais não é possível aplicar o critério da boa ou má adequação aos factos para concluir da sua veracidade ou falsidade. Estes enunciados não descrevem nenhum estado de coisas, mas realizam

“somos livres”, “somos iguais” e “somos tolerantes”, são sentenças que “exaurem a sua própria legitimidade em seu ato de enunciação” (DOUZINAS, 2009, p. 109), não possuindo substrato ontológico capaz de possibilitar a verificação de sua veracidade ou falsidade. O critério de verificação é o sucesso ou insucesso da enunciação e esta será bem sucedida quando da prática de atos contemporâneos e subseqüentes a ela, que se conformem aos seus conteúdos, tomando-os como pressupostos do agir sincero, em cumprimento às expectativas geradas, tais como a de que a pluralidade existe (enunciado constativo) e deve ser conservada a partir da tolerância, e de que é possível fazê-lo, uma vez que as pessoas são livres e iguais umas às outras, devendo assim se comportar e tratar respectivamente.

A fundação do plural remete à Bíblia, no livro do Gênesis 11:1-11, em que consta o Mito da Torre de Babel. Esse mito descreve, sob a ótica divina do antigo testamento, a perda de consenso entre os homens e o início da pluralidade. “O mito de Babel apresenta a expulsão da humanidade de um paraíso unitário, cujo conteúdo político poderia se caracterizar por um nome claro: *consensus*, a perfeita concordância de mentalidades e missões” (SLOTTERDIJK, 1999, p. 12). A concordância plena que teria sido desfeita alude à ideia de universalização de perspectivas e consciências, o que somente é aventável através de promessas redentoras religiosas ou laicas, típicas do medievo e da modernidade, respectivamente. A contemporaneidade, contudo, é uma era marcada pelo “atomismo político”, fruto da derrocada dos grandes projetos políticos do século XX, que acreditavam em uma verdade política universal e redentora. Como já se cansou de afirmar e, na prática, confirmar, “toda vez que a política promete ser redentora, promete demais [...] a redenção sempre foi uma má ideia” (RORTY, 2010, p. 22). Na perspectiva política hodierna, percebe-se que o consenso não diz respeito àquilo com que todos concordam, mas às concepções daqueles mais poderosos que fazem valer suas crenças como se fossem lógicas, verdadeiras e racionais, em detrimento dos credos perdedores, irracionais e falsos. Todo e qualquer consenso “existe como um resultado temporário de uma hegemonia provisória, como uma estabilização do poder, sempre acarretando alguma forma de exclusão” (MOUFFE, 2000, p. 104, tradução livre). A “estabilidade contínua significaria o fim da política e da ética” (MOUFFE, 2005, p. 10, tradução livre). Nesse

qualquer coisa ao serem pronunciados e pelo facto de o serem”. In: FLORES, 1994, p. 03.

sentido, o que se critica é a dimensão do universal: “a política consiste sempre e invariavelmente na supremacia de uma ‘classe política’ sobre o resto da sociedade, e também a democracia é o governo de alguma elite, por exemplo, da classe dirigente dos partidos políticos e das burocracias estatais” (GALLI, 2013, p. 50, tradução livre). A política democrática, cara à ideia de pluralidade e em detrimento de autoritarismos descabidos, não necessita de um consenso final como motivo de seu empreendimento, não podendo “ter por objetivo a harmonia e a reconciliação” (MOUFFE, 2005, p. 8, tradução livre).

Não se trata de um projeto rumo à redenção proporcionada pelo consenso universal e final, no qual a unidade prevaleceria estável e harmônica e os conflitos cessariam. Uma política democrática pluralista deve abrir espaço para a expressão do dissenso, através de interesses e valores conflitantes. O dissenso não pode, em hipótese alguma, ser enxergado como um obstáculo temporário, a ser ultrapassado para que se chegue ao consenso, visto que “acreditar que uma solução final do conflito é eventualmente possível, é colocar o projeto democrático pluralista em risco” (MOUFFE, 2005, p. 8, tradução livre). Para que exista uma democracia é preciso que haja “uma sociedade democrática, ou seja, uma pluralidade de interesses e de poderes sociais difusos, distintos do poder político e que a ele não podem se submeter” (GALLI, 2013, p. 38, tradução livre). Resta imprescindível às democracias pulsantes que se fomente a discussão e o desacordo, uma vez que, conforme já preconizava John Stuart Mill⁵, as crenças que

[...] pensamos serem as mais sólidas não possuem outra salvaguarda na qual se apoiar, exceto o permanente convite para que o mundo todo venha e as provem infundadas. Se o desafio não é aceito ou, se aceito, as tentativas fracassaram, então estaremos ainda muito longe da certeza absoluta, mas teremos

5 O filósofo britânico, em sua obra *Sobre a liberdade* (*On Liberty*, 1859), apresenta quatro principais argumentos em favor da liberdade de opinião e expressão. Primeiramente, adota-se um critério de falibilidade humana, no sentido de que uma opinião censurada pode estar correta. Em segundo plano, aventa-se que, mesmo não sendo totalmente correta, a ideia censurada pode ser em parte correta, o que contribuiria para o aperfeiçoamento do juízo majoritário. Em terceiro lugar, na hipótese de a opinião censurada ser totalmente errônea, perde-se, através da censura, a possibilidade de reforçar a opinião veraz, cujo vigor é renovado após um debate bem sucedido. Por fim, afirma-se que uma concepção majoritária que não se encontre em constante questionamento, sejam estes corretos ou não, está sob o risco de enfraquecer e perder vigor, diante da ausência de reafirmações constantes. In: MILL: 2010, p. 109.

feito o melhor que o atual estado da razão humana permite (MILL, 2010, p. 65).

Não somente a pluralidade resta ameaçada por concepções políticas consensualistas, mas também a tolerância, uma vez que para tolerar é preciso se colocar frente a frente, ou lado a lado, com o diferente, pois tolerar aquilo que é semelhante prescindiria de bases lógicas. Para haver tolerância, deve haver diferença e conflito. Chegar a um consenso universal significaria o fim da tolerância, pois não seria preciso tolerar. “Como condições de possibilidade para a existência de uma democracia pluralista, os conflitos e antagonismos constituem, ao mesmo tempo, a condição da impossibilidade de sua realização final” (MOUFFE, 2005, p. 11, tradução livre) em um consenso estável e harmônico. Suportar as diferenças e a pluralidade num ambiente de tolerância implica, antes de tudo, não eliminar as distinções entre sujeitos, o que pode configurar um problema quando da concretização do princípio da igualdade.

Capaz de conflitar com a ideia de pluralidade, na medida em que se busque tornar todos iguais, ao invés de tratar todos de igual modo, o princípio da igualdade se desdobra em duas distintas concepções. A primeira se chama “isonomia”, ao passo em que a segunda se denomina “equidade”. Poderíamos definir “isonomia”, grosso modo, como a igualdade formal, típica dos Estados Liberais de Direito, que deveriam operar de maneira frugal e abster-se de limitar os direitos dos cidadãos. A isonomia prevê o tratamento igualitário a todos, independentemente de suas distinções concretas. Trata-se da submissão de todos os indivíduos às mesmas leis. A partir desta aceção, entretanto, ignora-se, a exemplo das declarações de igualdade formal da modernidade clássica - como a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, datada do final do século XVIII -, a “diferença de cada indivíduo e, por maioria de razão, de cada grupo” (AURÉLI, 2010, p. 58). No final do século XIX e início do século XX, contudo, notou-se que os direitos individuais “eram vergados, sacrificados ou espoliados não apenas pelos detentores do Poder político, mas também pelos que o manejavam: os detentores do Poder econômico. Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) e Estado-Providência” (MELLO, 2009, p. 50). A igualdade promovida pelo Estado moderno somente passa a adquirir ares de equidade nesse novo período. A partir de então, o desafio passou a ser adequar os enunciados normativos isonômicos aos casos concretos, corrigindo

as discrepâncias geradas entre desiguais que, igualados abstratamente pelas mesmas leis, não possuíam suas distinções materiais levadas em consideração. Busca-se, através da igualdade material, corrigir os vícios da igualdade formal isonômica, concedendo tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. A isto se chama “equidade”. A equidade exige que o Estado deixe seu caráter frugal e aja positivamente na realidade concreta com fins de promover as condições materiais necessárias para que os cidadãos fruam de seus direitos, impedindo com que a liberdade de um sujeito limite demasiadamente a liberdade de outro.

Assim, a igualdade, sob certo aspecto⁶, mostra-se como um limitador da liberdade e das diferenças, para que essas não acentuem demasiadamente uma à outra. A liberdade se divide em liberdades negativa e positiva. O conceito de liberdade negativa é aquele segundo o qual um sujeito é livre “na medida em que há certo espaço externo no interior do qual suas ações podem ser praticadas sem qualquer intervenção de outros sujeitos” (HONNETH, 2016, p. 161, tradução livre). Nesse sentido, “quanto maior a não interferência, maior minha liberdade” (BERLIN, 1997, p. 195, tradução livre). À democracia, o conceito de liberdade negativa se aplica fundamentalmente no que tange à liberdade de expressão, prevista na Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (artigo 5º, inciso IV). Da parte final do texto, que veda o anonimato, retira-se a ideia de liberdade positiva, remetendo àquilo que Isaiah Berlin denomina “o desejo, por parte do indivíduo, de ser seu próprio mestre” (BERLIN: 1997, p. 195, tradução livre), ou seja, de depender somente de si, não de forças externas, em um sentido que se aproxima à definição de autonomia kantiana e, conseqüentemente, de

6 Há de se mencionar, a título de ressalva, o entendimento, deveras plausível, de que enxergar a “igualdade” *in abstracto* em conflito com a “liberdade” é um modo obtuso de relacionar ambos os conceitos. O fundamento da crítica passa pela noção de que a igualdade constituiria um suplemento à liberdade, tendo em vista que mesmo liberais ou libertários propõem uma distribuição igualitária de direitos às pessoas e demandam uma “igualdade de liberdades”. Assim, pode-se afirmar que a discussão gira em torno da questão “igualdade de que?”, não sendo possível afirmar que a igualdade, de maneira genérica, opõe-se à liberdade, uma vez que “a liberdade está entre os possíveis *campos de aplicação* da igualdade e a igualdade está entre os possíveis *padrões* de distribuição de liberdade” (SEM, 1992, p. 16). A contraposição entre os conceitos, portanto, somente se dá na medida em que aquilo que estiver sendo distribuído de maneira igualitária não sejam liberdades.

responsabilidade e imputação⁷ sobre atos livremente praticados, o que implica, legalmente, na vedação do anonimato.

Frise-se, não obstante, que a liberdade individual se encontra sempre limitada, seja pelo choque com outros valores (como a igualdade), seja por condições concretas que condicionam seu exercício, seja em razão de sua própria origem que a circunscreve. “A lei da liberdade é, ao mesmo tempo, a lei da coerção” (DOUZINAS, 2009, p. 106), pois estabelece a própria condição de existência do ser humano livre, qual seja, o enunciado vinculante que o diga. Linguisticamente fundadas e circunscritas, as liberdades limitam umas às outras até o ponto em que a relação de poder se torna tão desigual que uma das partes se submete inteiramente aos interesses da outra. Relações autoritárias desta natureza são o que uma política democrática deveria evitar. Equilibrar pluralidade, tolerância e liberdade, de um lado, com a igualdade, de outro, faz parte do projeto democrático que, no cenário atual, aponta para algumas incoerências.

2 Democracias intolerantes

O ser humano é dotado de um aparato linguístico e “a linguagem performa seu poder de fazer o mundo” (DOUZINAS, 2009, p. 107). Através das mesmas enunciações performáticas com as quais se criam seres humanos livres e iguais, em comunidades plurais e tolerantes, pode-se fundar o determinado no interior da liberdade, o desigual no coração da igualdade, o intolerável nas entranhas da tolerância e o uniforme no âmago do plural. Conforme apontado, a liberdade individual se encontra sempre limitada. Isto se dá não somente pelos limites inerentes à enunciação do ser humano livre, mas também em razão de que “o ser humano individual aparece-nos sempre determinado por algum *éthos*” – modo de ser e agir do indivíduo – “escravo de preconceitos ou ideologias, originário de uma tradição e pertencendo a um grupo étnico, religioso, cultural ou econômico” (AURÉLIO, 2010, p. 55). Aquele que, entretanto, renega seus condicionantes histórico-sociais e afirma linguisticamente a universalidade de suas concepções, age etnocentricamente e de modo intolerante, universalizando suas

7 “[...] é o juízo pelo qual se declara alguém como autor (*causa libera*) de uma ação, a qual toma o nome de *fato* (*factum*) e que está submetida às leis”. In: KANT, 1993; p. 42.

metas, ignorando suas limitações e cimentando sua “verdade universal” sobre a sepultura de *ethos* “desviantes”.

A possibilidade de uma democracia intolerante, aos moldes etnocêntricos, encontra respaldo na chamada “tolerância restrita”, ideia que remete a pensadores como Voltaire, John Locke⁸ e Karl Popper, e demonstra o caráter paradoxal da tolerância e das democracias liberais autofágicas. Segundo esta concepção, “a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância” (POPPER, 1987, I, p. 289). Através da tolerância sem limites, abre-se margem para que pensamentos intolerantes ganhem espaço e suprimam a tolerância. Atingir-se-ia, assim, um “consenso”, eliminando as diferenças e, a partir disso, a própria tolerância, pluralidade e liberdade apreoadas pelo projeto democrático liberal – afinal, um consenso não surge senão de uma mostra de intolerância que faz com que todos se tornem iguais, em um “acordo” permanente.

A lógica se resume da seguinte forma: para que haja tolerância é preciso que haja diferença e, assim, que não haja consenso. Um governo que se pretenda tolerante, portanto, deve evitar os modelos de pensamento intolerantes, visto que estes ameaçariam um projeto político plural, buscando sempre conformar todas as perspectivas a um resultado homogêneo, uníssono e final. Tal solução para lidar com os “intolerantes” já era apresentada por François Marie Arouet, popularmente conhecido como Voltaire, no auge do iluminismo europeu. O filósofo francês afirmava que

[...] para que um governo não tenha o direito de punir os erros dos homens, é necessário que esses erros não sejam crimes; os erros somente são crimes quando perturbam a sociedade; eles perturbam a sociedade desde que inspirem fanatismos; é preciso, portanto, que os homens comecem por deixar de ser fanáticos a fim de merecer a tolerância (VOLTAIRE, 2008, p. 97).

8 “Ora, como é muito difícil para os homens se deixar pacientemente espoliar de seus bens, conseguidos por um empenho honesto, e como é contrário às leis da equidade, tanto a humana quanto a divina, ser entregue como uma presa à violência e rapina dos outros, especialmente quanto não se carrega culpa nenhuma, e como nas ocasiões em que são assim tratados absolutamente não fazem parte da jurisdição do magistrado, mas pertencem inteiramente à consciência de cada homem, [...] o que mais se pode esperar desses homens, cansados dos males sob os quais trabalham, senão que afinal acabem pensando que lhes é legal resistir à força com a força, e assim defender o melhor que puderem e com armas seus direitos naturais [...]?”. In: LOCKE, 2007, p. 93.

Compactua de ideia semelhante o filósofo Karl Popper, segundo o qual, na tentativa de não colocar em risco o projeto político liberal, deve-se defender a liberdade e a pluralidade através da prática da intolerância para com aqueles que são intolerantes.

Trata-se do chamado “paradoxo da tolerância”:

[...] a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância – Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devamos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia. Mas deveríamos proclamar o *direito* de suprimí-las, se necessário mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós no terreno dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação; assim, podem proibir seus adeptos, por exemplo, que dêem ouvidos aos argumentos racionais por serem enganosos, ensinando-os a responder aos argumentos por meio de punhs e pistolas. Deveremos então reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Deveremos exigir que todo movimento que pregue a intolerância fique à margem da lei e que se considere criminosa qualquer incitação à intolerância e à perseguição, do mesmo modo que no caso da incitação ao homicídio, ao sequestro de crianças ou à revivescência do tráfico de escravos (POPPER, 1987, I, p. 289-290).

Enfim, segundo Popper, adepto do “princípio de tolerância restrita”, “devemos tolerar apenas as ideias (e pessoas) que não atentem contra a ‘sociedade aberta’, isto é, que não se desviem de forma substancial dos princípios socio-políticos liberais” (DASCAL, 1989, p. 10). A tolerância restrita é muito bem ilustrada pela afirmação do ex-primeiro-ministro britânico, Tony Blair, “em um clássico caso de autodesconstrução: ‘Nossa tolerância é parte do que faz a Grã-Bretanha ser a Grã-Bretanha. Assim, que se habituem a isso ou não venham para cá’” (EAGLETON, 2011, p. 118). Dessa forma, a tolerância só existe junto da intolerância. Uma vez que se crê na tolerância como valor merecedor de cultivo, deve-se protegê-lo, e a maneira encontrada para tanto é ser intolerante com aqueles que nela não acreditam. O projeto democrático liberal se permite à intolerância, objetivando um consenso

em que todos sejam “tolerantes” e “racionais”, ou seja, em que todos concordem e compartilhem das mesmas crenças liberais.

Recai-se, dessa forma, numa prática autodestrutiva e incoerente. Ao passo em que, por um lado, busca-se restringir o âmbito de participação política de determinados sujeitos e grupos por conta de seus posicionamentos radicais e intolerantes que colocariam em risco a liberdade e a pluralidade, por outro lado, elimina-se a pluralidade sob o pretexto de afirmá-la e protegê-la daqueles que estariam colocando-a em risco. Tem-se, assim, no seio (e talvez como pedra angular) de uma democracia que se pretende tolerante, a intolerância. Ocorre uma dicotomia aos moldes tribais, demandando o “auto sacrifício para o grupo ao qual o indivíduo pertence e inimizade mortal contra qualquer estrangeiro” (BOAS, 2009, p. 83) e contribuindo para a aproximação da sociedade democrática às sociedades fechadas⁹. Perpetua-se em nome da racionalidade a divisão “entre nós e os outros, entre os amigos e os inimigos, exatamente a divisão característica do tribalismo que a racionalidade era suposto suprimir” (AURÉLIO, 2010, p. 124). A relação é deveras curiosa: de um lado, a tolerância se apresenta como um dogma fundante das democracias liberais e, de outro, como afirma o filósofo britânico Terry Eagleton, “o liberalismo não pode se dar ao luxo de ser liberal em excesso quando se trata de seus princípios fundadores, um dos motivos por que o Ocidente fica dividido entre tratar seus inimigos não liberais com justiça ou esmagar seus testículos” (EAGLETON, 2011, p. 118).

O “princípio da tolerância restrita” vem à tona como um dos elementos que torna possível a manutenção do controle disciplinar e biopolítico na democracia ocidental. Ao deixar de constituir mero limite às ações políticas, torna-se um instrumento – talvez o principal - à disposição da democracia, em seus empreendimentos de guerra. Permite com que a democracia seja, também, um projeto político intolerante, contendo a pluralidade e estabelecendo um padrão que regule aquilo que se encontra dentro dos limites do tolerável, conforme interesses, crenças e padrões de verdade próprios da ordem democrática e dos princípios liberais. A leitura da tolerância enquanto paradoxo que somente é sanado através da intolerância, abre espaço à prática desta “intolerância

9 “[...] chamaremos também a sociedade mágica, tribal ou coletivista, *sociedade fechada*; e a sociedade em que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais chamaremos *sociedade democrática*”. In: POPPER, 1987, I, p. 188 (itálico original).

legítima”. O paradoxo da tolerância é aquilo que autoriza um sistema político democrático a, soberanamente, calar as vozes daqueles que não deseja que sejam ouvidos; disciplinarmente, vigiar e controlar a todos para que se identifiquem os intolerantes e se combatam os inimigos internos; e biopoliticamente, cingir um contingente populacional, associando um *ethos* à irracionalidade, primitivismo e intolerância, em contraposição à “racionalidade”, o “progresso” e a “tolerância” das civilizações ocidentais; opondo às barbáries das “culturas primitivas”, o progresso da civilização. O paradoxo da tolerância permite, enfim, manter a distinção entre aqueles que devem viver e aqueles que se deve fazer e deixar morrer¹⁰.

Através do aval concedido pela tolerância restrita – de somente tolerar os tolerantes, ou seja, aqueles que compactuem do culto à liberdade, individualidade e pluralidade –, as grandes potências ocidentais se encontram legitimadas e impelidas a movimentar grandes aparatos de vigilância e combate, no intuito de identificar, dentro de sua população, cuja vida deve ser otimizada e maximizada, e nos diversos fluxos migratórios, aqueles contra os quais se deve proteger a população, indivíduos perigosos a serem combatidos e tratados com tolerância zero, uma vez que se mostram, aos olhos da democracia vigente, intolerantes e inaceitáveis. Serviços de espionagem e megaestruturas de governo são montados, dispendendo grandes quantias de dinheiro e tecnologia numa guerra em que o suspeito de ser o inimigo é praticamente qualquer indivíduo que se mova.

3 O tratamento aos intoleráveis: o exemplo do terrorismo

Uma parte importante desse exercício democrático de controle se dá por meio da aplicação do poder punitivo. De fato, aparte uma pletora de instrumentos sociais dedicados ao controle do cidadão pelo processo de educação para a Democracia e pluralidade, muito comuns na contemporaneidade e que fundamentam os modelos de formatação social aceitos constitucionalmente, instrumentos repressivos também desempenham um papel importante nesse encargo de esterilização ideológica de posições antiplurais. Nesse contexto, a criminalização

10 [...] o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no “como” da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências [...]. In: FOUCAULT, 1999; p. 295.

de certos ideários e a repressão penal de posições e manifestações específicas completa a demanda democrática de seleção do que é tolerável. Embora seja possível discutir essa questão sobre vários pontos de partida, e tratando de várias temáticas (a criminalização do racismo, a criminalização da comercialização de símbolos nazistas, etc.) o presente trabalho entende pertinente discutir uma questão em especial, porque muito sintomática da tolerância restrita, qual seja, aquela da criminalização do terrorismo.

Embora a própria criminalização do terrorismo seja por si só criticável tanto pela dificuldade de definição do conceito (ZOLO, 2006, p. 127) quanto pela desnecessidade de especialização da figura criminosa que não apresenta características particulares suficientes para diferenciar-se de outras espécies (ZAFFARONI, 2007, p. 186-187), ela se tornou uma necessidade a todos os países especialmente depois que os eventos internacionais do início do século XXI deram início à “guerra contra o terror” e foi fomentada por organismos internacionais de alcance universal (ANNAN, 2005). No Brasil, o próprio texto constitucional elege à condição de princípio a necessidade de repúdio ao terrorismo (art.4º, VIII) e, além das normativas internacionais aceitas nacionalmente sobre a temática¹¹, houve, mais recentemente, a publicação da Lei n. 13.260/16, constituída para a lida com o fenômeno do terrorismo e caracterizada por duras medidas processuais e fortíssimas respostas penais a serem manejadas contra condenados por crimes dessa espécie.

Essa proposta nacional é resultado de uma clara demanda internacional que tomou porte maior nos últimos trinta anos. No vácuo do fim da Guerra Fria, o Ocidente precisou ampliar seus mercados produtores e consumidores (ZOLO, 2006), bem como a proteção militar necessária ao livre comércio, e para tanto invadiu – inclusive fisicamente – vários países do Oriente Médio. Como corolário do livre comércio, os modelos democráticos precisam também ser levados a

11 Dentre outras medidas: Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (Nova Iorque, 14 de setembro de 2005 - Decreto Legislativo n. 267/2009); Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1999 - Decreto n. 5640/2005); Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Barbados, 3 de junho de 2002 - Decreto Legislativo n. 890/2005); Convenção de Prevenção de Terrorismo (Washington, 02 de fevereiro de 1971 - Decreto do Executivo n. 3018/99).

essas regiões e, nesse contexto, a pretensão democratizante é exportada a regiões onde antes não existiam (ZAFFARONI, 2007, p. 136).

A rejeição autóctone a essa proposta toma várias formas, algumas delas inclusive apoiadas em fundamentos religiosos que não são facilmente separáveis das formas de luta. No plano militar, especialmente, essa rejeição materializou-se em uma nova forma de guerra de *slow approach* (HERRMANN, 2003, p. 42), já que outras formas de luta seriam impossíveis de se manifestar diante do portento militar dos novos colonizadores. Embora ocidentalmente criticável, essa nova forma de guerra levada a cabo pelos grupos que resistem ao processo de assimilação democrática não respeita as normas tradicionalmente estabelecidas para os combates (identificação dos combatentes, restrição a certas espécies de armamentos, proteção dos civis, etc.) e, especialmente pela facilitação de movimento produzido pelo processo de globalização, acaba exportada para dentro dos países ocidentais inclusive por meio de atentados violentos contra a população civil. É daí o recrudescimento do fenômeno terrorista dos últimos tempos.

Perceba-se, portanto, que a proposta terrorista, diferentemente do que se defende, não é desconectada de fundamentos políticos. Pelo contrário, é reconhecível como uma forma ilegítima de luta que pretende uma assimilação antidemocrática que não tolera a pluralidade. É, portanto, exatamente o modelo de posição que precisa ser rejeitada pela proposta democrática para garantir sua racionalidade e sobrevivência: o foco fundamental da tolerância restrita. Nesse contexto, a democracia mostra as suas armas e usa dos instrumentos que têm – constituições democráticas, poder punitivo, normativas de controle e assimilação – para se defender. É natural que o sistema penal, como *tour de force* da democracia, desempenhe um papel importante nesse contexto.

Entretanto, há limites dentro do próprio modelo democrático para o poder punitivo e para o sistema penal. Uma pletera de normas de controle impede que o poder punitivo se torne exageradamente violento, tais como os direitos processuais do acusado, as garantias da legalidade e da culpabilidade, a limitação das penas, etc. Tais limites são fundamentais, como se sabe, para o próprio exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito, mas funcionam teoricamente bem apenas para o cidadão previsível e que é “redemocratizável” pelo processo de reeducação e ressocialização, porque originalmente circunscrito aos mesmos valores democraticamente eleitos como

adequados. Esse processo não é capaz de produzir os mesmos efeitos em um sujeito que não se apegue aos princípios democráticos – como os personagens da obra de Marquês de Sade, cujas liberdades irrestritas se opunham a qualquer *tutelage* moral e, assim, tornavam-se os pesadelos dos contratualistas beccarianos (MELOSSI, 2008, p. 35-36).

Como lidar, portanto, com quem não aceita a pluralidade necessária à democracia, como é o caso do fundamentalista religioso ou político que se lança ao extremo do ato terrorista? Quando, enfim, esses limites não são suficientes é necessário rompê-los com a criação de novos limites. É aí que surge a penalização de exceção como uma demanda natural da tolerância restrita. O sistema punitivo comum serve bem à proteção da sociedade contra os riscos originários do próprio sistema democrático, mas não traz boas soluções para as ameaças externas. Como a proposta tolerante e inclusiva da democracia não pode impedir que agentes externos entrem no sistema, é fundamental encontrar respostas para anulá-los, já que não assimiláveis porque intolerantes.

É nesse contexto que “a nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo”. Em defesa “não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados, mas sim do nebuloso terrorismo” está justificada a inclusão nos sistemas penais de medidas extremamente violentas e indignificantes que vão desde a justificação da guerra até restrições de liberdade sem acusações formais, denúncias pouco claras, tortura ou destruição física (ZAFFARONI, 2007, p. 66, grifo original). Essa proposta encontra, inclusive, doutrina que lhe justifica. Originário da filosofia penal funcionalista-sistêmica de Günther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo defende como necessária a distinção penal entre cidadãos (previsíveis) e inimigos (imprevisíveis), sendo que estes precisam ser anulados com antecedência porque claramente perigosos. Ao passo em que o “*Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo [...] combate perigos*” (JAKOBS, 2005, p. 30). Enquanto aos primeiros se reserva um Direito Penal da culpabilidade, garantista e democrático, resta um Direito Penal de periculosidade e exceção àqueles que não se encaixam no modelo de cidadão tolerante exigido pela democracia e, assim, não se enquadram como “pessoas”, entendidas como alvos de expectativas normativas¹².

12 “[...] o direito imputa às pessoas a tarefa de querer observar as normas como seu

Essa seria, como se vê, uma consequência inevitável da tolerância restrita exigida pelo modelo democrático consensualista (apresentado no item anterior). Entre a necessidade de liberdade para a expressão da individualidade e a demanda por segurança do sistema com vistas à garantia de tolerância, haveria uma “tensão estrutural, mas não dialética enquanto incapaz de produzir uma síntese” (PAVARINI, 2007, p. 8) que produziria como resultado inevitável a demanda de um Direito Penal de exceção, desenhado para os inimigos. A criminalização do terrorismo, portanto, atende a essa pretensão de forma evidente. Afinal, embora não haja grandes diferenças entre um crime terrorista e um crime comum – nada além de especiais fins de agir – o reconhecimento de uma especial criminalização e de limites punitivos *au delà* dos limites do Direito Penal comum atende à necessidade de sufocação de propostas políticas com as quais o modelo democrático não concorda, porque intolerantes. A clausura do sistema justifica a sua existência: como “proposta tática de contenção”, a justificação (expressa ou velada) desse ramo do Direito Penal é fundamental para que se impeça que o Direito Penal democrático, reservado aos cidadãos, seja contaminado pelas medidas de exceção. Em outras palavras: trata-se de uma opção voluntária de proteção do sistema democrático que pode levar até, inclusive, a anulação física do inimigo.

Considerações finais

O presente texto pretendeu problematizar – sem a proposição de esgotamento do tema – a delicada questão dos limites da democracia no que tange aos ideários antiplurais. Essa questão é complexa, como se viu, porque ao passo em que a democracia sobrevive da pluralidade e do embate interno de ideias, não pode suportar tendências destinadas à supressão desse debate plural. Assim, ainda que se reconheça que a democracia é o modelo dentro do qual os debates permitem a superação dos conflitos individuais naturais de qualquer coletividade, deve-se ter em conta que a superação definitiva de conflitos, com a produção de consensos estáveis, não configura o fim último da política democrática, sendo imprescindível a manutenção de uma ampla pluralidade inerentemente conflitiva que sustente o pululante debate

dever. Pessoa é aquele que é responsável; a capacidade de observar a norma se imputa à pessoa” (JAKOBS, 2007, p. 148, tradução livre e itálico original).

democrático, produzido pelo maior número de posições axiológicas, independentemente de quais sejam.

Entretanto, parece evidente que os modelos democráticos contemporâneos não se podem dar ao luxo de serem universalmente tolerantes, de forma que as posições tendentes a impedirem a pluralidade natural e necessária do modelo democrático precisam ser rejeitadas de plano diante do risco que produzem à própria diversidade de ideias. Nesse contexto, resta pouco à democracia para além de adotar uma posição de tolerância restrita pela qual renegue posturas intolerantes. Afinal, de outra forma, estaria engendrando o ovo da serpente que poderia destruir-lhe como forma política essencial.

Os problemas fundamentais dessa condição, evidentemente, vêm em par. Em primeiro lugar, é extremamente difícil selecionar os ideários a serem rejeitados. A inexistência de um padrão geral que seja capaz de dar os limites do que é aceito pela sociedade democrática cria uma dificuldade substancial do ponto de vista axiológico: o que deve ser aceito inevitavelmente passa por filtros morais e fica submetido a critérios históricos e sociais que não são facilmente definíveis. Há também a dificuldade do limite: como se exclui esse ideário apontado como nefasto? Na medida em que ele pode corresponder a posições individuais decorrentes de conflitos internos e opções morais individuais constituídas a partir da experiência do ser, qual é a medida de controle social – ou de força, sobretudo penal – legítima para a tolerância restrita?

Não há resposta fácil para essas questões e o presente texto tampouco pretende respondê-las. O que parece razoável e possível indicar é uma tríplice necessidade decorrente das próprias demandas de uma sociedade que se pretenda democrática, a fim de afastar o duplo gume da tolerância restrita. Entendem-se necessários, portanto, três eixos estruturais (que são certamente conflituais e, algumas vezes, mutuamente incompatíveis em certa medida) fundamentais de sustentação da democracia no que tange às suas escolhas de tolerância: um eixo de liberdade democrática, um eixo de educação democrática e um eixo de controle democrático.

O eixo de liberdade democrática se refere à existência de um *free market of ideas*, tão amplo quanto possível, coligado a ainda mais amplas liberdades de expressão, crença e imprensa, que exponha ao arbítrio crítico do cidadão os ideários disponíveis com a indicação clara de seus efeitos positivos e negativos. Ao mesmo tempo, demanda-se o eixo de educação democrática, referente à possibilidade ampla e

irrestrita de educação democrática e plural. Nesse contexto, ao cidadão devem ser oferecidas as possibilidades de compreender os ideários que lhe serão apresentados na ágora de forma a que ele possa, de forma livre, exercer sua possibilidade de escolha racional e crítica, orientada por critérios de pluralidade. Finalmente, o eixo de controle democrático clama por um sistema punitivo mínimo, dedicado à criminalização de condutas lesivas a bens jurídicos e não a valores apontados como ideais democráticos, servindo de trava importante ao exercício irrefreado e ideológico do poder punitivo que pode fazer facilmente um sistema democrático descambar para um modelo autoritário, violento e autocrático de poder.

Referências

- ANNAN, K. *A Global Strategy for Fighting Terrorism*. Discurso no *Plenary of the International Summit on Democracy, Terrorism and Security*. Madrid: 10 de março de 2005. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2005/sgsm9757.doc.htm>. Acesso em: 8 jul. 2017.
- AURÉLIO, D. P. *Um fio de nada: ensaio sobre a tolerância*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: BERLIN, I. *The Proper Study of Mankind: an anthology of essays*. London: Chatto & Windus, 1997.
- BOAS, F. *Antropologia cultural*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- CHOMSKY, N; FOUCAULT, M. *Natureza humana: justiça vs. poder: o debate entre Chomsky e Foucault*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- CLAUSEWITZ, C. *Da guerra*. Disponível em: <http://almanaquemilitar.com/site/wp-content/uploads/2014/02/Da-Guerra-Carl-Von-Clausewitz.pdf>. Acesso em: junho de 2019.
- DASCAL, M. Tolerância e interpretação. In: *Crítica*, Revista Hispanoamericana de Filosofia, vol. XXI, nº62, p. 3 – 28.
- DOUZINAS, C. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- EAGLETON, T. *O debate sobre Deus: razão, fé e revolução*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

FERRAZ, C.A. Habermas: da análise da *öffentlichkeit* ao projeto de uma “teoria do agir comunicativo”. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 33, n. 2, p. 193-222, p. 193-221, 2010.

FLORES, T. M. *Agir com palavras*: a teria de actos de linguagem de John Austin. Escola Superior de Comunicação Social da Universidade Nova de Lisboa, 1994. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/flores-teresa-agir-com-palavras.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017.

FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GALLI, C. *El mal estar de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

HERRMANN, I; PALMIERI, D. Les nouveaux conflits: une modernité archaïque? *International Review of the Red Cross*, March 2003, vol. 85, n. 849.

HONNETH, A. Of the poverty o four liberty: the greatness and limits of Hegel’s doctrine of ethical life. In: HONNETH, Axel; RANCIÈRE, Jacques. *Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity*. New York: Columbia University Press, 2016.

JAKOBS, G. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: GUIRAO, R. (Org.). *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

KANT, I. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

LOCKE, J. *Carta sobre a tolerância*. São Paulo: Hedra, 2007.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.




MELOSSI, D. *Controlling Crime, Controlling Society*: thinking about crime in Europe and America. Cambridge: Polity Press, 2008.

MILL, J.vS. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Hedra, 2010.

- MOUFFE, C. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). *Deconstruction and Pragmatism*. Taylor & Francis e-Library, 2005.
- MOUFFE, C. *The democratic paradox*. New York: Verso, 2000.
- PAVARINI, M. La giustizia penale ostile: un'introduzione. *Studi Sulla Questione Criminale*, Bologna: Carocci Editore, anno II, n. 2, 2007 (p. 7-20).
- POPPER, K. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2 vols., 1987.
- RORTY, R. *Uma ética laica*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- RORTY, R. Verdade, universalidade e política democrática (Justificação, contexto, racionalidade e pragmatismo). In: CRISÓSTOMO, J. (Org.). *Filosofia, racionalidade, democracia: os debates entre Rorty e Habermas*. São Paulo: UNESP, 2005, p. 103 – 162.
- SEN, A. Equality of what?; Freedom, achievement and resources. In: *Inequality reexamined*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- SLOTERDIJK, P. *No mesmo barco: ensaio sobre a Hiperpolítica*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.
- VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. Porto Alegre: Editora L&PM, 2008.
- ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZOLO, D. *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Bagdad*. Roma/Bari: Laterza, 2006.

A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO NA SOCIEDADE GLOBAL CONTEMPORÂNEA

THE INDETERMINATION OF THE CONCEPT OF SUBJECT TO PUBLIC INTERNATIONAL LAW IN THE CONTEMPORARY GLOBAL SOCIETY

Idir Canzi^I 
Marcelo Markus Teixeira^{II} 
Reginaldo Pereira^{III} 

^I Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: canzi@unochapeco.edu.br

^{II} Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: marcelomarkus@unochapeco.edu.br

^{III} Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: rpereira@unochapeco.edu.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3154>

Recebido em: 29.05.2019

Aceito em: 12.07.2019

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



Resumo: O artigo problematiza a indeterminação do conceito de sujeito de direito internacional, realizando uma análise desde o paradigmático Caso Folke Bernadotte - remissivo ao parecer consultivo emanado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no ano de 1949 do século passado. O desenvolvimento temático se concentra na dinamicidade do direito internacional público, possível em razão dos pressupostos únicos de seu ordenamento jurídico, tais como sua natureza originária e descentralizada. A análise do conceito de sujeito de direito internacional público na sociedade internacional contemporânea é mais que atual, já que cada vez mais catástrofes de ordem ambiental, econômica e social com impactos

Abstract: The article discusses the indeterminacy of the concept of the subject of international law, making an analysis from the paradigmatic Case Folke Bernadotte - referring to the advisory opinion emanated by the International Court of Justice (ICJ) in the year 1949 of the last century. The thematic development focuses on the dynamism of International Law, which is possible because of the unique presuppositions of its legal order, such as its original and decentralized nature. The analysis of the concept of the subject of International Law in contemporary international society is more than current, since more and more environmental, economic and social catastrophes with transboundary impacts require the redress and

transfronteiriços requerem a reparação e punição daqueles que lhes dão causa. Neste fio condutor, a contribuição da teoria histórico-crítica de Paolo Grossi e da teoria institucionalista de Santi Romano concorrem para a crítica e possível revisão do conceito de sujeito de direito internacional público, no momento em que a história recente aponta que o direito internacional vem se adaptando às profundas mudanças nas esferas econômica, social e política, motivadoras do fim da hegemonia do Estado como único sujeito de direito internacional e, por consequência da revisão do próprio conceito de sujeito de direito internacional. Trata-se de pesquisa bibliográfica, pautada pela utilização do método dedutivo.

Palavras-chave: Caso Bernadotte. Sujeito de Direito Internacional. Sociedade Internacional.

punishment of those who cause them. In this guideline, the contribution of Paolo Grossi's critical-historical theory and the institutionalist theory of Santi Romano contribute to the critical and possible revision of the concept of subject of public international law, at a time when recent history indicates that international law comes adapting to the profound changes in the economic, social and political spheres, motivating the end of the hegemony of the State as the only subject of international law and, consequently, of the revision of the concept of subject of international law. It is a bibliographical research, based on the use of the deductive method.

Keywords: Bernadotte Case. Subject of International Law. International Society.

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito internacional aplicado à sociedade internacional. 3 O caso Bernadotte. 4 As principais contribuições das teorias de Paolo Grossi e Santi Romano. Para uma possível revisão do conceito de sujeito de direito internacional. Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A ordenação político-jurídica dos Estados Nacionais fortaleceu centralmente o Estado como sujeito de direito e, conseqüentemente, as organizações internacionais constituídas por estes. Entretanto, as transformações processadas ao longo do século XX, entre estas as Conferências de Paz de Haia, a experiência das duas guerras mundiais, a Liga das Nações e a criação da ONU, as Conferências de Viena, a guerra fria e a dinâmica imposta pela globalização econômica influíram decisivamente para fazer ressurgir o debate sobre os sujeitos emergentes da sociedade internacional contemporânea, incluindo aqueles situados na dimensão subnacional e local – governos não centrais (Estados, municípios e comunidades territoriais não estatais).

O presente estudo problematiza em torno da revisão do conceito de sujeito do direito internacional, fato que também provoca a

compreensão preliminar da definição do próprio direito internacional e sua vinculada aplicação à sociedade internacional contemporânea. Para tanto, utilizar-se-á da abordagem de uma decisão importante proferida por cortes internacionais: o Caso Folke Bernadotte – remissivo à decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ), proferida no ano de 1949, assim como da contribuição da teoria histórico-crítica de Paolo Grossi e da teoria institucionalista de Santi Romano, para uma possível revisão do conceito de sujeito de direito internacional.

2 O direito internacional aplicado à sociedade internacional

Ding, Dallier e Pellet definem o direito internacional como o direito aplicável à sociedade internacional. “A denominação direito internacional é hoje em dia a mais correntemente utilizada para designar o direito da sociedade internacional”.¹

Para Carreau e Bichara, o direito internacional consiste essencialmente num conjunto de regras escritas e não escritas que regem as relações entre os membros da sociedade internacional, no intuito de assegurar a justiça internacional, a segurança internacional, a proteção dos direitos humanos e o desenvolvimento econômico².

Já a definição proposta por Touscoz acentua o caráter universal do direito e das instituições internacionais, sendo o direito internacional apresentado como o direito das gentes (*jus gentium* segundo a expressão antiga) que se aplica a todas as pessoas e em todos os lugares³.

O direito aplicável à sociedade internacional implica no reconhecimento da existência de uma sociedade internacional distinta da sociedade nacional ou da sociedade interna, ou ainda estatal. Por conseguinte, a sociedade internacional delimita os campos de aplicação do direito internacional e do direito interno. Ainda, confirma o vínculo sociológico necessário entre direito e sociedade como produto social verificado no tempo e no espaço⁴.

1 DING, Nguyen Quoc; DALLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 37.

2 CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyir-Philippe. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 32.

3 TOUSCOZ, Jean. *Direito internacional*. Trad. de Nuno Cana Mendes. Portugal: Publicações Europa-América Ltda., 1993. p. 23.

4 DING; DALLIER; PELLET, op. cit., p. 37.

A sociedade internacional clássica era relativamente simples, pois composta exclusivamente de Estados que apresentavam uma homogeneidade quanto as suas estruturas no plano político, econômico e social. A sociedade internacional clássica do século XIX foi, antes de qualquer coisa, interestatal, de Estados soberanos e iguais (se forem abstraídas algumas raras “organizações internacionais”, criadas na última parte do século XIX)⁵.

Após a primeira guerra, a criação da Sociedade de Nações (SDN), pelo Tratado de Versalhes de 1919, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a criação do Banco de Pagamentos Internacionais (*Bank for International Settlements* – BIS) em 1930, as diversas conferências Pan-Americanas, a Conferência Interamericana de Consolidação da Paz realizada em Buenos Aires em 1936, a criação da ONU em 1945 e a carta de criação da Organização dos Estados Americanos em 1948, provocaram o nascimento de uma nova categoria de sujeitos do direito internacional⁶.

Com o fim da segunda guerra mundial, a sociedade internacional conheceu turbulências consideráveis – transformações horizontais e verticais. No plano horizontal, novos sujeitos são trazidos à cena, de modo que essa sociedade perde a sua homogeneidade inicial e passa a se caracterizar, agora, pela sua “heterogeneidade”. No plano vertical, os novos campos aparecem e ampliam a esfera de influência do direito internacional⁷.

A polêmica existente na doutrina acerca dos sujeitos do direito internacional, explicitada pela concepção do direito internacional clássico, de caráter interestatal, pela qual apenas os Estados soberanos são sujeitos de direito internacional, não mais se sustenta. As profundas transformações processadas no contexto internacional fizeram com que a comunidade internacional⁸ deixasse de se configurar como uma entidade da qual faziam parte poucos e robustos Estados, centrados

5 CARREAU; BICHARA, op. cit., p. 13.

6 Idem, ibidem, p. 18-19.

7 Idem, ibidem, p. 20.

8 “A Comunidade Internacional não é uma sociedade humana universal que tenha como membros primários a totalidade de indivíduos que vivem sobre o planeta. Os membros primários da Comunidade internacional são entidades físicas, mas também entidades políticas. A Comunidade internacional como o nome denuncia, necessariamente pressupõe a existência de coletividades nacionais, ou estatais, com as suas características, estruturas e instituições”. In: AGO, op. cit., p.15-16.

em fazer predominar os próprios interesses nas ações e política internacional⁹.

Nestas condições, Touscoz afirma que a sociedade internacional é pluridimensional: compõe-se de membros muito variados que mantêm relações muito diversas, que o direito internacional regula. Ainda, que o direito internacional não pode ser definido com base na noção de Estado. Se esta construção pôde ter fundamento científico no século XIX e no começo do século XX, já não tem, na atualidade, nenhuma pertinência, dadas as transformações que ocorreram na sociedade internacional¹⁰.

A defesa da concepção do direito internacional baseada na evidência de que há novos sujeitos emergentes, incluindo aqueles situados na dimensão subnacional e local – governos não centrais (Estados, municípios e comunidades territoriais não estatais), realça a importância do estudo a seguir delineado, o qual desafia a edificação teórico/prática, capaz de conferir maior relevo de abordagem às atividades¹¹ desenvolvidas pelos referidos sujeitos emergentes e que são objeto de uma regulamentação internacional, sem desmerecer os espaços limites impostos pelo direito internacional aos sujeitos tradicionais e sujeitos emergentes.

O desenvolvimento temático sobre os sujeitos emergentes do direito internacional, ao dar maior destaque às atividades dos referidos sujeitos, evidencia o vínculo sociológico¹² necessário entre direito e sociedade como produto social verificado no tempo e no espaço¹³. Não existe o espaço em “si mesmo”. Henri Lefebvre afirma que espaço e tempo são conceitos relacionais. O espaço representa simultaneidade, a ordem sincrônica da realidade social. O tempo corresponde ao processo histórico da produção social. Espaço e tempo são entendidos como

9 SANTA CATARINA nas relações internacionais: desafios da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina no cenário internacional. In: DAL RI, Arno (org.). Às sombras da soberania: a condição jurídica de Estados Federados e governos infraestatais no Direito Internacional. Florianópolis: Fundação Boatex, 2010. p. 23.

10 TOUSCOZ, op. cit. p.25.

11 “De fato, não são tanto os espaços em si quanto as atividades que aí têm lugar que são objeto de uma regulamentação internacional”. In: DING; DALLIER; PELLET, op. cit., p. 413.

12 “[...] mais que qualquer outra disciplina jurídica, o Direito Internacional faz largamente apelo às diversas ciências sociais” (sociologia, psicologia, geografia, ciências política e econômica), e muito particularmente à história e à filosofia”. In: TOUSCOZ, op. cit., p. 23.

13 DING; DALLIER; PELLET, op. cit., p. 37.

produtos da prática social, resultado e pré-condição da produção da sociedade (relação entre os seres humanos por meio de suas atividades práticas). Por conseguinte, como espaço e tempo são produzidos socialmente, só podem ser compreendidos no contexto de uma sociedade específica – a sociedade internacional contemporânea, aberta em acolher os novos sujeitos emergentes do direito internacional.

Ding, Dallier e Pellet ao versarem sobre os membros da comunidade internacional e os sujeitos de direito internacional, registram que “em direito, só podem ser considerados membros da comunidade internacional as entidades que são os destinatários diretos das normas internacionais. Um membro da comunidade internacional é um sujeito de direito internacional, e inversamente”¹⁴.

Referidos autores afirmam que a doutrina clássica, favorável a uma concepção exclusivamente interestatal do direito internacional e da comunidade internacional, apenas reconhece o Estado como membro da comunidade internacional e como sujeito do direito internacional. Portanto, segundo a doutrina clássica, somente o Estado seria sujeito de direito, evidenciando uma concepção e definição muito restrita.

Em sentido contrário, os objetivistas da escola sociológica sustentaram que somente os indivíduos podem ser sujeitos do direito internacional.

A implantação definitiva das organizações internacionais na sociedade internacional infirmou as opiniões anteriores consideradas extremas. Ainda, a caducidade da doutrina clássica é consagrada pela promoção do indivíduo como sujeito do direito internacional contemporâneo.

3 O caso Bernadotte

O caminho trilhado na definição dos sujeitos de direito internacional vincula, em muito, as condições históricas, bem como as decisões tomadas em tribunais internacionais. Em razão disso, inseriu-se uma análise do Caso Bernadotte, decidido pelo Tribunal Internacional de Justiça (CIJ), com o objetivo de identificar possíveis elementos que ampliem ou não o conceito de sujeito de direito internacional clássico.

¹⁵.

14 Idem, *ibidem*, p. 413.

15 Referido caso vincula a consulta realizada à Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre reparação dos danos sofridos em serviço das Nações Unidas, em referência

O conde Folke Bernadotte foi um nobre e diplomata sueco que durante a Segunda Guerra Mundial se tornou conhecido por negociar a libertação de mais de trinta mil prisioneiros dos campos de concentração alemães. Após a Segunda Guerra Mundial foi designado pelo Conselho de Segurança da recém-criada Organização das Nações Unidas para mediar o conflito árabe-israelense no Oriente. O conde foi assassinado durante a missão pelo grupo sionista Lehi. Em consequência do assassinato do conde Folke Bernadotte e de outros membros da missão das Nações Unidas para a Palestina, em setembro de 1948, em Jerusalém, a Assembleia Geral fez uma solicitação de consulta à Corte Internacional de Justiça a fim de averiguar se a Organização das Nações Unidas teria capacidade postulatória para demandar internacionalmente o Estado responsável, com vistas a obter reparação dos danos causados à Organização e às vítimas.¹⁶

A Assembleia Geral solicitou ainda à Corte Internacional de Justiça que, caso a primeira consulta fosse respondida de forma afirmativa, que fosse respondida uma segunda: quais ações poderiam ser tomadas pela Organização das Nações Unidas, uma vez que os Estados de origem das vítimas seriam também, via de regra, legitimados para demandar acerca da reparação.¹⁷

Em seu Parecer Consultivo de 11 de abril de 1949, o Tribunal Internacional de Justiça declarou que a Organização das Nações Unidas pretendia exercer funções e direitos que só poderiam ser explicados com base na posse de uma grande personalidade internacional, bem como em sua capacidade de operar no plano internacional. Ainda, afirmou que a Organização das Nações Unidas tinha a capacidade de reivindicar e de demandar uma ação de reparação de caráter internacional pelo prejuízo que lhe foi causado. A Corte Internacional de Justiça declarou ainda que a Organização das Nações Unidas poderia pleitear uma reparação não só em relação ao prejuízo causado a si própria, mas também no que diz respeito ao prejuízo sofrido pelas vítimas ou por pessoas que tenham direito de pleitear estes direitos. Embora, de acordo com a regra tradicional, a proteção diplomática tenha de ser exercida pelo Estado

ao conde Sueco Falke Bernadotte, morto em serviço das Nações Unidas, em 1948.

16 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Overview of the Case.* Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/case/4>. Acesso em: 22 agos. 2017.

17 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Overview of the Case.* Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/case/4>. Acesso em: 22 agos. 2017.

nacional, a organização internacional deve ser considerada no direito internacional como possuindo os poderes que, mesmo que não sejam expressamente declarados na Carta, sejam conferidos à organização como sendo essenciais para a execução de suas funções. A organização tem o direito de levar seus agentes a missões importantes em áreas críticas do planeta. Nesses casos, é necessário que os agentes recebam suporte e proteção adequados. Por conseguinte, a Corte Internacional de Justiça concluiu que a Organização das Nações Unidas tem a capacidade de solicitar uma reparação adequada, incluindo a reparação dos danos sofridos pela vítima ou por pessoas que tenham direito por meio dele. O risco de uma possível concorrência entre a Organização das Nações Unidas e o Estado nacional da vítima poderia ser eliminado por meio de uma convenção geral ou por um acordo específico em qualquer caso individual.¹⁸ Referida decisão foi unânime na CIJ¹⁹.

O conceito conferido pela Corte Internacional de Justiça, em seu Parecer Consultivo de 11 de março de 1949, refere-se à atribuição, inédita à época, de personalidade jurídica às Organizações Internacionais, procedimento esse que se utilizou da referida definição de sujeitos de direito como embasamento e justificativa. O conceito trazido na base do documento indica que a personalidade jurídica se restringe a “entidades” sem, contudo, especificar a significação exata do termo. Elenca ainda que sujeito de direito internacional é aquele “capaz de possuir direitos e deveres, possuindo também a capacidade de manter seus direitos por meio de reclamações internacionais”²⁰.

O reconhecimento da personalidade jurídica²¹ das Nações Unidas, notadamente a sua capacidade de demandar reparações e exercer proteção diplomática em favor de seus funcionários nos

18 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Overview of the Case*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/case/4>. Acesso em: 22 agos. 2017.

19 ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations – advisory opinion of april 11th, 1949*. Haia: International Court of Justice, 1949. p. 8.

20 ICJ, op. cit., p. 9.

21 A Personalidade Jurídica, no dizer de Silva, “é a denominação propriamente dada à personalidade que se atribui ou se assegura às pessoas jurídicas, em virtude do que se investem de uma qualidade de pessoa, que as torna suscetíveis de direitos e obrigações e com direito a uma existência própria, protegida pela lei”. Pode-se afirmar que a personalidade jurídica vincula-se ao reconhecimento da titularidade de sujeito ativo de direito, ou de uma obrigação, que lhe são assegurados pela normatividade jurídica. In: SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 361.

tribunais internacionais, tornou-se referência no debate doutrinário sobre os sujeitos internacionais de direito público²².

No Caso Folke Bernadotte, a resposta da Corte Internacional de Justiça (CIJ) à consulta realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), inseriu afirmativamente que “através de sua história, o desenvolvimento do direito internacional (DIP) foi influenciado pelas exigências da vida internacional” e que “o aumento progressivo nas atividades coletivas dos Estados já dá margem a instâncias de ação, no plano internacional, a certas instituições que não são Estados”²³. A decisão pela atribuição de personalidade jurídica internacional à ONU, sinalizou que o direito internacional deve ter como fundamento a realidade internacional a qual visa regulamentar. Por conseguinte, houve a revisão de um conceito que já não contemplava as necessidades da comunidade internacional, dada a não adequação conceitual àquela mencionada realidade internacional.

Ding, Dallier e Pellet são categóricos em afirmar que nada proíbe a coexistência de sujeitos diversos de direito internacional que se distinguem por estatutos diferentes e uma personalidade mais ou menos afirmada. Sustentam que a diferença entre os sujeitos de direito se explica pelas condições históricas do aparecimento no direito internacional. Ainda, que a personalidade jurídica dos Estados deriva diretamente da sua existência e caracteriza-se pela soberania, reconhecida como um fato para o direito internacional, não criada ou atribuída por ele²⁴.

Destaca-se que à época da decisão da CIJ, no caso Bernadotte, a concepção de direito internacional clássica se mantinha restrita à condição de que somente Estados seriam os sujeitos da realidade internacional. Aliás, concepção vinculativa do conceito de soberania moderna e ao princípio da igualdade soberana entre Estados. Tal ligação íntima entre os dois conceitos (soberania e sujeitos de DIP) se explica na necessidade moderna de fundamentar o recém-criado Estado centralizador em suas relações externas (relação com outros Estados) e internas (relação com a população). Os Estados eram os únicos sujeitos de direito internacional, na condição de potências soberanas que não reconheciam nenhum poder superior²⁵.

22 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 149.

23 ICJ, op. cit., p. 8.

24 DING; DALLIER; PELLET, op. cit., p. 413.

25 VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. *Sujeitos de direito internacional: construção*,

A percepção aparente que fica da decisão da CIJ no Caso Folke Bernadotte é a de que a vinculação entre sujeitos de direito internacional e soberania foi superada. Entretanto, toda a construção do direito internacional público se fundamenta no conceito moderno de sujeitos, apesar de todas as viciosidades e antinomias que possam ser observadas. Dar às organizações internacionais (OIs) a personalidade jurídica e consequentemente o atributo de sujeito de DIP é uma inovação relativa, pois as OIs estão intrinsecamente vinculadas à vontade dos Estados²⁶ que as compõem e, portanto, à corrente voluntarista²⁷.

Aos argumentos expostos, agrega-se a imperativa exigência de revisão do conceito de sujeitos de direito internacional, consideradas as atuais necessidades teóricas e práticas do direito internacional, para as quais concorrem a teoria histórico-crítica de Paolo Grossi e a teoria institucionalista de Santi Romano.

4 As principais contribuições das teorias de Paolo Grossi e Santi Romano para uma possível revisão do conceito de sujeito de direito internacional

As contribuições da teoria de Paolo Grossi remetem à análise histórico-crítica ou às denominadas mitologias jurídicas da modernidade. Santi Romano, por sua vez, vincula-se à concepção institucionalista do direito, fundamental para situar o Estado como ordenação jurídica, dentre as demais ordenações jurídicas.

Grossi funda sua concepção teórica sobre uma lógica crítica capaz de demonstrar a insuficiência dos conceitos criados na modernidade

mitologia e perspectiva. *Revista Ius Gentium: Teoria e Comércio no Direito Internacional*, n. 1, p. 33-54, jul. 2008. p. 34. Disponível em: <http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/artigo02.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

26 O artigo 2º da Carta das Nações Unidas de 1946, com base no princípio da soberania e igualdade dos Estados, impede que as normas de direito internacional público sejam aplicadas sem a anuência dos Estados, relativizando o papel fundamental das regras do DIP: *Artigo 2º - A Organização e os seus membros*, para a realização dos objectivos mencionados no *artigo 1º*, agirão de acordo com os seguintes princípios: [...] 7. Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII. In: CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm>. Acesso em: 9 out. 2016.

27 VELOSO, op. cit., p. 35.

para responder ao contexto da realidade atual. A teoria histórico-crítica de Grossi, a partir do conceito de mitologia jurídica²⁸, ligada às concepções teóricas da modernidade, assumidas pelo iluminismo jurídico dos séculos XVII e XVIII, lança luzes para demonstrar as mitologias que fundam o discurso internacionalista contemporâneo.

Embora Santi Romano tenha sido precursor ao indicar em seus escritos as mitologias jurídicas como fábulas ou mitos²⁹, Grossi tem o mérito de aprofundar o conceito de mitologia e sua utilização. As mitologias da modernidade são caracterizadas como

um grande e emaranhado nó de certezas axiomáticas lentamente sedimentado no intelecto e no coração do jurista moderno, um nó que foi aceito de modo submisso, que ninguém sonhou discutir por ter sido fundamentado em um lúcido processo originário de mitificação, mitificação com processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, mitificação como passagem de um mecanismo de conhecimento a um mecanismo de crença³⁰.

Referido processo se reflete na unificação de ideologias políticas, sociais e principalmente jurídicas, em torno de um ente centralizador, o Estado, herança iluminista presente no imaginário político e social de todo o Ocidente, a Revolução Francesa de 1789, eficaz laboratório mitológico, além de sua dialética deformadora, representada pela absolutização e pela mitificação³¹.

A edificação da ideia do Estado-nação e o modelo sociopolítico-jurídico jacobinista também são apontados por Grossi como mitificações que passam a figurar como crenças absolutas, axiomáticas, que fundamentam um discurso jurídico-político que chega quase intacto até a atualidade, obstaculizando o avanço do direito³².

Grossi denuncia o obstaculizante arcabouço mitológico moderno que edificou uma visão rigorosamente estatalista e monista, com o Estado como único produtor do direito³³, a partir da assembleia

28 “É um conjunto de ideias que compõe e une em si a desinibição metodológica, e, ao mesmo tempo, é busca de uma fundamentação mítica, oferecendo a desconcertante visão de um estamento intelectual que considera irrenunciável aquela operação fundadora”. In: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 51.

29 Idem, *ibidem*, p. 50.

30 Idem, *ibidem*, p. 13-14.

31 GROSSI, *Mitologias jurídicas da modernidade*, p. 56-59.

32 Idem, *ibidem*, p. 120-134.

33 “A hierarquia das fontes pressupõe um Estado, ou seja, uma entidade politicamente

de representantes (soberania interna – representação do povo via mandato político) e a primazia da lei como única fonte que, para o jacobinismo, expressaria a vontade popular³⁴. Entretanto, a soberania dentro da sociedade internacional de Estados (soberania externa) ainda não estava resolvida, pois no âmbito externo não havia a existência de um ordenamento jurídico internacional, prevalecendo o domínio do Estado mais forte.

O Estado torna-se autônomo no cenário internacional, com atuação a partir de uma teoria monista de direito internacional amplamente difundida no século XIX, negadora do próprio direito internacional, tendo em Hegel seu maior defensor. Tal teoria sofreu resistência somente a partir da consolidação da teoria dualista de direito internacional, com autores como Dionisio Anzilotti e Heinrich Triepel, sendo oposta por uma nova teoria monista, desenvolvida por Hans Kelsen que, contrária à de Hegel, fundamenta-se na unidade do direito e no primado do direito internacional sobre o estatal³⁵.

Ainda, na temática sobre os sujeitos de direito internacional é relevante destacar o afastamento do Estado das bases sociais, com atuação como se fosse o único sujeito legitimado a se manifestar dentro das relações interestatais, ou seja, como sujeito de direito internacional. Tal afastamento das bases sociais e a desconfiança do social constituem grandes antinomias do direito internacional atual. Como único sujeito no âmbito internacional, o Estado se distancia de seus fundamentos e de seu constituinte principal, a população, defendendo interesses contraditórios e particularistas, tornando-se agente independente, livre para atuar como bem entender no cenário internacional.

Sem dúvidas, a teoria histórico-crítica de Grossi concorre fortemente no estabelecimento de novos referenciais para revisar o conceito de sujeitos de direito internacional, a partir da essencialidade do direito. Para Grossi, a realidade social se transforma em realidade

e juridicamente unitária e compacta, que encontra no expediente hierárquico o instrumento adequado para impor e salvaguardar a unidade e a compactação. Hierarquia das fontes significa, de fato, legalismo, ou seja, identificação do direito em lei, em vozes respeitáveis do titular da soberania inserido no ápice da escala hierárquica. Hierarquia das fontes significa perfeita identidade entre ordem política e ordem jurídica, com um direito reduzido ao espelho do Estado”. In: GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 33.

34 GROSSI, *Mitologias jurídicas da modernidade*, p. 120-134.

35 VELOSO, op. cit., p. 41-42.

jurídica³⁶ e por isso mesmo se diversifica da incandescência daquilo que é simplesmente social. A comunidade jurídica que nasce do social é produtora do direito. A organização ou a auto-organização e o fato da observância das regras organizativas fazem essencial diferença para o direito. O ponto de referência necessário do direito é somente a sociedade, a sociedade como realidade complexa, articuladíssima, com a possibilidade de que cada uma das suas articulações produza direito, inclusive a fila diante da repartição pública. O direito é ordenamento do social³⁷. O direito não pode ser reduzido ao espelho do Estado³⁸.

Santi Romano afirma que a concepção normativa contrapõe-se à teoria institucional do direito³⁹. Esta se caracteriza por reconhecer a produção do direito para além das fronteiras do poder político estatal, sedimentada em uma concepção antiestatalista, antilegalista e pode ser considerada também como uma teoria sociológica do direito.

A construção mitológica do direito, influenciou, como reflexo imediato da sacralização⁴⁰ do Estado e da lei, a formação do conceito de sujeitos de direito internacional hodierno. A centralidade do poder político estatal, no plano interno e externamente, culminou na construção de um conceito inadequado às necessidades atuais do direito internacional público⁴¹.

A teoria institucionalista de direito reflete o nascimento do jurídico dentro do social. Tal teoria nasceu dentro da denominada escola sociológica do direito francês, com influência de teóricos franceses a exemplo de Durkheim, Duguit⁴² e Maurice Hauriou. Santi Romano, de formação jurídica italiana, também vincula-se a tal base teórica.

36 “A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção”. In: DURKHEIM, op. cit., p. 32.

37 GROSSI, *Primeira lição sobre direito*, p. 9-20.

38 GROSSI, *O direito entre o poder e o ordenamento*, p. 33.

39 ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 72.

40 A secularização está ligada à afirmação dos conceitos de soberania e razão-de-Estado e à reforma protestante, que levaram à separação entre Direito e Teologia, porém, os direitos inatos, estado de natureza e contrato social, foram os conceitos que permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado. In: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 37-39.

41 VELOSO, op.cit., p. 35.

42 Vide: DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

Hauriou se contrapõe ao posicionamento normativista-estatalista defendendo de o direito não se originar somente do Estado. Indagava qual seria o momento criador do direito e desenvolveu a ideia de instituição⁴³. Para a teoria institucionalista, o sujeito é o portador da ideia e o responsável (e imediatamente interessado) no sucesso desta. As teorias de Hauriou foram inseridas no *L'ordinamento Giuridico* de Santi Romano. Romano desenvolveu a concepção de que o direito como instituição e como preceito deva conter os seguintes elementos essenciais: i) antes de tudo, levar ao conceito de sociedade; ii) o direito deve, em segundo lugar, conter a ideia de ordem social, o que serve para excluir toda manifestação que recorra à força ou ao puro arbítrio; iii) O direito não advém da existência de qualquer norma, ou seja, não é um conjunto de normas. Antes de ser norma é organização⁴⁴.

Para Romano, toda instituição é uma ordenação jurídica e toda ordenação jurídica é uma instituição. Cada norma ou mesmo o complexo de normas jurídicas não são mais do que manifestações particulares de uma dada ordenação. O direito é também norma, porém, além de norma e, mesmo antes de ser norma, é organização ou corpo social. O aspecto normativo do direito está estreitamente conjugado com seu aspecto institucional. As normas jurídicas são as normas emanadas, ou, se não emanadas, protegidas e tuteladas pela instituição⁴⁵.

“A definição do Estado como ordenação jurídica não se completaria se não se ressaltasse que ele nada mais é senão uma das várias ordenações jurídicas que podem existir e que na realidade existem”⁴⁶. Para Romano é inadmissível de que o direito seria unicamente derivado do(s) Estado(s). Tal concepção denuncia a mitologia jurídica da modernidade que nega a existência da comunidade internacional como ente jurídico e a autonomia do direito internacional público, consoante anunciado anteriormente.

43 [...] uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa ideia, se organiza um poder que procura seus [da instituição] órgãos necessários; por outra parte, entre os membros do grupo social interessados na realização da ideia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgão do poder e regulamentadas por procedimentos [nasce então o direito]. In: HAURIUO, op. cit., p. 39-40.

44 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 45-46.

45 ROMANO, *Princípios de direito constitucional geral*, p. 72-73.

46 Idem, *ibidem*, p. 75.

A teoria institucionalista de Romano afirma-se como pluralista⁴⁷ e nega também a teoria voluntarista de direito internacional público, o que reflete diretamente na questão dos sujeitos de direito internacional. Para Romano, a sociedade internacional se caracteriza por uma sociedade organizada, tratando-se, portanto, de uma instituição e como tal, origina seu próprio direito ordenador⁴⁸.

A perspectiva que deve adotar o jurista ante as qualificações de fatos, atos, sujeitos e suas situações deve ser aquela que possa conferir maior amplitude ao entendimento do ordenamento jurídico e sua aplicação:

Em outras palavras, o ordenamento jurídico, desta maneira amplamente entendido, é uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo as move como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez. Deste modo, elas representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento da sua estrutura. Do ponto de vista lógico isso implica no seguinte princípio: direito não é ou não é somente a norma posta, mas a entidade que a põe. Isto significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como ser existente por si mesmo. [...]. Todo Ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico⁴⁹

As construções teóricas de Santi Romano refletem à época e o contexto em que foram criadas.

A divergência em alguns pontos não retira a elevada importância da teoria do direito de Santi Romano. A não admissão, por Romano, do indivíduo como sujeito de direito internacional já não encontra mais respaldo a partir da criação da ONU, em que o indivíduo passa a ser o foco do direito internacional, em detrimento dos interesses estatais.

47 “Tendo por base os dois princípios, o da pluralidade das ordenações jurídicas e o da sua possível não exclusividade, o Estado deve ser considerado não como a única ordenação existente, mas como uma das ordenações que constituem o mundo jurídico e que entre si vivem ora em relação de coexistência social, ora em luta, ora ignorando-se umas às outras”. In: Idem, *ibidem*, p. 77.

48 “O direito internacional é um ordenamento que se solidifica [...] em uma comunidade unitária, isto é, uma instituição ou ente que se distingue dos elementos singulares que a constituem”. In: ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1939. p. 17.

49 ROMANO, *O ordenamento jurídico*, p. 46.

O direito internacional, para Romano, na primeira metade do século XX, tinha como interessados apenas os Estados e suas regras estavam voltadas somente a estes⁵⁰.

Em síntese ao presente tópico, pode-se afirmar que tanto a teoria histórico-crítica de Grossi quanto a teoria institucionalista de Santi Romano concordam de que a construção moderna na qual se baseia o conceito de sujeitos de direito internacional, refletiu negativamente nas relações interestatais ao longo dos séculos XIX e XX. Na atualidade, o direito internacional público ainda se encontra regido pelo princípio da igualdade soberana entre os Estados, conforme dispõe o art. 2º da Carta das Nações Unidas de 1946. A prevalência da condição unívoca dos Estados enquanto sujeitos de direito internacional público ainda é muito forte enquanto visão teórica, impedindo que as normas de DIP sejam aplicadas sem a anuência dos Estados. A reconceituação⁵¹ dos sujeitos de direito internacional e do próprio DIP precisam ser revistos ante a inadequação prática na solução de conflitos que visam reger na atualidade. A decisão da Corte Internacional de Justiça, ainda em 1949, em sua resposta à ONU, indicava que os “sujeitos de direito, em qualquer sistema legal, não são necessariamente idênticos em sua natureza ou na extensão de seus direitos, e a sua natureza depende das necessidades da comunidade [internacional]”⁵².

4 Considerações finais

A discussão sobre a conceituação de sujeito de direito internacional continua e deve continuar reverberando dentro do direito internacional. O direito internacional se desenvolveu mais nos últimos setenta anos do que em toda a sua história anterior. Nesse período as cortes internacionais se multiplicaram, o campo de atuação da matéria foi aumentado, regulando temas que vão do direito ambiental ao direito humanitário, do crime organizado ao espaço aéreo e cósmico.

Paralelamente a esses acontecimentos, a soberania absoluta dos Estados no plano internacional foi se reduzindo em razão da ascensão de atores internacionais poderosos, como as empresas transnacionais,

50 Neste sentido vide: ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1939.

51 O vocábulo é empregado no sentido de conceituar novamente ou dar novo conceito. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

52 ICJ, op. cit., p. 8.

grupos econômicos internacionais e as próprias organizações internacionais, que acabaram por reduzir, em maior ou menor medida, aquela soberania absoluta do Estado moderno de séculos atrás.

O Caso Folke Bernadotte foi um marco que determinou o fim da hegemonia do Estado como único sujeito, e por que não dizer ator, do direito internacional. A Corte Internacional de Justiça reconheceu em seu parecer a expressão da transformação da realidade pela própria sociedade, no caso a sociedade internacional, ao considerar como sujeito de direito internacional aquele “*capaz de possuir direitos e deveres, possuindo também a capacidade de manter seus direitos por meio de reclamações internacionais*”. Referido conceito ainda encontra forte respaldo na doutrina de direito internacional público, limitativa em reconhecer apenas como sujeitos de direito internacional os Estados e as Organizações Internacionais.

Santi Romano e Paolo Grossi contribuíram com suas teorias, aplicáveis a qualquer manifestação jurídica, para determinar a ausência de controle das manifestações sociais, sejam estas reconhecidas em micro espaços, ou na própria sociedade internacional, por meio da desconstrução da ideia disseminada do vínculo indissociável do direito com o Estado. O Estado, esse ente que possuiria o monopólio da produção e atuação do direito internacional, tenderia a se limitar a um dos componentes criados pela sociedade e pelo direito, um instrumento, jamais um fim em si mesmo e, portanto, não servindo como instância de referência principal do direito internacional.

A busca por uma revisão ou (re)conceituação de sujeito de direito internacional público, com natureza e maior alcance de direitos, vincula-se, necessariamente, a uma concepção de sociedade internacional pluridimensional, composta de membros muito variados que mantêm relações muito diversas, reguladas na atualidade pelo Direito Internacional ou por princípios gerais, costumes, doutrina, jurisprudência, decisões e delineamentos que tornam as atividades internacionais susceptíveis às regras internacionais, sem isolar o direito que liga determinados sujeitos à ordem jurídica nacional⁵³.

O direito internacional, em razão de toda a sua dinamicidade, não pode e não se prendeu a conceitos rígidos e estáticos. No século XX, chamado de “O Breve Século” por Eric Hobsbawm, foram imensas as

53 TOUSCOZ, op. cit., p. 59-60.

transformações do mundo e da ordem social. O direito internacional vem buscando se adaptar às mudanças da sociedade global contemporânea.

Referências

AGO, Roberto. A comunidade internacional. *Revista Sequência*, Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n. 56, p. 9-28, jun. 2008.

CAREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm>. Acesso em: 9 out. 2016.

DAL RI, Arno (org.). *Às sombras da soberania: a condição jurídica de Estados Federados e governos infraestatais no Direito Internacional*. Florianópolis: Fundação Boatex, 2010.

DING, Nguyen Quoc; DALLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. Márcio Puglesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAURIOU, Maurice. *La teoria de la institucion y de la fundacion: ensaio de vitalismo social*. Trad. de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século xx 1914-1991*. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations – advisory opinion of april 11th, 1949*. Haia: International Court of Justice, 1949.

LEFEBVRE, Henri. *A produção do espaço*. Trad. Doralice Barros Pereira e Sérgio Martins (do original: *La Production de l'espace*. 4. ed. Paris: Éditions Anthropos, 2000). Primeira versão início – fev. 2006.

ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1939.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTA CATARINA nas relações internacionais: desafios da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina no cenário internacional. In: DAL RI, Arno (org.). *Às sombras da soberania: a condição jurídica de Estados Federados e governos infraestatais no Direito Internacional*. Florianópolis: Fundação Boatex, 2010.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TOUSCOZ, Jean. *Direito internacional*. Trad. de Nuno Cana Mendes. Portugal: Publicações Europa-América Ltda., 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. Sujeitos de direito internacional: construção, mitologia e perspectiva. *Revista Ius Gentium: Teoria e Comércio no Direito Internacional*, n. 1, p. 33-54, jul. 2008. Disponível em: <http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/artigo02.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

OS EFEITOS JURISPRUDENCIAIS DOS DIREITOS FEMINISTAS SOB O NOVO MODELO BRASILEIRO PROCESSUAL CIVIL

THE JURISPRUDENTIAL EFFECTS OF FEMINIST RIGHTS UNDER THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL MODEL

Alice Rocha da Silva^I 

Susana Moita^{II} 

^I Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil. Doutora em Direito Internacional Econômico. E-mail: rochaalice@yahoo.com.br

^{II} Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil. Especialista em Gestão Pública. E-mail: rochaalice@yahoo.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.2852>

Recebido em: 01.11.2018

Aceito em: 09.08.2019

Resumo: Na tentativa de atender os princípios constitucionais e às crescentes demandas sociais dos movimentos, o modelo jurídico brasileiro tem sido modificado ao tentar equilibrar o valor da lei positivada e da jurisprudência da tese jurídica para dar maior acesso à justiça e segurança jurídica à sociedade. O Movimento Feminista Brasileiro pode ser estudado como espelho dos demais movimentos devido seu sensível crescimento ativo, apesar da pequena resposta estatal às suas demandas. Para verificar se o Movimento Feminista Brasileiro está sendo beneficiado por essas mudanças do modelo jurídico brasileiro, o artigo iniciou analisando as fases do Movimento Feminista Brasileiro por meio de uma revisão bibliográfica. Em seguida, apontou as atuais demandas dos diversos Movimentos Feministas da atualidade e as formas de conquistá-las, também colhidas por meio de uma revisão bibliográfica.

Abstract: In an attempt to meet constitutional principles and the growing social demands of the movements, the Brazilian legal model has been modified by trying to balance the value of the positive law and the jurisprudence of the legal thesis to give greater access to justice and legal certainty to society. The Brazilian Feminist Movement can be studied as a mirror of other movements due to its sensitive active growth, despite the small state response to their demands. Verifying whether the Brazilian Feminist Movement is benefiting from these changes in the Brazilian legal model, the article began by analyzing the phases of the Brazilian Feminist Movement through a literature review. Then, it pointed to the current demands of the various feminist movements of today and the ways to conquer them, also collected through a literature review. In response to meeting feminist social demands, the bibliography demonstrates



Como resposta a suprir as demandas sociais feministas, a bibliografia demonstra uma ten-dência para construção de um modelo processual civil próprio, que atenda as particularidades das cidadãs brasileiras. Por meio da comparação do Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015 foi demonstrada as mudanças processuais que a legislação passou como reflexo do neoconstitucionalismo e do Movimento Feminista. Por fim, elaborou uma pesquisa quan-titativa por meio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a fim de revelar a situação nacional quanto ao acionamento da justiça em busca dos direitos feministas. A quantidade de teses jurídicas que tratavam dos direitos da mulher e do sistema processual civil do país demonstrou que, perante o universo de casos sob o Có-digo de Processo Civil, os que tratam da mulher são ínfimos. Cabe ressaltar que a inserção do Novo Código Civil não demonstrou mudança na quantidade de acionamento à justiça quanto aos direitos feministas. No entanto, por estar em vigor há pouco mais de quatro anos, é difícil afirmar qualquer diagnóstico definitivo quanto à sua capacidade de resposta às demandas sociais feministas.

Palavras-chave: Movimento Feminista Brasileiro. Modelo Brasileiro Processual Civil. Demandas Feministas. Novo Código de Processo Civil.

a tendency to construct its own civil procedural model, which meets the particularities of Brazilian citizens. By comparing the Civil Procedure Code of 1973 and 2015, the procedural changes that the legislation underwent as a result of neoconstitutionalism and the Feminist Movement were demonstrated. Finally, it produced a quantitative research through the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice in order to reveal the national situation regarding the action of justice in pursuit of feminist rights. The number of legal theses that dealt with women's rights and the civil procedural system of the country showed that, considering the universe of cases under the Code of Civil Procedure, those dealing with women are very small. It is noteworthy that the insertion of the New Civil Code did not show any change in the amount of judicial action regarding feminist rights. However, as it has been in place for just over four years, it is difficult to assert any definitive diagnosis as to its ability to respond to feminist social demands.

Keywords: Brazilian Feminist Movement. Brazilian Model Civil Procedural. Feminist Demands. New Civil Procedure Code.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Movimento Feminista Brasileiro. 2.1 As Fases do Movimento Feminista Brasileiro. 2.2 As Atuais Demandas do Movimento Feminista Brasileiro e os Instrumentos para Alcançá-las. 3 A Construção de um Modelo Processual Civil Brasileiro. 4 As Mudanças Legais Processuais Cíveis Inseridas em Resposta ao Neoconstitucionalismo e ao Movimento Feminista. 5 Os Efeitos Jurisprudenciais Feministas sob o Código de Processo Civil de 1973 e sob o Código de Processo Civil de 2015. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ausência da garantia do mínimo de conforto social no tocante aos próprios direitos constitucionais da Seguridade Social, disponibilizados nos artigos 194 a 204 da Constituição Federal de 1988: Previdência Social, Assistência Social e Saúde Pública, faz com que diversos movimentos sociais se multipliquem em busca de seus direitos particulares, criando um ambiente social instável e de insegurança jurídica.

Em busca de suprir essas crescentes demandas sociais, o direito brasileiro vem passando por uma tendência de mudança valorativa entre suas fontes. Originalmente, o direito brasileiro dava primazia ao positivismo legal, assim como a família jurídica do *civil law*, dando um valor secundário a jurisprudência, a qual a família jurídica do *common law* valoriza primordialmente. Todavia, o direito brasileiro vem absorvendo cada vez mais influências da família do *common law*, buscando um sistema jurídico próprio, onde há um equilíbrio valorativo entre as fontes legais e jurisprudenciais.

Essa tendência é uma resposta também ao Neoconstitucionalismo que busca aplicar as leis à luz de uma hermenêutica que analise os fatos jurídicos sob o espectro dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, mas sem deixar o positivismo jurídico para trás.

Nesse enquadramento jurídico, podemos destacar o Movimento Brasileiro Feminista contemporâneo por ser visível um sensível crescimento de suas atividades em busca de acesso à justiça e à segurança jurídica quanto aos direitos feministas.

Afim de avaliar o potencial da nova tendência jurídica brasileira de resposta às diversas demandas do Movimento Feminista Brasileiro, relacionamos estas aos Códigos de Processo Civil de 1973 e, o atual, de 2015.

Para tanto, é imprescindível conhecer as fases do Movimento Feminista Brasileiro, suas atuais demandas e os possíveis instrumentos capazes de alcançá-las, além de conhecer a tendência de construção de um modelo jurídico brasileiro próprio, as mudanças legais sofridas pelo direito feminista processual civil desde a Constituição de 1988 e os efeitos jurisprudenciais no que tange aos direitos feministas processuais civis.

Dessa forma, o artigo analisará o Movimento Feminista Brasileiro por meio da revisão bibliográfica juntamente com a tendência

da construção de um modelo brasileiro processual civil próprio. Em seguida, comparará as legislações processuais civis de 1973 e de 2015 de forma a demonstrar as modificações que o Movimento Feminista e o Neoconstitucionalismo proporcionaram. Por último, será feita uma análise de dados qualitativos a fim de constatar os efeitos jurisprudenciais dos direitos feministas sob o novo modelo brasileiro processual civil.

2 O MOVIMENTO FEMINISTA BRASILEIRO

Para conhecermos melhor o Movimento Feminista Brasileiro contemporâneo, é importante analisar suas fases históricas, suas demandas contemporâneas e as possíveis formas de atingir os interesses feministas na atualidade por meio de uma análise bibliográfica.

2.1 *As fases do movimento feminista brasileiro*

A forma como do Movimento Feminista Brasileiro se desenvolveu não é linear. Ela é constituída por quatro fases, sendo que cada uma há uma dominância de uma demanda sobre as outras, ou seja, as demandas das outras fases continuam existindo, apesar do domínio de uma estar sobressaindo sobre as outras.

Dessa maneira, pode-se dizer que a Primeira Fase foi dominada pela busca do sufrágio universal, entre o fim do século XIX e o início do século XX, sem modificar a estrutura patriarcal de separação entre o espaço público e o privado. Ela teria se “... expressado na luta pelo voto, luta, portanto, por direitos políticos.”¹ Matos² enfatiza que essa fase foi realizada por mulheres das classes médias e altas, as quais conquistaram o direito de voto em 1932, durante o Governo de Vargas. No entanto, o Movimento Feminista entra em apatia durante a ditadura.

A Segunda Fase teve como demanda sobressalente a busca pela igualdade jurídica e social entre homens e mulheres em meados do século XX. Enquanto o Movimento Feminista Mundial reivindicava uma série de reformas jurídicas, por acreditar que a igualdade nas leis entre homens e mulheres bastaria para resolver a discriminação em que

-
- 1 MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global? *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, jun. 2010, p. 68.
 - 2 MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global? *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, jun. 2010, p. 67-92.

eram submetidas, o Movimento Feminista Brasileiro já via nitidamente que era necessário questionar a subversão de que as mulheres eram submetidas por meio do patriarcado. Dessa forma, Matos chama a atenção para as discussões das mulheres sobre sua sexualidade e sobre as relações de poder, deslocando a atenção da igualdade para as leis e os costumes, lutando contra a hegemonia masculina, a violência sexual e pelo direito ao exercício do prazer.

Essa fase somente teve expressão no Brasil no fim da ditadura militar, após 1970, com a criação de Conselhos Estaduais e Municipais da Condição Feminina, ponte entre a sociedade civil e o Governo, a fim de executar e propor políticas públicas; do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985; das Delegacias especializadas no atendimento à mulher que sofresse qualquer tipo de violência, punindo o repressor; e com a conquista de 80% de suas demandas acolhidas a elaboração da Constituição de 1988.

Por falta de autonomia administrativa e orçamentária e pela integração com outros órgãos da Administração, a atuação dos Conselhos se limitou à:

... assessoria na elaboração dos projetos, o que funciona como propaganda positiva para o Estado, na medida em que se baseiam na elaboração já existente do movimento, dando aos projetos um discurso feminista; além disso, seu sucesso em incorporar diferentes setores no movimento em fóruns de discussão da política do Estado, mas que não têm qualquer poder de decisão, amplia a visão de abertura democrática, com a abertura de espaços de discussão política. A ampliação dos projetos, entretanto, fica a cargo de outras secretarias ou ministérios.³

Já as normas constitucionais englobaram:

... a igualdade na família (aboliu-se a figura do chefe) que passou a ser considerada “Uma Sociedade Conjugal, cujos direitos e deveres são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher [...], o divórcio pode ser requerido após um ano de separação judicial, podendo as pessoas se divorciar quantas vezes quiserem (anteriormente só poderiam se divorciar uma vez); crianças e adolescentes ficam aos cuidados não apenas da família, mas da Sociedade e do Estado. Filhos havido dentro ou fora do casamento passam a ter igualdades de direitos. Na questão da violência, a lei prevê que o Estado intervirá inclusive

3 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 290.

no interior do grupo familiar, modificando a noção do absoluto pátrio-poder. O planejamento familiar “é livre decisão do casal “[...], cabendo ao Estado proporcionar “recursos educacionais e científicos”.”⁴

Uma importante ressalva é que antes da Constituição de 1988, as creches eram vistas como assistencialismo, familismo e subsidiariedade estatal, o que se tornou um direito social, o que comprova a importância desta Carta como instrumento de absorção da cultura do Movimento Feminista Brasileiro.

Na Terceira se observa a predominância das demandas dos grupos marginalizados, utilizando a reflexão coletiva das mulheres e sua troca de experiências heterogêneas, devido a existência de diversas formas de subordinação derivadas das diferenças culturais, sociais, políticas e econômicas que geram demandas ambíguas ou até contraditórias. É nesse íterim que Matos afirma que a nessa fase há ênfase nas diferenças intragênero.

Assim, a Terceira Fase do Movimento abraçou as causas mais heterogêneas possíveis, refletindo-as a partir dos anos 90, tais como:

- liberalismo: Ele tem como objetivo a busca da igualdade entre os sexos, mas sem mudança estrutural da sociedade;

Feministas liberais têm um foco na reversão das desigualdade e hierarquias muito mais prático que teórico. De acordo com essa corrente, a opressão das mulheres é função das barreiras legais do Estado, que impedem a realização de direitos individuais. O surgimento das demandas feministas liberais, fora de RI (Relações Internacionais), é ligado às revoluções burguesas do século XVIII, buscando, porém, estender às mulheres os direitos políticos e civis restritos apenas aos homens. Essa busca por extensão dos direitos masculinos às mulheres faz com que liberais vejam o Estado como agente potencial de promoção da igualdade. Apesar de ele se engajar em práticas discriminatórias, seria a autoridade mais apropriada para garantir os direitos das mulheres.⁵

- radicalismo: Este movimento também anseia pela igualdade entre os sexos, mas com mudanças na estrutura social;

4 COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. *O feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 385.

5 MONTE, Izadora Xavier do. *O Debate e Os Debates: abordagens feministas para as relações internacionais*. Estudos Feministas, Florianópolis, 21 (1), 424, jan. / abr. 2013, p. 72.

Feministas radicais vão se opor às liberais e suas afirmações de que as únicas barreiras presentes à emancipação feminina são as legais. [...] feministas radicais priorizam a autonomia e a liberação das mulheres em relação a normas masculinistas e heteronormativistas [...] O projeto político das radicais está na defesa da superioridade cultural dos valores femininos...⁶

- conservadorismo: Ele está satisfeito com a estrutura contemporânea;
- libertarismo: Tem como foco a liberdade individual por cada um ser proprietário de sua própria vida;
- separatismo: Ele não aprova a heterossexualidade. Segundo Frye⁷, a mulher tem o poder de controlar o acesso do homem à si própria.
- ecofeminismo: Sob vieses neomalthusianos, não responsabiliza o crescimento populacional pelo aumento da pobreza, mas pela destruição ambiental;

Na interpretação das ecofeministas, toda opressão existe em um contínuo; toda exploração, seja ela expressa no uso insustentável dos recursos naturais, na violência doméstica ou em guerras totais, está inter-relacionada e é essencialmente a mesma, variando apenas em grau. As mulheres, associadas cultural e linguisticamente ao mundo natural, sofrem a forma de exploração primordial. Todas as outras formas de opressão, de alguma forma, estão modeladas a partir daquela experimentada pelas mulheres. [...] Ecofeministas vão defender a importância da substituição do ideal da autonomia – ideal masculinista que organiza todas as formas de exploração em um contínuo – pelo da interdependência. Uma visão que redefina a relação entre homens e mulheres, entre estes e a Terra, baseada em respeito, reconhecendo a interdependência inevitável entre todos, seria a forma de superar as diversas formas de opressão da nossa sociedade.⁸

- marxismo ou socialismo: Segundo Monte, esse movimento acredita que a opressão das mulheres é derivada da criação da

6 MONTE, Izadora Xavier do. *O Debate e Os Debates*: abordagens feministas para as relações internacionais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 21 (1), 424, jan. / abr. 2013, p. 72-73.

7 FRYE, Marilyn. *Algumas Reflexões sobre Separatismo e Poder*. Herética Difusão Lesbofeminista. Disponível em: <https://apoiamutua.milharal.org/files/2014/01/Separatismo-e-Poder-leitura.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2019.

8 MONTE, Izadora Xavier do. O debate e os debates: abordagens feministas para as relações internacionais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 21 (1), 424, jan. / abr. 2013, p. 76.

propriedade privada. “Para os socialistas, as diferenças entre condições materiais de existência de homens e mulheres são a base da opressão feminina - a principal fonte do patriarcado é, assim, o controle dos homens sobre o trabalho feminino...”⁹;

- anarcafeminismo: Conforme Dell’Aglio e Machado¹⁰, o anarcafeminismo defende a tomada de poder pelas mulheres a fim de destruir as raízes do patriarcalismo sem percorrer os caminhos institucionais e sem utilizar estratégias que estejam ao alcance do Estado.

- negrismo ou pós-colonialismo: Tem como foco superar a Segunda Fase do Movimento que tinha como porta voz as mulheres brancas e ricas, as quais não supriam nem revelavam as verdadeiras demandas sociais dos grupos marginalizados tanto na sociedade como um todo quanto dentro do próprio Movimento Feminista. Castro e Abramovay¹¹ acreditam que, mesmo reconhecendo que o sexo e a raça são elementos que produzem profundas desigualdades estruturais na sociedade, o Brasil ainda tem pouca disponibilidade de incorporá-los na elaboração das suas políticas públicas por crença no mito de que “a discriminação não se dá pela raça, mas pela pobreza, e de que as mulheres se encontram no mesmo patamar de discriminação e desigualdade.”¹² Por isso, não se entende que a hierarquização entre mulheres brancas e negras aumenta a separação entre elas dentro do próprio Movimento Feminista, o que impossibilita a eliminação das diferenças por acreditarem que exista uma globalização de classes e raças.

O Movimento de Mulheres Negras [...] pretende tornar visível a realidade vivida e busca formas organizativas para as mulheres visando a superação das consequências do racismo. As mulheres negras, ao criarem suas formas próprias de organização, seus próprios encontros etc, se constituíram numa outra vertente de mulheres, e têm mantido uma relação educativa com o feminismo

-
- 9 MONTE, Izadora Xavier do. O debate e os debates: abordagens feministas para as relações internacionais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 21 (1), 424, jan. / abr. 2013, p. 73.
- 10 DELL’AGLIO, Daniela Dalbosco; MACHADO, Paula Sandrine. Feminismo e o Anarquismo pelas Bordas: a resistência enquanto ação política. *Conversas e Controvérsias*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan. / jun. 2018, p. 44-56.
- 11 CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. *Gênero e Meio Ambiente*. São Paulo: Cortez, UNESCO, UNICEF, 1997.
- 12 CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. *Gênero e meio ambiente*. São Paulo: Cortez, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 21.

ao iluminarem as questões da diferença e igualdade entre as mulheres negras e brancas e ao introduzirem a necessidade concreta de se utilizar também a categoria raça, além do gênero, para uma compreensão mais concreta da realidade de exclusão das mulheres.¹³

- construtivismo: Argumenta que o conceito de gênero é construído por meio do discurso social e cultural. Castro e Abramovay¹⁴ destacam que para o Feminismo Construtivista a palavra gênero não está ligada ao sexo informado, mas ao discurso produzido por cada indivíduo.

- lipstickismo: Ele resgata os símbolos tradicionalmente reconhecidos como femininos; e

- interseccional: Segundo Gomes, ele “... tenta conciliar as demandas das outras minorias que têm se apresentado dentro do feminismo, considerando a classe social, orientação sexual, deficiência física, [...]”¹⁵.

Por ser um país que o mínimo de conforto social não era assegurado, que a divisão sexual fazia parte da estrutura social, mas que estava passando por uma ampliação vertiginosa da participação feminina no mercado de trabalho, devido à crise econômica instaurada, a Terceira Fase do Movimento Feminista Brasileiro teve cara esquerdista, humanizador do público e politizador do privado, entrelaçando a esfera privada com a esfera pública, tendo como palco as universidades e os partidos.

Além desses, as mulheres utilizavam os sindicatos como instrumentos para articular as demandas do mundo privado no mundo público, apesar de na prática terem pouca participação a nível das direções sindicais por “...desigual representação de gênero na hierarquia partidária, (e) nos centros de poder sindicais...”¹⁶

13 SOARES, Vera. Movimento Feminista: paradigmas e desafios. *Estudos Feministas*, v. 2, 2º semestre 2004, p. 20.

14 CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. *Gênero e Meio Ambiente*. São Paulo: Cortez Editora, UNESCO, UNICEF, 1997.

15 GOMES, Maria Oliveira. *Redes Sociais e Manifestações sobre o Feminismo*. São Luís: UFMA, VIII Jornada Internacional Políticas Públicas: um século de reforma e revolução, 2017. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo6/redessociaisemanifestacoessobreofeminismo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

16 COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 264.

Apesar de ter uma vertente partidária e/ou sindical, em que a base do Movimento eram organizações religiosas, políticas e feministas, hoje o Movimento Feminista Brasileiro busca sua autonomia e distanciamento do Governo, fazendo com que os Conselhos se auto representem, ao invés de representar um determinado Governo ou força dominante.

Para garantir essa autonomia, o Movimento tem buscado a dupla militância, ou seja, participar tanto dos assuntos pertinentes aos Partidos Políticos, quanto dos Sindicatos, de forma a não contaminar os assuntos pertinentes a militância feminista.

Para Costa e Sardenberg¹⁷, essa autonomia é vista como meio de estender aos indivíduos enquanto modeladores de outros indivíduos, pois ao criar meios de expressão relativamente autônomos se permite responder as demandas singulares.

Castro e Abramovay creem que essa sustentabilidade pode ser construída por intermédio do

... acesso à terra; estrutura fundiária rural; crédito rural e distribuição; e efeitos por gênero de tecnologias de organização econômica da produção de alimentos; [...] sistema de informações estatísticas sobre trabalho na área rural; indicadores de qualidade de vida relativos ao meio ambiente [...]; saneamento; água [...]; fontes de energia; valor nutricional [...]; situação quanto à habitação; déficit habitacional e qualidade de transporte urbano e rural [...]; ritmo de vida na contemporaneidade; dupla jornada; duração do trabalho; tempo de lazer e de sono; efeitos do aumento da economia domiciliar sobre as mulheres [...]; situação das meninas e das adolescentes quanto às condições do lugar de trabalho e de moradia; presença e tipo de participação das mulheres na maquinaria do Estado [...]; orçamento público e lugar dos programas relacionados a questões ambientais, tendo em vista gênero dos beneficiários [...]; estado da legislação e o lugar da mulher nessa, quanto a: propriedade da terra e do lugar de moradia; proteção dos trabalhadores contra atividades e relações de trabalho que impliquem risco à saúde; tecnologias alternativas disponíveis e possibilidades de participação das mulheres como inventoras e usuárias das tecnologias; tipos de instrumentos usados no trabalho e sua conveniência, considerando a mulher, seu corpo; programas de segurança social, aumento do desemprego, dos sem-teto, dos sem acesso à subsistência básica e dos sem-terra; conhecimentos sobre identidade masculina e trabalhos com

17 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008.

os homens, em plano relacional homem/mulher, em áreas que tradicionalmente são consideradas da mulher [...]”¹⁸

Matos reconhece ainda uma quarta fase demonstrada por meio:

1) da institucionalização das demandas das mulheres e do feminismo, por intermédio da entrada (parcial) delas no âmbito do Poder Executivo e Legislativo [...]; 2) da criação de órgãos executivos de gestão de políticas públicas [...]; 3) da consolidação do processo de institucionalização das ONGs e das redes feministas e, em especial, sob a influência e a capacidade de articulação e financiamento do feminismo transnacional e da agenda internacional de instituições globais e regionais [...] referidas aos direitos das mulheres; 4) uma nova moldura teórica [...] para a atuação do feminismo: trans ou pós-nacional, em que são identificadas uma luta por radicalização anticapitalista e uma luta radicalizada pelo encontro de feminismos e outros movimentos sociais no âmbito das articulações globais de países da moldura Sul-Sul [...] inaugura aqui um movimento de profunda reorganização do Estado que passa a se ocupar, na região, de modo mais efetivo, com perspectivas, desta vez multidimensionais, da justiça social (e não apenas no eixo da redistribuição econômica). A “quarta” onda traz também os desafios da horizontalização dos movimentos feministas e da construção coletiva do diálogo intercultural e intermovimentos.¹⁹

A autora acima enfatiza que essa quarta fase reforça o princípio da não-discriminação, não somente com base nos gêneros, mas na raça, etnia, nacionalidade ou religião.

Superada a demanda dominante de busca da igualdade entre os sexos das Primeiras e Segundas Fases do Movimento Feminista; a Terceira Fase entende que a diferença entre eles é vital tanto quanto a solidariedade entre si, pois a desigualdade de gênero é consequência da sustentabilidade social; e a Quarta Fase engloba quaisquer tipos de minoria que se sintam discriminadas, as quais já podem ser visualizadas nas causas abraçadas pela Terceira Fase.

Assim, podemos delinear as atuais demandas do Movimento Feminista Brasileiro em busca da equidade de gêneros.

18 CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. *Gênero e Meio Ambiente*. São Paulo: Cortez, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 130.

19 MATOS, Marlise. Movimento e Teoria Feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global? *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, jun. 2010, p. 80-81.

2.2 *As atuais demandas do movimento feminista brasileiro e os instrumentos para alcançá-las*

Direitos e sujeitos que em fases anteriores eram omitidos ganharam enfoque. Exemplo disso foi a Agenda 21 de Ação das Mulheres, derivada da ECO-92, que além de ter visado integrar as questões de gênero com as de meio ambiente, inseriu no discurso feminista temas como a governança, o militarismo, a globalização, os direitos da terra, a segurança alimentar, os direitos das mulheres, os direitos reprodutivos, a ciência e a tecnologia, e a educação.

Em 1994, a Conferência Preparatória do Fórum de ONGs da América Latina e Caribe predominou a “justiça social entre homens e mulheres, equidade entre os gêneros, defesa de direitos específicos e associação entre desenvolvimento sustentado e direitos à cidadania, e políticas públicas no combate às desigualdades sociais”²⁰, mas não obteve grandes resultados.

Já o RIO+10 ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002, tratou de temas, tais como:

[...] descentralização, redistribuição do poder, transparência e governabilidade democrática, perspectiva de desenvolvimento sustentável, ética e democracia, poder e participação política das mulheres, globalização – suas ameaças e possibilidades e o respeito à diversidade [...] além de permanecer com o tratamento da) inclusão de raça, etnia, classe social e opção sexual, a importância da educação e a necessidade de informações qualificadas e acessíveis, o papel da mídia na construção da imagem da mulher e de uma cultura de paz²¹.

Para tentar por em prática os acordos assinados, foi criada a Secretaria de Política para Mulheres em 2003, contando com a participação de membros da sociedade civil e do Governo.

Mais de uma década depois a Agenda de Ação das Mulheres pela Paz e por um Planeta Saudável de 2015 tratou de temas recorrentes: “Paz e Direitos Humanos; Globalização e Sustentabilidade; Acesso a Controle e Recursos; Segurança Ambiental e Saúde; e Governança para

20 ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. *Engendrando um novo feminismo, mulheres líderes de base*. Brasília: UNESCO, 1998. v. 1, p. 52.

21 CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. *Gênero e Meio Ambiente*. São Paulo: Cortez, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 16.

o Desenvolvimento Sustentável²²; o que demonstra uma permanência, de forma mais aprimorada, nas temáticas levantadas no início dos anos 90.

Costa e Sardenberg²³ destacam ainda outras demandas feministas: igualdade salarial; disponibilização de creches que possibilitem tempo suficiente para sua inserção no mercado de trabalho; serviços de saúde eficientes; transporte público eficientes; escola e creches de tempo integral; parques gratuitos; restaurantes populares; lavanderia coletiva; representação política; e voz autônoma.

As autoras acima salientam que a maioria das demandas feministas giram ao redor do tempo disponível para as mulheres tanto para o exercício do trabalho remunerado quanto para seu descanso, unindo o espaço privado e público em equilíbrio retroalimentativo, um sustentando o outro.

Diante uma heterogeneidade de demandas, devemos buscar instrumentos para alcança-las de forma efetiva e eficaz. Além de dispositivos normativos e de uma jurisprudência de encontro com os direitos feministas demandados, é mister seu funcionamento em conjunto com políticas públicas adequadas que produzam efeitos efetivos e eficazes na supressão das demandas feministas.

Controles de convencionalidade que garantam o cumprimento dos objetivos nos acordos firmados durante os eventos realizados também poderiam ser ferramentas úteis para que os Estados busquem colocar em prática o que se comprometeram.

Além disso, a disponibilização de recursos suficientes para as Organizações Não-Governamentais e uma educação social quanto aos instrumentos disponibilizados pelas cortes internacionais para o monitoramento do cumprimento dos acordos firmados internacionalmente seriam catalizadores para o alcance dos direitos feministas buscados, proporcionando ao Movimento o acesso à justiça e à segurança jurídica tão almejada pela sociedade brasileira.

Costa e Sardenberg acreditam que somente por meio de uma democracia participativa e construtiva será possível alcançar às reivindicações feministas. A Educação Popular poderia ser utilizada

22 CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. *Gênero e Meio Ambiente*. São Paulo: Cortez, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 15.

23 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008.

como instrumento estimulador dessa democracia participativa ao produzir e transmitir “... conhecimentos e informações de maneira horizontal e participativa, implicando na retroalimentação do processo de aprendizagem conjunta [...] assim como no Feminismo não existe o que sabe e ensina para aquela que não sabe e só aprende. Uma aprende com a outra e ambas vivenciam um processo”²⁴, desencadeando um processo multiplicador.

Isso acontece devido a diferença de caracteres entre os gêneros masculino e feminino ser produto dos acontecimentos culturais “... a que o indivíduo é forçado no curso do seu desenvolvimento”²⁵, o que já fora assinalado por Castro e Abramovay.

Alguns pré-requisitos devem ser alcançados a fim de responder concretamente aos interesses feministas:

[...] a) Autonomia do movimento de mulheres em relação ao Estado, partidos políticos e entidades religiosas; b) garantia do exercício da democracia no interior do movimento e impulsionamento de instâncias coletivas de decisão; c) respeito às instâncias deliberativas e de direção existentes dentro do movimento de mulheres; d) unificação das lutas das mulheres do campo e da cidade; e) impulsionamento da articulação e integração do movimento de mulheres ao conjunto das lutas do movimento popular e movimento sindical, sem que isto signifique perigo de perder sua unidade e especificidade como movimento de libertação das mulheres, na perspectiva de construção do sindicalismo; f) definição de um posicionamento político geral em relação à situação política do país, buscando forjar seu caráter anticapitalista e anti-imperialista; g) defesa do caráter feminista e anti-patriarcal do movimento de luta pela libertação das mulheres, buscando colaborar para que os amplos setores do movimento de mulheres venham a se colocar nesse campo; h) defesa intransigente do direito de decisão e autonomia das mulheres em todas as questões que digam respeito ao seu controle sobre suas próprias vidas e denúncia de todas as formas de sua discriminação e opressão.²⁶

A criação de comissões seria outro método que orientaria os pais e professores a fiscalizar os livros didáticos e utilizar os meios de comunicação para discutir e divulgar propostas igualitárias, não

24 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 338.

25 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 315.

26 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 286.

somente no campo da lei, mas também na família, na escola, na igreja, nos meios de comunicação e na ciência.

Outra proposta seria a criação de Oficinas da Identidade, que enfatizam tanto o pessoal quanto o político, de forma a auxiliar a reflexão, a ajudar a romper o isolamento e a desencadear as mudanças de comportamento necessárias.

Todas aquelas atitudes visam:

[...] a) articular as lutas das mulheres que se encontram dispersas, visando o fortalecimento e o crescimento dessas lutas; b) a partir da sua formação procurar estabelecer contato com as obrigações dos vários municípios e estados para dar a conhecer nossas propostas, buscando a ampliação da coordenação; c) troca de experiências entre as organizações e ajuda mútua, de acordo com as capacidades e possibilidades diferenciadas do movimento; d) trabalhar no sentido de buscar formas unificadas de respostas para os sérios problemas financeiros que travam o avanço das lutas [...].²⁷

Dessa forma, o indivíduo poderá se desenvolver de forma mais conveniente ao seu “[...] temperamento, desejos e vontade, independentemente do sexo a que pertença”²⁸.

Sendo uma sociedade com uma cultura e demandas particulares, o Brasil necessita de uma legislação processual que responda aos interesses dessa sociedade em particular, devendo construir um modelo processual civil próprio com influência do Neoconstitucionalismo.

3 A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Movimento Feminista Brasileiro obteve vários êxitos no que tange a legislação infraconstitucional processual civil brasileira.

Essas conquistas percorreram um caminho iniciado em 2005 com a inserção de modificações ao Código de Processo Civil de 1973 até os dias atuais com a sanção do Novo Código de Processo Civil e suas consequentes promoções jurisprudenciais.

27 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 287.

28 COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. *O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008, p. 322.

Cabe ressaltar que os valores dos institutos que já estavam em caminho de mudança foram coerentemente modificados com a inserção do Novo Código no ordenamento jurídico.

A jurisprudência vem sofrendo uma tendência de valoração como guia para discussão dos julgamentos, devido a adoção gradativa do sistema de controle de constitucionalidade, o que leva a uma convergência equilibrada entre os modelos da *civil law*, da tradição romano-canônica da codificação civil, e a *common-law*, de valorização da hermenêutica jurisprudencial.

Cabe ressaltar que o Brasil tem adotado um sistema misto de controle de constitucionalidade, não adotando o sistema puramente difuso, o qual compete a todos os órgãos do judiciário de origem americana, nem o sistema puramente concentrado, o qual compete a um único órgão do judiciário de origem austríaca.

Isso fez com que se criasse um sistema de precedentes brasileiro a fim de estabilizar as decisões judiciais e dar normatividade aos precedentes com caráter vinculante, procurando dar ao sistema maior isonomia, maior celeridade processual, maior economia judiciária e maior segurança jurídica ao permitir maior previsibilidade das expectativas estatais.

Apesar das críticas de que esse modelo limita o acesso a justiça de forma individual e causa estagnação da hermenêutica, o que se verifica é que o modelo anterior não conseguia suprir as demandas de massa jurisdicionais provocadas pela globalização que ampliaram os direitos difusos, transindividuais ou metaindividuais, os quais exigem maior capacidade hermenêutica do direito.

Pedron, Xavier e Azevedo²⁹ deixam claro que os precedentes são tratados no Brasil como norteadores para construção de uma tese jurídica participativa e interpretativa, podendo ser modificada conforme as peculiaridades de cada caso.

Esses tais direitos difusos e coletivos caminham junto ao Movimento Feminista Brasileiro, os quais unem o positivismo a uma maior heterogeneidade de fatos.

29 PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; XAVIER, Conceição Lourdes; AZEVEDO, Fábio Silva. O Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista CRJ*, Brasília, Ano XIX, n. 67, set./dez. 2015, p. 85-94.

O Neoconstitucionalismo deu permissão a atuação positiva judicial para dar acesso à justiça a todos, independentemente do seu credo, cor, raça, sexo ou condição econômica, superando a concepção clássica da função judicial de “legislador negativo”.

[...] a finalidade do direito é o compromisso com a concretização dos direitos fundamentais. Os princípios normativos são chaves que abrem para inúmeras possibilidades de reconhecimento e defesa dos direitos. Ao mesmo tempo, são estes mesmos princípios que se constituem em ponte de ligação entre o direito e a moral.³⁰

De encontro com essa tendência de valoração da jurisprudência, o Código de Processo civil deu previsão a alguns instrumentos: súmulas vinculantes, as repercussões gerais e as técnicas de julgamento especiais repetitivos.

Segundo os artigos 102, inciso III, parágrafo 2º e o 103-A da Constituição Federal de 1988, a Súmula Vinculante é

Efeito obrigatório de uma decisão definitiva tomada em instância superior em relação às decisões de instância inferior, as quais deverão observá-la sempre que se discuta matéria idêntica.

No Supremo Tribunal Federal, as decisões definitivas de mérito tomadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possuem efeito vinculante. As Súmulas desta Corte apenas produzirão efeito vinculante após a confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.³¹

Já a Repercussão Geral, segundo o artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1.035 do Código de Processo Civil de 2015, é

Instrumento processual que possibilita ao Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários que serão analisados, de acordo com os critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados ao STF, uma vez que, constatada a existência de repercussão geral,

30 ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positiva do Direito*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1. Acesso em 12 mar. 2017.

31 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>. Acesso em 02 abr. 2017.

a Corte analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.³²

Por fim, conforme o artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, as técnicas de julgamento especiais repetitivos são aplicáveis quando há uma multiplicidade de recursos especiais com teses jurídicas idênticas, cuja solução será aplicada a todas as demais com mesma questão de direito.

Por meio desses mecanismos podemos garantir maior celeridade e acesso à justiça para a heterogeneidade de grupos que o Movimento Feminista Brasileiro engloba de forma a não deixar nas mãos do legislador a tarefa de pensar cada possibilidade nesse universo infinito de formas que os fatos podem obter.

Deixa a cargo do jurista, portanto, guiando-se por meio das regras, dos princípios e dos valores constitucionais, a construção de uma hermenêutica mais homogênea, mas que englobe a sociedade como um todo, atendendo a todas suas particularidades e grupos ditos minoritários.

É importante analisar quais mudanças no ordenamento jurídico do Código Processual Civil foram realizadas influenciadas pelo Neoconstitucionalismo e pelo Movimento Feminista Brasileiro.

4 AS MUDANÇAS LEGAIS PROCESSUAIS CIVIS INSERIDAS EM RESPOSTA AO NEOCONSTITUCIONALISMO E AO MOVIMENTO FEMINISTA BRASILEIRO

O caminho de conquistas alcançadas pelo Movimento Feminista Brasileiro no que tange as alterações do Código de Processo Civil de 1973 se inicia com a Lei 11.112 de 13 de maio de 2005 que altera o artigo 1.121 do Código de Processo Civil então vigente para incluir, como requisito indispensável à petição da separação consensual, o acordo entre os cônjuges relativo ao regime de visitas dos filhos menores.

Em seguida a Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007 altera os artigos 982, 983 e 1.031 e adiciona o artigo 1.124-A do Código de Processo Civil para possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

32 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em 02 abr. 2017.

Por último, a Lei 12.398 de 28 de março de 2011 modifica o inciso VII do artigo 888 do Código para a guarda e a educação dos filhos aos avós.

O Novo Código de Processo Civil, que iniciou sua vigência em 18 de março de 2016, produziu algumas mudanças no que tocam aos direitos positivados feministas.

Enquanto antes qualquer dos cônjuges poderia ser citado para as ações fundadas em *dívidas contraídas pelo marido*, previsto no artigo 10 do Código de Processo Civil de 1973, agora qualquer dos cônjuges passa a poder ser citados para as ações fundadas em *dívidas por quaisquer dos cônjuges*, conforme artigo 73 do Código de Processo Civil de 2015.

Com relação a competência do foro, no artigo 100 do Código de Processo Civil de 1973 o foro competente era o da residência da mulher para a ação de desquite e de anulação de casamento; em 1977 o artigo foi retificado passando ser a residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges e sua conversão em divórcio, e para a anulação de casamento. Já na nova versão do Código de Processo Civil, no artigo 53, o foro para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável passou a ser o do domicílio do guardião de filho incapaz, o do último domicílio do casal, se não tiverem filho incapaz, ou o do domicílio do réu, se nenhuma das partes residirem no antigo domicílio do casal.

A dispensa do arbitramento do valor da responsabilidade nas hipotecas em favor da mulher casada e da avaliação dos bens mencionados pelo marido por perito nomeado por juiz para garantirem o dote, prevista no artigo 1.206 do Código de Processo Civil de 1973, deixou de existir, pois denotava tratamento desigual entre os sexos.

O artigo 1208 do Código de Processo Civil de 1973, que trata da insuficiência dos bens oferecidos para a hipoteca legal em favor da mulher casada, também deixou de existir em favor também do tratamento igualitário entre os sexos.

Além dessas alterações quanto ao anterior Código de Processo Civil, logo em 25 de novembro de 2016, a Lei 13.363 estipulou direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que tivesse dado à luz e para o advogado que se torna pai.

Por fim, é mister avaliar os efeitos que essa nova legislação provocou sobre a jurisprudência que tenha como matéria os direitos feministas.

5 OS EFEITOS JURISPRUDENCIAIS FEMINISTAS SOB O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E SOB O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Afim de avaliar o potencial das transformações do novo modelo jurídico brasileiro quanto a garantia de acesso à justiça e à segurança jurídica ao Movimento Feminista Brasileiro, pesquisou-se dados quantitativos dos sítios eletrônicos dos Tribunais Superiores: Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), para ter uma visão geral dos efeitos jurisprudenciais sobre a matéria direitos feministas com a adoção do Novo Código de Processo Civil.

O CPC-73 vigorou até o final do ano de 2015, entrando em vigor o CPC-2015 em 2016. Dessa forma, buscou-se a quantidade de jurisprudência relacionada ao termo “mulher” nos sítios do STF e no STJ sob vigor do CPC-73 e, na atualidade, sob vigor do CPC-2015.

No sítio eletrônico do STF se observou 8929 acórdãos, 1464 decisões monocráticas, 220 decisões da presidência, duas questões de ordem e seis matérias de repercussão geral, ligados ao termo “mulher” sob vigor ao CPC-73.

Já sob vigor ao CPC-2015, foram encontrados 63 acórdãos, 1789 decisões monocráticas, 29 decisões da presidência e uma matéria de repercussão geral, ligados ao termo “mulher”.

Como os méritos das questões e decisões dos casos de repercussão geral geram um efeito vinculativo aos outros casos idênticos que aparecerem, denotando a tendência atual de valoração da jurisprudência, escolhemos selecioná-los como objeto de estudo.

O único caso ligado ao termo “mulher” que lhe foi concedido matéria de repercussão geral após a entrada em vigor do CPC-2015 foi o caso de uma gestante que estava participando de um concurso público e tinha requerido a remarcação do teste de aptidão física, o RE 1058333 RG / PR – Paraná.

No sítio eletrônico do STJ se observou dois acórdãos de repetitivos, duas súmulas, 1375 acórdãos e 127 informativos, ligados ao termo “mulher” sob vigor ao CPC-73.

Já sob ao CPC-2015, foram encontrados três acórdãos de repetitivos, duas súmulas, 925 acórdãos e 20 informativos de jurisprudência, ligados ao termo “mulher”.

Como os acórdãos de recursos repetitivos também geram teses jurídicas idênticas, ou seja, valoração da jurisprudência, trabalhou-se com sua análise.

O primeiro acórdão de recurso repetitivo é o Recurso Especial 1675874 / MS que estabelece indenização, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. O segundo é o Recurso Especial 1643051 / MS também estabelece indenização, a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar. Por fim, o terceiro é a Petição 11805 / DF que segue a tese dos Recursos Especiais anteriores ao determinar o direito de indenização, a título de dano moral, caso haja pedido expresso, nos casos de violência doméstica contra a mulher.

Portanto, o Código de Processo Civil de 1973 recebeu 12 mil demandas com relação ao termo “mulher” no STF e STJ em seus 42 anos de vigência, sendo que apenas oito casos permitiram uma maior valoração da jurisprudência feminista utilizando os instrumentos legais previstos para tanto: as matérias de repercussão geral e os acórdãos repetitivos.

É importante salientar que esses dados estão dentro do seguinte universo de casos que tratam do CPC-73 no STJ: 580 acórdãos repetitivos, 558 súmulas e 539.889 acórdãos; e no STF: 33.408 acórdãos, 21 súmulas, duas súmulas vinculantes, 191.385 decisões monocráticas, 7.677 decisões da presidência, 256 questões de ordem, 155 matérias de repercussão geral e 3.630 informativos.

Tendo esses universos em mente, podemos constatar o quanto os números de casos que tratam dos direitos das mulheres são ínfimos, pois de 773.931 casos que estavam sob o CPC-73, somente 12 mil tinham relação com os direitos feministas, o que equivale a 1,55% dos casos que evocam o CPC-73 pelos tribunais superiores.

Quanto ao universo dos casos que utilizam instrumentos que valorizam a jurisprudência como fonte de direito: acórdãos repetitivos, matérias de repercussão geral e súmula vinculante, enquanto os que estão sob o CPC-73 são 722, sendo que os que interseccionalizam com os direitos feministas representam somente 1,11%; e os que estão sob

o CPC-2015 são 300, sendo que os que tratam dos direitos feministas denotam uma parcela de 1,33%. Portanto, houve somente um aumento de 0,22% do ativismo jurídico feminista em busca de seus direitos perante o Judiciário.

Desta forma, apesar da vigência de quase quatro anos do Novo Código de Processo Civil, já se pode constatar que seus efeitos jurisprudenciais sobre os direitos feministas, utilizando os valores no Neoconstitucionalismo, ainda não demonstraram um grande avanço na busca do acesso à justiça e à segurança jurídica, como para os demais movimentos sociais, para garantia de fato do cumprimento dos princípios constitucionais.

6 CONCLUSÃO

Perante a tendência Neoconstitucionalista brasileira, a jurisprudência ganha um crescente valor como fonte de direito, fazendo com que a lei positivada, sua original fonte primária de direito, dívida um espaço equilibrado com a jurisprudência das teses jurídicas.

Isso se deve a tentativa de dar acesso à justiça e à segurança jurídica aos mais diversos movimentos sociais inseridos em um Estado que não dá garantias mínimas de conforto social à sua população por meio de suas políticas públicas.

Dando enfoque as demandas sociais de um movimento de sensível crescimento de suas atividades, o Movimento Feminista Brasileiro, pode-se averiguar que, apesar de diversos acordos internacionais e algumas mudanças legislativas processuais civis, os resultados obtidos por meio do estudo quantitativo da jurisprudência dos tribunais superiores são ínfimos diante do universo do ativismo jurídico brasileiro.

Os quase quatro anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015 demonstrou que ainda não foi capaz de estimular o ativismo jurídico do Movimento Brasileiro Feminista e explorar o potencial da utilização dos instrumentos valorativos da jurisprudência: súmulas vinculantes, repercussões gerais e as técnicas de julgamento especiais repetitivos.

Portanto, o levantamento dos dados quantitativos jurisprudenciais desses instrumentos leva a acreditar que o Governo deve desenvolver políticas públicas de educação para as mulheres a fim de que elas conheçam seus direitos e as formas de acessá-los.

7 REFERENCIAS

ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. *Engendrando um novo feminismo, mulheres líderes de base*. Brasília: UNESCO, 1998.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, 1973.

BRASIL. *Constituição*, 1988.

BRASIL. *Lei nº 11.441*, de 04 de janeiro de 2007.

BRASIL. *Lei nº 12.398*, de 28 de março de 2011.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, 2015.

BRASIL. *Lei nº 11.112*, de 13 de maio de 2015.

BRASIL. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em 02 abr. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>. Acesso em 02 abr. 2017.

BRASIL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 mar. 2017.

CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. *Gênero e meio ambiente*. São Paulo: Cortez, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 16.

COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. *O feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas*. Salvador: UFBA, 2008.

DELL'AGLIO, Daniela Dalbosco; MACHADO, Paula Sandrine. Feminismo e o anarquismo pelas bordas: a resistência enquanto ação política. *Conversas e Controvérsias*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./jun. 2018, p. 44-56.

FRYE, Marilyn. *Algumas reflexões sobre separatismo e poder*. Herética Difusão Lesbofeminista. Disponível em: <https://apoiamutua>.

milharal.org/files/2014/01/Separatismo-e-Poder-leitura.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

GOMES, Maria Oliveira. *Redes sociais e manifestações sobre o feminismo*. São Luís: UFMA, VIII Jornada Internacional Políticas Públicas: um século de reforma e revolução, 2017. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo6/redessociaismanifestacoessobreofeminismo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global? *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, jun. 2010, p. 67-92.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; XAVIER, Conceição Lourdes; AZEVEDO, Fábio Silva. O novo Código de Processo Civil e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista CRJ*, Brasília, Ano XIX, n. 67, set./dez. 2015, p. 85-94.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positiva do Direito*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 mar. 2017.

SOARES, Vera. *Movimento feminista: paradigmas e desafios*. *Estudos Feministas*, v. 2, n. 2, semestre 2004.

ESPECIFICIDADES DO CONCEITO “DEMOCRACIA” EM KELSEN*

SPECIFICITIES OF THE CONCEPT “DEMOCRACY” IN KELSEN

Matheus Pelegrino da Silva¹ 

¹ Faculdade de Direito da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Freiburg, Alemanha. Pós-Doutorado no exterior junto à Faculdade de Direito da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e doutor em Direito e em Filosofia. E-mail: mathpelegrino@hotmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3012>

Recebido em: 11.03.2019

Aceito em: 09.08.2019

Resumo: O presente artigo apresenta o modo como Kelsen elabora e desenvolve sua definição de democracia e as particularidades envolvidas na definição que ele propõe. Esse objetivo é desenvolvido por meio da exposição e análise de textos de Kelsen nos quais são oferecidas considerações sobre a forma democrática de governo. O método empregado consiste na pesquisa bibliográfica dos escritos de Kelsen sobre o tema. Indica-se que a referência inicial para a análise kelseniana do termo “democracia” esta assentada em certa compreensão da definição de democracia da Grécia Antiga. Por meio dessa análise são destacados dois elementos importantes para o estudo, “povo” e “autonomia política”. Analisa-se então os significados possíveis desses elementos e é indicando que existe certa flexibilidade da atribuição de sentido aos mesmos. Finalmente, como reflexo das observações relativas às particularidades dos termos “povo” e “autonomia política” se esclarece como Kelsen concebe o significado do conceito “democracia”.

Abstract: The following article presents how Kelsen elaborates and develops his definition of “democracy” and indicates the particularities involved in the definition that he offers. This purpose is attained through the display and analysis of Kelsen’s texts on the democratic form of government. The employed method consists in the bibliographical research of Kelsen’s writings on the subject. It is indicated that the initial reference for the Kelsenian analysis of the meaning of the concept “democracy” will be based on a certain understanding of the Ancient Greek definition for “democracy”. Through this analysis two important elements for the investigation are identified, “people” and “political autonomy”. The possible meanings for these elements are analyzed and a certain flexibility in the attribution of meanings for them is indicated. Finally, as a reflex of the observations about the peculiarities of the concepts “people” and “autonomy” it is clarified how Kelsen conceives the meaning of the concept “democracy”.

* Esse artigo foi elaborado durante pós-doutorado no exterior, junto à Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, tendo sido financiado pela CAPES. No Processo 88881.171237/2018-01.



Palavras-chave: Autonomia política. **Keywords:** Democracy. Kelsen. People. Democracia. Kelsen. Povo. Political autonomy.

Sumário: 1 Introdução. 2 O emprego da noção de democracia da Grécia Antiga. 3 Governo democrático e a meta da igual liberdade dos governados. 4 Defesa das metas autonomia e igualdade. 5 Democracia não como o governo de todos, mas sim como o governo da maioria. 6 A liberdade intelectual como elemento essencial de um governo democrático. 7 A espécie de autonomia presente nos governos democráticos. 8 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Kelsen dedica uma parcela significativa de seus escritos às reflexões sobre a democracia, contudo ele não apresenta de modo direto e unificado qual seria sua definição para esta forma de governo. O presente texto se origina dessa constatação e objetiva apontar elementos em escritos de Kelsen que permitem esclarecer de que modo se configura a sua perspectiva com respeito ao significado do conceito “democracia”, bem como as razões que subjazem a seu modo de proceder com respeito a esta matéria.

2 O emprego da noção de democracia da Grécia Antiga

No início de *Essência e valor da democracia* Kelsen afirma que o conceito “democracia” é de difícil compreensão, pois quando se observa os casos em que tal conceito é empregado o que se encontra não torna possível a obtenção de um significado comum, unívoco, ou mesmo animado por uma ideia comum para tal termo.

Democracia é a palavra de ordem que de modo quase universal dominou os espíritos nos séculos XIV e XX. Exatamente por isso, porém, perde ela – como toda palavra de ordem, seu sentido próprio. Pois se acredita – a fim de acompanhar a moda política – que se deve utilizar o conceito de democracia, o qual é o mais mal-utilizado de todos os conceitos políticos, para todas as finalidades possíveis e em todas as ocasiões possíveis, muito frequentemente contraditórias, até que ele seja degradado a uma frase sem sentido determinado, convencional, por meio da costumeira irreflexão do linguajar político vulgar.¹

1 KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Aufl. 1929. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 153. Grifos do autor. Esse e todos os demais textos citados foram traduzidos pelo autor deste artigo.

O texto acima citado foi publicado em 1929, porém a validade da observação, de cunho sociológico, com respeito ao emprego retórico do termo “democracia”, permanece plenamente atual. Nos dias de hoje não é difícil encontrar casos concretos de governos que se autoneameiam democráticos apesar de não oferecerem qualquer espécie de liberdade política aos seus cidadãos, não admitirem o livre acesso às informações, à expressão de opiniões, além de estabelecer uma série de outros limites às atividades de cunho político dos indivíduos – a título exemplificativo cabe referir a República popular democrática da Coreia, nome oficial da Coreia do Norte. Considerando essa peculiaridade do conceito “democracia” Kelsen decide adotar uma premissa básica para desenvolver seu estudo sobre os governos democráticos, ele decide recorrer ao significado primeiro, do ponto de vista cronológico, ou seja, ao significado grego do termo “democracia”.

O significado original do termo “democracia”, cunhado pela teoria política da Grécia Antiga, era: governo do povo (*demos* = povo, *kratein* = governo). A essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio da liberdade no sentido de autodeterminação política.²

O elemento mais importante na definição “democracia” que a citação acima apresenta diz respeito à noção “autodeterminação política”, ou seja, à noção de autonomia, à capacidade de determinar os rumos do governo, determinar as normas existentes em certo estado. Essa definição propõe a vinculação da democracia à ideia de que os indivíduos irão controlar o governo e ela se ancora em um aspecto do modelo primeiro de democracia, na espécie de democracia que existiu na Atenas antiga. A democracia grega era caracterizada pelo fato de que todos os cidadãos possuíam a capacidade de interferir nas decisões políticas, pois eles determinavam quais normas seriam aprovadas e impostas. Contudo, é importante observar que essa espécie de democracia não incluía todos os indivíduos, mas apenas uma parcela destes, significa dizer, a democracia grega antiga não propiciava a todos o poder político, mas apenas a um grupo de indivíduos. Quando Kelsen oferece a descrição de democracia acima exposta ele já está apresentando uma abstração com respeito ao modelo ateniense de democracia. Tendo por base a democracia da Grécia Antiga seria preciso definir

2 KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy*. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 251. Grifos do autor.

democracia, afirmar que uma democracia, em seu significado original, seria a espécie de governo no qual o “povo” (uma espécie de povo, o grupo dos indivíduos com capacidade para exercer a autodeterminação política) determinaria os rumos do governo. Kelsen não inclui na sua exposição da democracia da Grécia Antiga acima citada esse elemento, o significado restrito para o termo “povo”, porém é de se reconhecer que esta restrição é de grande importância caso se pretenda esclarecer o que significava a democracia grega antiga, principalmente quando comparada com modelos contemporâneos, por exemplo, ao modelo francês ou norte-americano. Seguindo esse objetivo seria apropriado apontar que a democracia ateniense não seria idêntica à democracia norte-americana, por exemplo, uma vez que ela estaria muito mais próxima daquilo que se convencionou chamar de aristocracia (ou seja, governo de alguns) do que de uma democracia nos moldes da Idade Moderna ou Contemporânea.

Entretanto existe uma razão para Kelsen não se ocupar dessa espécie de consideração ao buscar definir “democracia”, pois o que ele pretende apontar, reconhecer e em boa medida reverenciar é um princípio contido na concepção grega antiga de democracia. O importante nesse modelo de democracia é uma ideia que permanece apesar das modificações ocorridas e dos desenvolvimentos que foram introduzidos no projeto de um governo democrático. A democracia contém, desde sua versão original, uma ideia importante, qual seja, atribuir aos indivíduos que se encontram sob o poder estatal a capacidade de controlar e orientar tal poder. O que reside em tal capacidade, o que torna tal regime, em sua primeira experiência concreta (a da democracia na Grécia Antiga), algo digno de consideração, é o fato de que ele oferece a primeira experiência de transferir a um grupo de submetidos ao governo (grupo este que no caso da democracia antiga é significativamente reduzido³) o poder de controlar tal governo.

3 Conforme aponta Thorley, na democracia da Grécia Antiga o número de adultos participantes das decisões políticas era consideravelmente inferior ao número total da população. “Em termos de números, parece que durante o quinto século o número de cidadãos homens adultos variava entre 30.000 e 50.000 de uma população total de aproximadamente 250.000 a 300.000. Havia talvez 80.000 escravos [...] e aproximadamente 25.000 metecas (homens, mulheres e suas famílias). Os cidadãos homens adultos eram provavelmente não mais do que 30 por cento da população adulta total”. THORLEY, John. *Athenian Democracy*. London: Routledge, 1996, p. 74.

3 Governo democrático e a meta da igual liberdade dos governados

Pode-se nesse momento observar que até o presente momento não se apontou qualquer virtude na ideia de um governo democrático, não foi demonstrada a validade de tal proposta de organização do governo. Um passo na direção de *uma espécie de justificação* será dado por Kelsen a partir da seguinte observação:

Na ideia de democracia – e é dela, e não da [ideia] mais ou menos semelhante dela da realidade *política* que devemos falar no que segue – estão unidos dois postulados de nossa razão prática, dois instintos primordiais do ser social exigem satisfação. Em primeiro lugar a reação contra aquela coerção que parte da situação social, o protesto contra a vontade estranha, frente à qual a própria [vontade] precisa se curvar, [o protesto] contra o tormento da heteronomia. É a própria natureza que se rebela na exigência da *liberdade* contra a sociedade. – O peso da vontade alheia, a ordem jurídica imposta será tão opressora quanto mais ilimitado for nos homens o sentimento primário do próprio valor em si e na rejeição da sobrevalorização dos outros, quanto mais elementar for o domínio, o comando relativamente à experiência da obediência: Ele é um homem como eu, nós somos iguais! Onde está seu direito a me comandar? Assim se põe a ideia decididamente negativa e com profundas raízes anti-heroicas da *igualdade* a trabalho da exigência igualmente negativa da *liberdade*.⁴

O núcleo argumentativo do texto acima citado consiste na apresentação da tese de que o modelo democrático seria dotado da capacidade de realizar dois propósitos, estaria relacionado à satisfação de duas metas *identificadas por certo número de indivíduos* como relevantes: 1^a evitar a heteronomia, significa dizer, evitar que as normas sejam normas produzidas por outros indivíduos que não aqueles que devem obedecer as normas; 2^a evitar que hajam diferenças (do ponto de vista da relação indivíduo-estado) entre os indivíduos, assegurar a igualdade política entre eles. Em verdade, pode-se reelaborar essas duas metas em uma única, a qual afirma ser objetivo da democracia a *igual autonomia* para todos os submetidos ao governo.

As metas acima mencionadas, impedir a heteronomia e assegurar a igualdade, são metas que *em princípio* são consideradas como capazes de serem atingidas em um governo democrático. É

4 KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Aufl. 1929. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 154. Grifos do autor.

importante observar que Kelsen não reivindica, em qualquer momento, que tais metas possuam alguma espécie de valor objetivo, absoluto. Kelsen menciona que partimos, ao tratar da democracia “[d]a ideia de que somos – *idealmente* – iguais”.⁵ Isso não significa de modo algum que de fato somos iguais, assim como não significa que Kelsen considera existir uma inclinação nos seres humanos, em todos eles, a se considerarem como iguais, a buscarem o reconhecimento de uma hipotética igualdade entre os indivíduos. Quando apresenta a definição para o conceito “democracia” Kelsen expõe um modelo de governo que seria o mais adequado *quando* os indivíduos possuem as duas metas acima citadas. A obrigação que ele assume é relativa, ela consiste em afirmar que o modelo democrático será *o mais eficiente* na satisfação das metas igualdade e autonomia dos indivíduos, e é a partir deste pressuposto que ele terá de provar as qualidades da democracia como forma de governo. O que fundamenta a relevância de tal alternativa, o que torna tal proposta algo digno de atenção, é algo que para Kelsen não estará presente em todos os indivíduos, significa dizer, não há, dentro da concepção oferecida por Kelsen, uma defesa absoluta da democracia.

O exame [...] do fundamento filosófico da democracia não é e não pode ser direcionado para uma justificação absoluta deste tipo de organização política; ele não tem a intenção, e nem poderia de fato tê-la, de provar que a democracia é a melhor forma de governo. É uma análise científica, e isto significa dizer objetiva, de um fenômeno social e não a sua avaliação no sentido de pressupor um valor social como incondicionalmente válido e a demonstração de que a democracia seja a realização desse valor. [...] uma teoria científica da democracia somente pode sustentar que esta forma de governo *tenta realizar a liberdade juntamente com a igualdade do indivíduo* e que *se* esses valores devem ser realizados, a democracia é o meio apropriado; isto implica que se outros valores sociais, outros que a liberdade e igualdade dos membros individuais da comunidade, devem ser realizados, como por exemplo o poder da nação, a democracia pode não ser a forma apropriada de governo. Isso, é claro, é – se for de fato uma justificação – somente uma justificação condicional da democracia.⁶

No pensamento de Kelsen a defesa da democracia se apoiará em dois objetivos que não são fundamentados. Não se encontra em suas

5 Id. *Ibid.*, p. 154. Grifó nosso.

6 KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy*. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 307. Grifos do autor.

reflexões uma justificação para o fato de que autonomia e igualdade seriam consideradas metas importantes, e igualmente não há uma defesa, de qualquer espécie, com respeito às (potenciais) qualidades de tais metas. A decisão sobre quais metas devem ser identificadas pelos indivíduos como importantes, a escolha sobre se igualdade e autonomia são objetivos importantes, ou se outros valores devem se sobrepor a estes, é deixada em aberto, ela resta nas mãos dos submetidos ao poder estatal, não fazendo parte dos objetivos de Kelsen justificar a validade de tais metas.

Com respeito a esse tema e em resposta a uma crítica recebida Kelsen menciona o seguinte: “Se me pronuncio a favor da democracia, faço-o exclusivamente pelos motivos que expus no último capítulo, ou seja, devido ao laço existente entre democracia e teoria relativista”.⁷ Por um lado é importante observar que Kelsen entende haver razão na teoria relativista, ser ela a teoria correta com respeito às questões axiológicas e epistemológicas. Ainda assim, ou, formulando de outro modo, exatamente em razão de tal relativismo, a preferência pelo governo democrático, quando ela ocorre, é de natureza utilitarista. Kelsen assume sua preferência pessoal pelo modelo democrático após reconhecer a validade do relativismo axiológico, pois a democracia facilita a materialização de tal relativismo. Em conexão com esse ponto é de se observar que para Kelsen a defesa incondicionada da democracia não é possível, nem mesmo quando se admite a validade do relativismo axiológico. Uma vez que (hipoteticamente) não existem valores absolutos, não se pode oferecer uma defesa desta natureza (i. e., em termos absolutos) para o modelo democrático, pois conforme esta concepção um governo democrático não é melhor do que um governo autocrático, e, portanto, ele não seria preferível, justamente por não existirem verdades absolutas conforme tal perspectiva, capazes de apoiar juízos absolutos sobre as qualidades de formas de governo.

4 Defesa das metas autonomia e igualdade

Conforme apontado, na teoria de Kelsen as metas autonomia e igualdade não são fundamentadas, porém, ainda assim, elas podem ser assumidas por alguns indivíduos. Partindo do fato de que os indivíduos

7 KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Aufl. 1929. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 218, nota de rodapé número 40.

reconhecem essas metas, cabe então dar o passo seguinte, é preciso notar que esses indivíduos devem não apenas reconhecer tais metas, mas também reivindicar a sua materialização, a sua implementação no estado existente. Colocando em outros termos, se tais indivíduos puderem escolher o modelo de governo, e *se* eles buscarem uma espécie de governo que possua a capacidade de atender suas expectativas, então o modelo a ser adotado será a democracia. Pode-se chegar à justificação do modelo democrático como o mais apropriado de modo direto, através da definição de democracia apontada por Kelsen, a qual é produto de uma abstração do modelo da Grécia Antiga de democracia e exibe um modo de assegurar a autonomia para todos, contudo também se pode chegar a este resultado pela via oposta, por meio da exclusão das outras alternativas.

Caso se considere as outras alternativas clássicas de formas de governo, a aristocracia e a monarquia, é possível perceber por quais razões tais modelos não se mostram apropriados. Na aristocracia o governo é orientado pelas decisões de um grupo de indivíduos, na monarquia ele é guiado pela decisão de um único indivíduo. Em ambos os casos está claro, desde o início, que tais governos não são compatíveis com a meta da igual autonomia. Nos dois modelos há uma diferença entre os indivíduos, uma vez que nem todos participam das decisões políticas, nem todos são dotados de autonomia, da capacidade de elaborar leis. Assim, pode-se por meio da exclusão de outras alternativas clássicas de organização estatal atingir a conclusão de que apenas uma democracia, e nunca uma aristocracia ou uma monarquia, possui a capacidade de realizar as metas da igualdade e da autonomia.

Entretanto, ainda existe outra espécie de governo a ser analisada, pois é preciso considerar outra forma de configuração do governo que também pode ser identificada como democrática. Juntamente com a ideia de democracia como governo *do* povo pode-se alinhar uma ideia semelhante, a de que a democracia poderia ser um governo *para* o povo. O argumento em favor dessa alternativa estaria fundado na ideia de que se um governo democrático é um governo que busca atender os interesses do povo, então não haveria a necessidade de os governados participarem da tomada de decisões por parte deste governo, contanto que o governo reconhecesse e perseguisse o propósito de satisfazer os interesses do povo. Além disso, ainda se aduz em favor dessa proposta a ideia de que um governo para o povo poderia ser inclusive superior qualitativamente a um governo do povo, pois se pode pensar que neste

caso apenas especialistas participariam das decisões políticas e em virtude disto as decisões tomadas seriam mais apropriadas, estariam baseadas em informações privilegiadas e não no mero arbítrio popular, o qual poderia ser menos hábil na escolha dos meios para realizar os objetivos perseguidos.

Duas críticas que Kelsen aponta a tal ideia podem ser sintetizadas da seguinte maneira: a) é difícil ou mesmo impossível determinar em que consiste o interesse do povo, eis que “o povo enquanto uma massa de indivíduos de diferentes níveis econômicos e culturais não tem uma vontade uniforme, que somente o ser humano individual possui uma vontade real, que a assim chamada ‘vontade do povo’ é uma figura de linguagem e não uma realidade”⁸; b) o bem do povo pode ser interpretado como constituindo algo distinto do que o próprio povo poderia considerar como sendo o seu bem, e deste modo tal categoria, “o bem do povo”, pode servir a qualquer propósito estabelecido por um governo.⁹

Além de observar a vagueza, aparentemente incontornável, relativamente ao significado da expressão “vontade do povo”, a segunda crítica acima citada indica um aspecto que é fundamental para a presente discussão, pois aponta para o requisito da liberdade enquanto autonomia. Quando os propósitos do governo são estabelecidos pelos indivíduos submetidos a este governo, eles exercem uma espécie de liberdade, a liberdade de elaborar as normas que eles deverão seguir. Esse é um elemento que está presente no modelo grego clássico de democracia, é um elemento que pode ser atribuído a um grupo de indivíduos, como o faz Kelsen, e tal elemento é rejeitado no modelo de democracia enquanto governo para o povo. Além dessa razão puramente formal e que consiste em apontar um interesse básico dos indivíduos, o qual, devemos aqui lembrar, é a referência primeira e fundamental para a proposta do governo democrático, pois ele é o modelo que mostra a

8 KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy*. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 252.

9 “A objeção de que [...] o interesse que o governo tenta realizar pode não ser o que o próprio povo considera ser seu interesse é rejeitada pelo argumento de que o povo pode estar equivocado quanto a seu ‘verdadeiro’ interesse, e que se o governo realiza o verdadeiro interesse do povo ele também representa a verdadeira vontade do povo e, portanto, ele deve ser considerado uma ‘verdadeira’ democracia – em contraposição a uma democracia meramente formal ou falsa”. Id. *Ibid.*, p. 255. Grifos do autor.

maior capacidade de atender tal interesse (a autonomia), Kelsen ainda aduz outro motivo para que se rejeite a ideia de uma democracia como governo para o povo.

Essa perversão do conceito de democracia, de um governo do povo [...] para um regime político [direcionado] no interesse do povo não é somente teoricamente inadmissível em razão de um mau uso da terminologia, mas é também muito problemática politicamente. Ela substitui enquanto critério a forma do governo definida como democracia por um julgamento de valor altamente subjetivo – o interesse do povo – ao invés do fato objetivamente apurável da representação por órgãos eleitos. Todo governo pode [...] afirmar que está agindo no interesse do povo. Uma vez que não existe qualquer critério objetivo para [julgar] o que é chamado de o interesse do povo, a frase “governo para o povo” é uma fórmula vazia, capaz de ser usada para uma justificação ideológica de qualquer espécie de governo.¹⁰

Deve-se reconhecer, como proposto acima, que um governo para o povo pode ser mais eficiente do que um governo do povo, pois um governo para o povo pode satisfazer quaisquer interesses que os indivíduos tenham (exceto o desejo da autonomia) em maior grau e com maior eficiência na obtenção dos resultados. A negação plena da autonomia que uma tal forma de governo propõe é a única razão que torna legítima, para aqueles que valoram a autonomia, a rejeição de tal governo. As críticas com respeito ao significado da “vontade geral” e à falta de controle sobre as decisões são válidas, porém o fundamento último e absoluto para a rejeição dessa proposta de governo permanecerá sendo o desacordo com a meta da autonomia.

Neste momento se mostra conveniente recordar uma observação apresentada por Kelsen em um texto intitulado *Verteidigung der Demokratie* (Defesa da democracia): “a compreensão correta da democracia não se refere tanto ao princípio da igualdade, e muito mais à *liberdade*, a autonomia política”.¹¹ O ponto central que tal observação visa indicar é que o cerne da ideia de democracia estará na satisfação do interesse na igual autonomia, significa dizer, “a democracia [em Kelsen] é fundada na (igual) liberdade (de todos), ao invés [de estar fundada] na igualdade”.¹² É preciso ressaltar que o argumento de Kelsen não busca

10 Id. *Ibid.*, p. 257. Grifos do autor.

11 KELSEN, Hans. “Verteidigung der Demokratie”. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 231.

12 JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. Texto introdutório para a obra *Verteidigung*

sustentar a impossibilidade de defender a igualdade material entre os indivíduos, pois o que ele pretende indicar, caso se combine a passagem acima citada com os argumentos destinados a criticar a ideia de governo para o povo, é que não haveria um vínculo necessário entre as metas da igual autonomia e da igualdade material. É possível que por meio da igual autonomia a igualdade seja promovida, porém não há garantia de que tal ocorra, eis que as decisões podem conduzir à perpetuação das desigualdades. O importante aqui é a alternativa contrária a essa: não se pode afirmar que a igual autonomia permanecerá quando a igualdade for reconhecida como meta última. Como visto acima, ao aceitar a ideia de um governo para o povo acaba-se por renunciar à necessidade da participação dos governados no governo. Consequentemente, o resultado que consiste na igualdade material *pode* advir de um governo que propicia a igual autonomia, mas o contrário, a igual autonomia, não precisará ser aceita (ao menos em certa medida) por um governo que busca a igualdade material, um governo para o povo.

5 Democracia não como o governo de todos, mas sim como o governo da maioria

Uma vez que se consegue excluir da esfera de possibilidades, para os indivíduos que adotam a meta da igual autonomia, as outras formas de governo que não a democracia, entendida esta como o governo do povo, é preciso se ocupar de uma segunda tarefa e explorar em que medida um governo democrático de fato está dotado da capacidade de oferecer a igual autonomia aos indivíduos.

Considerando a definição da Grécia Antiga de democracia seria possível pensar que um governo democrático é um governo em que todos participam da tomada de decisões. Contudo, quando se avalia os governos democráticos que existem ou existiram não se encontra sequer um governo no qual *todos os governados* participaram da tomada de decisões políticas, e igualmente não se identifica qualquer governo no qual todos os indivíduos que compõem o povo estão em acordo, aceitam *todas* as normas existentes. Justamente em razão dessas circunstâncias pode ser introduzida a distinção apontada por Kelsen entre povo sujeito e povo objeto do poder.

der Demokratie. In: KELSEN, Hans. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. XXV.

Se a unidade do povo é somente a unidade dos atos humanos regulados e normativizados pela ordem jurídica estatal, então, nesta esfera normativa do “poder” enquanto vínculo normativo, como submissão a normas estabelecidas, a unidade buscada será o povo, mas como *objeto* do poder. Como *sujeito* do poder as pessoas são observadas somente na medida em que tomam parte na *produção* da ordem estatal. Precisamente nessa função decisiva para a ideia da democracia, precisamente no “povo” como agente da produção de normas, apresenta-se a diferença inevitável entre este [povo] e aquele “povo” submetido a normas estabelecidas. Pois nem todos os que pertencem ao povo como submetidos às normas e ao poder tomam parte do processo de produção das normas, e esta é a necessária forma de exercício do domínio – nem todos formam o povo como sujeito do poder.¹³

Kelsen explora o tema da restrição no significado do conceito “povo” como grupo de indivíduos que possuem autonomia política, “como sujeito do poder”, e observa que existem duas espécies de limitações aos direitos políticos e, conseqüentemente, à inclusão de certos indivíduos no grupo do “povo” sujeito do poder.

[...] certos limites naturais conhecidos, como a *idade*, a *saúde* intelectual e moral, se põem no caminho da ampliação dos direitos políticos e, portanto, [da ampliação do significado] do “povo” no sentido ativo, limites que não existem de modo algum para o conceito de povo em sentido passivo. É significativo que a ideologia democrática tolera limitações ulteriores [ao conceito] “povo”, bem mais do que os [limites] envolvidos [no conceito de] partícipes do poder. A exclusão dos *escravos* e ainda hoje das *mulheres* dos direitos políticos realmente não impede que uma ordenação estatal seja denominada democracia.¹⁴

O texto acima, o qual reflete o período histórico no qual ele foi escrito, mostra-se relevante, pois aponta para o fenômeno da existência de restrições ao significado do termo povo. A primeira espécie de restrições pode ser defendida com base no argumento de que a autonomia política envolve em princípio a ideia de que o próprio indivíduo deve ser autônomo, ter controle de suas opiniões. Porém o elemento mais interessante no texto de Kelsen se encontra na segunda espécie de restrição, nos limites que resultam de decisões aparentemente

13 KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Aufl. 1929. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 164. Grifos do autor.

14 Id. *Ibid.*, p. 164-165. Grifos do autor.

contrárias à ideia original de democracia. Aqui é importante notar uma expressão empregada por Kelsen, a expressão “ideologia democrática”. As restrições ao significado do termo “povo”, e que tanto no primeiro quanto no segundo caso resultam em uma parcial negação da ideia original de democracia, são defendidas, observa Kelsen, com base em uma “ideologia”, significa dizer, tais restrições são aceitas como válidas e a presença destas não é considerada fundamento suficiente para a rejeição do emprego do conceito “democracia”. Ao final é de se notar que um governo democrático pode ser um governo que é “do povo” não em virtude de ele ser controlado por toda a população, mas mesmo que ele o seja apenas por uma parcela desta, por um grupo que será, de acordo com critérios artificiais, identificado como o povo, como o grupo dos possuidores de autonomia política.

Essa é uma das diferenças encontradas por Kelsen quando ele compara a ideia original de democracia com certo número de casos concretos de democracia. É relevante o fato de Kelsen, ao se deparar com circunstâncias como essas, não adotar uma posição de rejeição absoluta dos casos concretos, ou seja, ele não afirma que um governo que não inclui certo grupo de indivíduos na participação das decisões políticas será não-democrático. A abordagem empregada é outra, Kelsen deixa, em certa medida, de utilizar a meta de igual autonomia para todos como critério identificador da democracia, e começa a aceitar – com a ressalva de estar tratando de uma “ideologia democrática” – um uso do conceito “democracia” que não mais exige a presença da igual autonomia para *todos*. Esse emprego do termo “ideologia” deve ser tomado como significativo, pois ao que parece ele sugere que tais restrições, ainda que não estejam dotadas de fundamento, são tornadas válidas por um sistema de justificação das mesmas, e exatamente em virtude disto são restrições passíveis de críticas.

A restrição da definição de democracia, de um governo do povo (enquanto grupo de todos os submetidos ao governo) para o governo de um certo grupo de indivíduos, o povo como sujeito da democracia, marca uma face das limitações subsequentes e conseqüentemente das resignificações do conceito democracia. Junto a isso a análise de outro elemento também contribuirá para identificar as modificações da ideia originalmente sustentada e de origem grega, o elemento “liberdade”, entendido este como autonomia política.

De acordo com a ideia de democracia originária da Grécia Antiga todos os indivíduos (identificados como o povo enquanto

sujeito ativo) tomariam parte nas decisões políticas. Contudo, as formas contemporâneas de democracia não empregam esse modelo, elas operam por meio da representação, ou seja, os indivíduos devem eleger políticos que buscarão atender esses interesses. Além disso é de se observar que ainda se pode listar outras limitações à liberdade política dos indivíduos. Em primeiro lugar, os indivíduos nascem dentro de uma sociedade já estabelecida, com normas vigentes, as quais eles somente posteriormente terão a capacidade de modificar. Ademais, a liberdade política que se manifesta envolve o requisito da maioria, ou seja, o indivíduo deve de algum modo encontrar uma maioria que esteja em acordo quanto ao objetivo por ele perseguido, pois somente assim ele poderá criar uma norma que atenda tal objetivo. Com respeito às razões para adotar o critério da maioria, ao invés da unanimidade, Kelsen observa adequadamente o seguinte:

Na medida em que a democracia, em prol da ideia – hipotética – de liberdade, por meio do contrato, ao invés de um *acordo* unitário, conforma-se com uma decisão majoritária, ela se contenta com uma aproximação da ideia original. Que ainda se fale de autonomia e que cada um esteja sujeito apenas à própria vontade, quando é a vontade da maioria que vale, [isto] se trata de um passo adiante na metamorfose do pensamento da liberdade.¹⁵

O critério da unanimidade seria, do ponto de vista objetivo, o único aceitável caso se buscasse sem relativizações seguir a ideia de democracia como governo que realiza a liberdade enquanto autonomia, igual autonomia, para todos. Relativamente a este tema Kelsen observa que “parece que o princípio democrático da liberdade exige que a possibilidade de uma decisão imposta à minoria se reduza ao mínimo: maioria qualificada, possivelmente *unanimidade*, são vistas como garantias para a liberdade individual”.¹⁶ Entretanto, destaca ele na sequência do texto, “a oposição de interesses é para a vida prática algo [...] indiscutível”.¹⁷ Assim, uma vez que a existência de oposições não pode ser questionada, não resta outra alternativa a não ser a redução do grau de acordo exigido para a aprovação de uma norma, e, como reflexo, tem-se uma redução na esfera de autonomia dos indivíduos. Não se pode mais afirmar que a democracia contempla a igual autonomia dos indivíduos, pois após excluir a exigência da unanimidade a liberdade

15 Id. Ibid., p. 158. Grifo do autor.

16 Id. Ibid., p. 157.

17 Id. Ibid., p. 157. Grifo do autor.

enquanto autonomia será algo que nem todos os indivíduos (incluídos no grupo do povo como sujeito ativo) poderão exercer de modo irrestrito. Com a implementação de um critério de maioria, ao invés da unanimidade, a liberdade como autonomia é modificada, passando a ser a liberdade daqueles que integram a maioria e não a liberdade de todos. Ressaltando a ideia exposta no texto há pouco citado, “ainda” se está falando “de autonomia”, contudo “é a vontade da maioria que vale”.

Uma vez adotado o critério da maioria, a liberdade enquanto autonomia passa a ter seus limites e sua existência delineados em conformidade com o requisito exigido para a obtenção da maioria exigida. A consequência disso é que ser livre, do ponto de vista político, significa em uma democracia o mesmo que atingir a maioria, estar com sua vontade em acordo com a vontade da maioria exigida para aprovar ou revogar uma norma. Esse é um dos aspectos da liberdade democrática, da liberdade enquanto autonomia, pensada esta como liberdade de dar as próprias normas.

6 A liberdade intelectual como elemento essencial de um governo democrático

Junto a essa liberdade como autonomia Kelsen alinha outra espécie de liberdade, a liberdade intelectual, a qual precisa ser levada em consideração na exposição de sua perspectiva sobre o que é um governo democrático.

Por liberdade democrática [...] dois princípios diferente são pensados: a liberdade positiva ou política de autodeterminação, a participação dos governados no governo, significa dizer, na criação e aplicação da ordem coercitiva; e a liberdade negativa ou intelectual, a liberdade com relação ao governo ou à coerção, garantida pelos direitos humanos constitucionais.¹⁸

18 KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy*. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 357. É oportuno mencionar que, se por um lado na segunda edição de *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) Kelsen não põe em posição de destaque a liberdade intelectual, três anos depois, em *Verteidigung der Demokratie*, já se pode encontrar a menção conjunta à liberdade enquanto autonomia e à liberdade intelectual. Cf. KELSEN, Hans. “Verteidigung der Demokratie”. In: KELSEN, Hans. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 236.

A valorização da liberdade intelectual é destacada por Kelsen tendo em conta um elemento fundamental para a ideia de liberdade enquanto autonomia: se os indivíduos almejam ser livres para determinar as normas que desejam seguir, é razoável que tais indivíduos disponham das informações relevantes para decidir sobre a questão, que eles possam formar uma opinião em um ambiente no qual não existe a imposição de uma concepção sobre certos temas, no qual eles podem ouvir e expressar seus pensamentos. Todas essas liberdades, em realidade, podem ser vistas como um pressuposto necessário para a existência da liberdade enquanto autonomia, conseqüentemente tornando a presença de tais liberdades intelectuais um elemento essencial a toda democracia.

Se definirmos a democracia como um método político por meio do qual a ordem social é criada e aplicada pelos que estão sujeitos à ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, é assegurada, então a democracia necessariamente, sempre e em todo lugar servirá este ideal de liberdade política. E se incluirmos em nossa definição a ideia de que a ordem social, criada do modo recém indicado, a fim de ser democrática, deve garantir certas liberdades intelectuais, tais como a liberdade de consciência, a liberdade de imprensa, etc., então a democracia necessariamente, sempre e em todo lugar serve também este ideal de liberdade intelectual.¹⁹

7 A espécie de autonomia presente nos governos democráticos

Com base no que se analisou até o presente momento e tendo especial atenção às facetas da liberdade como autonomia e da liberdade intelectual, atingiu-se o momento adequado para abordar as considerações apresentadas por Kelsen ao final do primeiro capítulo de *Essência e valor da democracia*.

Mas uma vez que se deixe de lado a ideia de que os semelhantes dominam, não se recusa mais o fato de que o indivíduo, na medida em que ele precisa obedecer à ordem estatal, não é livre. Modifica-se com o sujeito do domínio justamente o sujeito da liberdade. Afirma-se de fato com insistência que o indivíduo, na medida em que ele se constitui em vínculo orgânico com outros indivíduos na ordem estatal, simplesmente nesse vínculo e somente nele é “livre”. [...] A conseqüência indicada – obtida logicamente por vários autores – é que como os cidadãos

19 KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy*. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 254.

somente são livres em sua incorporação ao Estado, [é que] simplesmente não é o cidadão individual, mas sim a pessoa do *Estado*, que é livre. Isso se expressa também na frase, de que somente é livre o cidadão de um Estado livre. No lugar da liberdade do indivíduo entra a *soberania do povo*, ou o que é o mesmo: o Estado [que é] livre, o *Estado-livre* [*Freistaat*] como requisito fundamental.

Essa é a última etapa na mudança de significado da ideia da liberdade. Quem não quer ou não consegue acompanhar esse movimento, o qual esse conceito segue com uma poderosa lógica imane, pode opor-se com respeito à contradição existente entre o significado original e o [significado] final, e renunciar a acompanhar as deduções, que o mais engenhoso defensor da democracia extraiu, sem retroceder frente à afirmação de que o cidadão é livre somente por meio da vontade geral, e que portanto aquele [indivíduo] que se recusa à obediência a essa vontade, ele é forçado à vontade do Estado, é *forçado* a ser *livre*. É mais do que um paradoxo, é um símbolo da democracia que na república genovesa sobre as portas das prisões e nas correntes dos escravos de galera podia ser lida a palavra “*Libertas*”.²⁰

A passagem acima constitui o fechamento do capítulo que tratou da definição grega antiga de democracia e das observações realizadas com respeito a esta definição, principalmente no que diz respeito ao significado do termo “liberdade”. O ponto central do argumento de Kelsen consiste em apontar que a ideia da liberdade como autonomia individual acaba por ser abandonada quando se leva em consideração a democracia com base em suas manifestações concretas. A liberdade como autonomia sofreu uma modificação de tal monta que ao final da análise se encontra uma autonomia condicionada à obtenção de certa maioria em um processo de democracia representativa. Sob essa perspectiva é correto afirmar que a liberdade do indivíduo (quando nos referimos à liberdade enquanto autonomia) é agora a liberdade da soberania popular, a qual se manifesta em um “Estado [que é] livre” por dar-se as próprias normas. Por isso é apropriado apontar uma “contradição existente entre o significado original e o [significado] final” da “liberdade”. Em virtude das dificuldades e empecilhos ao indivíduo que deseja dar-se as próprias normas é possível afirmar que tal alternativa para a preservação da liberdade do indivíduo se orienta em sentido oposto àquele da meta estabelecida, àquele da meta da

20 KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Aufl. 1929. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 161-162. Grifos do autor.

liberdade como autonomia. Aqui se tem o resultado de que um governo democrático não oferece, nos casos concretos, a liberdade como autonomia aos indivíduos, e que a liberdade que o indivíduo terá será a liberdade em conformidade com o estado, com as normas existentes.

Porém é preciso ressaltar um aspecto. A conclusão de Kelsen, do modo como ele a apresenta, não se mostra inevitavelmente necessária. Não é o caso de o processo democrático de elaboração de normas negar de modo pleno a liberdade do indivíduo. Primeiramente, como apontado acima, existem as liberdades intelectuais, as quais estão presentes em maior ou menor medida nos governos democráticos e asseguram certas liberdades aos indivíduos. Essas liberdades, deve-se ressaltar, são liberdades frente ao estado, liberdades que se desenvolvem e se materializam não graças à previsão de normas, mas ao estabelecimento de limites na ação de tais normas, por exemplo, uma norma não deveria atentar contra a liberdade de consciência dos indivíduos, ou contra a liberdade de imprensa. Em segundo lugar, também a liberdade como autonomia não é *completamente* negada, ainda que ela seja submetida a restrições significativas. A autonomia sofre limitações, porém ela persiste, contudo de modo substancialmente diferente e enfraquecido quando comparada com o que seria o seu modo de ser original. O que se precisa atentar, no contexto da discussão sobre a autonomia, é que os governos democráticos não abrigarão os interesses dos indivíduos isoladamente considerados, sendo em razão disto que se afirma que a liberdade do indivíduo é substituída pela “soberania do povo”. Em outros termos, agora a autonomia é exercida pelo povo soberano, que se pode traduzir como sendo a maioria vitoriosa em certa disputa política e que não pode ter seus interesses negados simplesmente com base na divergência de alguns indivíduos.

Entretanto, e esse é um ponto a ser destacado, o principal interesse de Kelsen reside em apontar que há uma diferença substancial e significativa entre a ideia original de democracia, aquela que seria adotada por indivíduos que buscam a igual autonomia, e as manifestações concretas desta ideia.

A mudança do conceito ideal para o conceito real de “povo” não é menos profunda do que a metamorfose da “liberdade” natural para a política. Por isso é preciso admitir que a distância entre ideologia e realidade, aliás, entre a ideologia e a máxima possibilidade de sua realização, é extraordinária. [...] Por isso a liberdade natural é reduzida à autonomia política por meio da decisão majoritária, o conceito ideal de povo é reduzido ao

conceito muito mais estreito dos titulares de direitos políticos e seu uso, contudo a redução não está ainda completa. [...] O parlamentarismo é talvez o mais significativo dentre os elementos que até agora foram mencionados e que limitam a ideia da liberdade e a ideia da democracia. Ele deve ser compreendido antes de tudo, caso a essência de todo grupo que atualmente é visto como democrático deva ser compreendida.²¹

Nessa passagem são apresentados de modo esquemático os três elementos principais da presente investigação, quais sejam, “povo”, “liberdade” e “democracia”. O que Kelsen observa com respeito a tais elementos é que eles não possuem significados fixos, estabelecidos, eles sofrem mudanças, metamorfoses. Consequentemente, a inclusão de tal flexibilidade na análise do modelo democrático de governo não é somente razoável, mas efetivamente indispensável. Um elemento dessa configuração, como verificado, reside na impossibilidade de estabelecer de modo claro e preciso o que seria uma democracia. Já vimos que os conceitos “povo”, o sujeito da democracia, e “liberdade”, entendida como autonomia, são delineados de modos diferentes nos casos concretos. Governos podem se configurar de tal maneira que em um destes governos o povo incluirá, em virtude da adoção de certos critérios, um certo percentual da população total, ao passo que outro governo poderá estabelecer outros critérios, resultando em uma participação proporcionalmente maior ou menor do que aquela que ocorre no primeiro caso. Do mesmo modo, também a liberdade enquanto autonomia pode sofrer limitações distintas em razão de configurações diferentes do processo de aprovação de normas. Um governo pode aceitar decisões parlamentares tomadas pela maioria absoluta, enquanto em outro governo a decisão parlamentar sobre o mesmo tema exigirá uma maioria qualificada. Se para entender o que é “democracia” é preciso compreender o significado dos termos “povo” e “liberdade”, então não se pode, em razão da própria flexibilidade de tais termos, oferecer uma definição precisa de “democracia”. Essa característica do termo “democracia”, a flexibilidade, torna-se evidente quando Kelsen busca avaliar o modo como se emprega o termo democracia em situações concretas.

Democracia significa que a “vontade” que está representada na ordem legal do Estado é idêntica às vontades dos sujeitos. Seu oposto é a submissão da autocracia. Aí os sujeitos são excluídos da criação da ordem legal e a harmonia entre a

21 Id. *Ibid.*, p. 173. Grifos nossos.

ordem e suas vontades não é de modo algum garantida. A democracia e a autocracia, assim definidas, não são de fato descrições de constituições historicamente conhecidas, mas ao invés disto representam tipos ideais. *Na realidade política* não existe nenhum Estado que se conforme completamente a um ou ao outro tipo ideal. Todo Estado representa uma mistura de elementos de ambos os tipos, de tal modo que algumas comunidades estão mais próximas de um polo, e algumas mais próximas do outro. Entre os dois extremos existe uma profusão de estágios intermediários, a maioria dos quais não possui designação específica. De acordo com a terminologia usual, um Estado é chamado democracia se o *princípio democrático prevalece* na sua organização, e um Estado é chamado autocracia se o *princípio autocrático prevalece*.²²

A análise acima inicia com a recapitulação da meta adotada pelo ideal democrático, oferecer uma ordem legal na qual os indivíduos têm seus interesses, suas vontades atendidos, ou, dito de outro modo, proporcionar um ordenamento jurídico que seja o produto do exercício da autonomia por parte dos governados. A autocracia, o oposto da democracia, caracteriza-se pela não-participação dos submetidos no ordenamento jurídico, na produção destas normas. Após apresentar essa definição básica de democracia e autocracia, Kelsen se volta à tarefa de encontrar exemplos para essas definições. Nesse momento e tendo em conta as considerações acima expostas, sobre os limites existentes nos significados atribuídos aos conceitos “povo” e “liberdade política”, Kelsen precisa então descartar a possibilidade de encontrar situações nas quais a definição básica de democracia estaria materializada. *Não existem governos* em que todos participam da produção das normas, e tampouco governos nos quais todos os indivíduos reconhecem todas as normas como existindo em acordo com suas vontades. Tal como observa Kelsen, as características da definição básica de democracia existem como *metas*, objetivos identificados, propostos e em algum grau perseguidos, porém elas não se materializam plenamente.

8 Conclusão

Tendo em consideração essas circunstâncias, essas facetas dos governos democráticos, a definição de democracia que Kelsen propõe, ao final, não possui limites claros, os quais certamente não poderiam

22 KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. 284. Grifos nossos.

existir, uma vez reconhecida a flexibilidade inerente aos conceitos que a compõem, os conceitos “povo” e “liberdade política”. Um governo será nomeado democrático quando o “princípio democrático prevalece”, e isto significa, por contraposição à autocracia, que neste governo existe maior preponderância das vontades dos indivíduos do que seu contrário, a negação, a rejeição em considerar tais vontades. Consequentemente se está autorizado a afirmar que na perspectiva kelseniana “democracia” significa, dadas as considerações acima apresentadas, um governo no qual a meta da igual autonomia é *em certa medida* (e esta medida é variável) perseguida, em maior medida do que a meta da heteronomia, da imposição de uma vontade sobre a maioria, e no qual as liberdades intelectuais, condição necessária para o exercício da autonomia, são preservadas.

9 Referências

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. Texto introdutório para a obra *Verteidigung der Demokratie*. In: KELSEN, Hans. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. VII-XXIX.

KELSEN, Hans. *Foundations of Democracy*. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 248-385.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009.

KELSEN, Hans. “Verteidigung der Demokratie”. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 229-237.

KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Aufl. 1929. In: Id. *Verteidigung der Demokratie*. JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

THORLEY, John. *Athenian Democracy*. London: Routledge, 1996.

IMPLANTAÇÃO DE CIDADES DIGITAIS COMO EXERCÍCIO DE CIDADANIA E DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

IMPLEMENTATION OF DIGITAL CITIES AS EXERCISE OF CITIZENSHIP AND CONSUMER PROTECTION

Ricardo dos Reis Silveira^I 
Selma Cristina Tomé Pina^{II} 

^I Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania. Doutor em Filosofia e Metodologia das Ciências. E-mail: ricardoreissilveira@ig.com.br

^{II} Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania. E-mail: selmactome@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3161>

Recebido em: 06.06.2019

Aceito em: 09.08.2019

Resumo: O mundo está em constante evolução das tecnologias de informação e comunicação (TICs), integrando pessoas, promovendo desenvolvimento econômico, social e melhoria na qualidade de vida. Para acompanhar essa evolução tecnológica, as cidades precisam ser planejadas para atender as demandas do mercado e da sociedade, seguindo conceitos de inclusão e desenvolvimento. Diante deste quadro, o objetivo deste estudo é analisar como as cidades digitais podem contribuir para o exercício da cidadania com inclusão e prestação de serviços aos consumidores de serviços públicos, criando possibilidades nos espaços urbanos com ações típicas de cidades digitais sustentáveis como mobilidade urbana, prestação de serviços e atenção ao ser humano e, como estas podem afetar o desenvolvimento econômico e social. A pesquisa orientouse pelo método hipotético-dedutivo lastreada em livros, artigos, legislação, dados estatísticos e outros.

Abstract: The world is constantly evolving information and communication technologies (ICTs), integrating people, promoting economic and social development and improving quality of life. To accompany this technological evolution, cities need to be planned to meet the demands of the market and society, following concepts of inclusion and development. In this context, the objective of this study is to analyze how digital cities can contribute to the exercise of citizenship by including and providing services to consumers of public services, creating possibilities in urban spaces with actions typical of sustainable digital cities such as urban mobility, of services and attention to the human being, and how these can affect the economic and social development. The research was guided by the hypothetical-deductive method backed by books, articles, legislation, statistical data and others.



Palavras-chave: Tecnologias de Informação e Comunicação. Cidades Digitais. Cidades Inteligentes. Inclusão Digital.
Keywords: Information and Communication Technologies. Digital Cities. Smart Cities. Digital inclusion.

Sumário: 1 Introdução. 2 A cidade como espaço de cidadania e direito. 3 Inclusão Social como Direito. 4 As cidades em movimento com as novas tecnologias. 4.1 Diagnóstico digital do Brasil. Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Estamos em um momento importante da história, quando vivemos a aceleração do crescimento das cidades e, na mesma velocidade a globalização das tecnologias de informação e comunicação, mais conhecidas como TICs.

A popularização das TICs na vida cotidiana das pessoas nos últimos anos fez crescer muito o número de usuários nas redes sociais digitais, e hoje se faz presente através da internet e dos computadores. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE 2018), em pesquisa realizada pelo (Programa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD))¹, 64,7% dos brasileiros com mais de 10 anos estão conectados à internet.

Com esta popularidade e versatilidade das tecnologias, é possível listar inúmeras oportunidades que surgem para os usuários, que vão desde o lazer, trabalho e educação até prestação de serviços privados e públicos que hoje já estão totalmente informatizados. As tecnologias da informação e da comunicação geram interações sociais, políticas, demográficas, urbanas, culturais e tecnológicas que modificam as configurações e os costumes de seus habitantes.

Foi a partir da constatação desse crescimento irreversível no qual as tecnologias se inserem atualmente na vida de cada cidadão, mesmo que indiretamente, que orientamos este estudo com o objetivo de analisar como as cidades estão se organizando para atender as demandas da população dentro do universo digital, com prestação de serviços públicos aos consumidores/cidadãos e, como estão sendo desenvolvidas ações típicas de cidades digitais sustentáveis como

1 BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra em Domicílios – PNAD. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html?edicao=10500&t=resultados>. Acesso em: 17 dez. 2018.

mobilidade urbana, prestação de serviços e atenção ao ser humano, por exemplo.

Nesta linha, abordamos nossa Constituição Cidadã, lembrando que é dever fundamental do Estado garantir a devida aplicação das normas e princípios constitucionais para concreção dos direitos da cidadania e garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade com foco no planejamento sustentável.

O planejamento urbano deve instituir diretrizes de organização e integração da população em ambiente ecologicamente equilibrado, buscando que todos tenham condições dignas de sobrevivência, com acesso aos direitos fundamentais.

Diante desta hipótese, é fundamental nas cidades promover mais eficácia econômica, qualidade de vida, mobilidade organizada e desenvolvimento equilibrado e sustentável, assegurando à população uma justa forma de usufruir dos serviços urbanos.

Neste cenário é imprescindível pensar as cidades, e conseqüentemente a ocupação do espaço urbano e dos serviços públicos, de forma a integrar funções essenciais para o desenvolvimento de fatores sociais, culturais, políticos, econômicos e tecnológicos, que podem contribuir para melhorar a qualidade de vida das pessoas, pois através das TICs é possível criar oportunidades e garantir direitos aos cidadãos.

Quando bem utilizadas, as ferramentas tecnológicas se tornam aliadas eficazes nos processos administrativos auxiliando de muitas formas o papel do gestor e o crescimento das cidades, gerando oportunidades e qualidade de vida aos cidadãos.

Através desta perspectiva estruturamos o desenvolvimento do presente artigo, utilizando o método hipotético-dedutivo, com a pesquisa lastreada em livros, artigos científicos, dados estatísticos e legislação.

2 A cidade como espaço de cidadania e direito

A premissa principal de ordenação e planejamento das cidades está em proporcionar à população condições de uso das principais funções urbanas, aqui compreendidas como habitação, trabalho, lazer, educação, circulação – física-espacial, socioeconômico, ambiental – de forma a estabelecer ordenamento territorial que permita a

universalização do acesso à cidade e às oportunidades que ela oferece (Brasil, 2015)².

Uma estimativa realizada pela Organização das Nações Unidas – ONU - aponta que até 2050 mais de 70% da população mundial estará vivendo em cidades, um total de 10 bilhões de pessoas. Ao longo dos últimos 20 anos o número de habitantes do Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte aumentou 16,5%, saltando de 17,1 milhões para 19,9 milhões, e isso sem contar os municípios vizinhos (2016)³.

Diante deste crescimento inevitável e, nessa perspectiva de habitar a cidade com qualidade de vida, um planejamento integrado aos recursos tecnológicos é essencial para conseguir estabelecer políticas públicas que permitam à população satisfazer suas necessidades de vida cotidiana com dignidade, agilidade, economia, sustentabilidade, gerando também mais oportunidades de emprego, educação, cuidados com a saúde, lazer, etc.⁴

Nesta mesma linha se apresenta o pensamento de Dias e Silva⁵, apresentando a mobilização social como forma de participação política na cidade e de atuar como meio de transformação da realidade buscando mais oportunidades e reconhecimento para a coletividade.

A atuação dos movimentos sociais - que se distingue do passado, entre outras coisas, por novas formas de organização e pelo uso da internet - busca ampliar o horizonte de participação política, na tentativa de aperfeiçoar a democracia, e preocupa-se em construir sociedades democráticas, sustentáveis e plurais, com o reconhecimento da importância da identidade/diferença e da multiculturalidade, além da edificação de novos saberes.

-
- 2 BRASIL, Ministério das Cidades, Secretária Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana – SeMob. *Caderno de referência para elaboração de plano de mobilidade urbana*. Secretária Nacional de Transporte e da Disponível em: <https://iema-site-staging.s3.amazonaws.com/planmob.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018, p. 105.
 - 3 ONU BRASIL. ONU: *Mais de 70% da população mundial viverá em cidades até 2050*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-mais-de-70-da-populacao-mundial-vivera-em-cidades-ate-2050>. Acesso em: 20 nov. 2018.
 - 4 CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Desafios da mobilidade urbana no Brasil* (Org.). Instituto Pesquisa e Econômica Aplicada. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. IPEA, 2016.
 - 5 DIAS, Luan Guilherme, SILVA, Juvêncio Borges Silva. O direito à cidade e os movimentos sociais: o movimento #OcupeEstelita e a materialização da utopia. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 5, abr./jun. 2018. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6450/pdf>. Acesso em 14 Jan 2019.

Os autores também destacam que os movimentos sociais efetivamente discutem novas formas de mobilização social nas quais o cidadão reivindica ocupar a cidade:

Além das demandas típicas por moradia digna, que efetivamente auxiliam o projeto de inclusão social, há também movimentos que reivindicam a cidade como espaço de realização do ser humano, baseada na plena sociabilidade entre seus habitantes, isto é, a materialização do direito à cidade, que não se encerra obviamente no acesso à moradia digna.⁶

Ailton Pires⁷ explica que o cidadão deve estar no centro do pensamento do gestor ao planejar a cidade, pois é preciso romper o círculo vicioso que tem inviabilizado combinar crescimento urbano com a prestação eficiente de serviços ao cidadão, pois isso impacta diretamente na qualidade de vida das pessoas e, conseqüentemente, na efetivação de direitos.

Em uma definição do sociólogo e filósofo marxista Henri Lefebvre⁸, a cidade engloba em seu espaço uma sociedade inteira com suas superestruturas e relações sociais dentro da realidade vivida naquele momento, sendo avaliada de forma prática, sensível e também arquitetônica.

Lefebvre⁹ também conceitua o espaço urbano como uma base, construída a partir das relações pessoais permeadas pela realidade social e pelos pensamentos das pessoas, onde a principal característica seria o inter-relacionamento entre os indivíduos, necessário para gerar conhecimentos mútuos, trocas, criar conteúdos coletivos, possibilitando que todos os cidadãos façam parte dela e estejam contemplados nas diversas possibilidades que ela oferece.

Para Henry Lefebvre¹⁰ o pertencimento do cidadão à cidade se manifesta de forma prática e sensível, material e social, com a formação de grupos que se personalizam através da criação de códigos de funcionamento onde determinam de que forma o poder público, ou como ele chama, a municipalidade, pode se ver centrada com seus deveres de prestação de serviços, de forma a atender aos problemas da

6 DIAS, Luan Guilherme, SILVA, Juvêncio Borges Silva. Op. Cit, p. 7

7 PIRES, Ailton et al. *Mobilidade humana para um brasil urbano*. São Paulo: Brasiliense, 2016.

8 LEFEBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

9 Id., Ibid.

10 LEFEBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

população através de canais de comunicação onde se privilegia e se sobressaem as necessidades de cada um desses grupos, pois o apenas habitar as cidades não caracteriza o cidadão como ser, mas seria preciso a participação para fazê-lo parte do processo de construção das cidades.

Henry Lefebvre¹¹, argumenta que as cidades se formam através de espaços habitáveis e não habitáveis, compreendendo os habitáveis as moradias, instituições, edifícios públicos e outros, e os inabitáveis os monumentos, praças, ruas vazias, tudo convergindo para formar manifestações de vida em grupos onde estes espaços se tornam o habitat essencial à cidade, envolvendo o começo das redes de relacionamento que permitem transmitir ao poder público o que é necessário para ter o direito social de pertencer à cidade.

Nesta linha, o autor ainda defende que para a concreção dos direitos sociais devem ser consideradas as necessidades do indivíduo, não apenas para usufruir de bens materiais ou imateriais, mas muito além, o cidadão deve ser considerado como parte do meio em que está inserido, de forma social, antropológica, psicológica e de subsistência, se sentindo parte do contexto como criador da realidade de suas cidades, numa roda simbólica que lhe garante pertencimento e reconhecimento¹².

Assim compreende-se o direito à mobilidade de ocupar a cidade e usufruir dos direitos sociais previstos constitucionalmente como liberdade, segurança, qualidade e sustentabilidade.

3 Inclusão social como direito

A inclusão social significa tornar o cidadão participante da vida social, econômica e política, assegurando o respeito aos seus direitos perante a sociedade, o Estado e o Poder Público.

Os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e de igualdade neste sentido, convergem para efetivar este direito de vida plena em sociedade, sem barreiras e discriminação.

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Sua finalidade na qualidade de princípio fundamental é assegurar ao homem

11 Id., Ibid.

12 Id., Ibid.

um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano¹³.

De acordo com Sarlet¹⁴, concentra tal princípio um valor supremo do estado democrático de direito, além da orientação, interpretação e aplicação em todos os direitos fundamentais, reconhecendo a prerrogativa de toda a pessoa humana em ser compreendido como o centro e o fim do direito, e em ser respeitada como pessoa, operando a concretude do sistema jurídico vigente.

Consoante aos direitos fundamentais, também os direitos humanos amparam a dignidade como parte inseparável dos direitos fundamentais. Nesta esteira Piovesan¹⁵ explica que todo ser humano possui uma dignidade que lhe é inerente, sem qualquer condição que o estabeleça, que o defina, ou o caracterize, a não ser a própria pessoa, a sua existência, o ser humano carregado de seu valor. Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como uma norma diretiva com uma finalidade preestabelecida a ser conquistada, um norte de caminho para o Estado, estabelecendo deveres para a persecução dos meios necessários a uma vida humana digna.

Assim, é também o entendimento de Sarlet:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano o fez merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (p.22)¹⁶.

Porém, se o cidadão tem limitações na cidade em seus direitos a serviços essenciais, ocasionados pela inoperância do cumprimento legal das normas de inclusão, e isto o prejudica para concretizar direitos à educação, saúde, trabalho, ou gozar de lazer, esvai-se sua dignidade, perdendo todo o valor que é inerente ao homem, pois há presente a

13 CF/88

14 SARLET, I. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

15 PIOSEVAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2018.

16 SARLET, I. Op. cit., p. 22.

instabilidade para a vida comum, o que lhe compromete o mínimo existencial.

O princípio da igualdade também é referência na Constituição Federal conforme dispõe o artigo 5º, *caput*:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Dentro desta premissa de garantir igualdade e dignidade a todos os cidadãos, a acessibilidade se apresenta como um dos mais importantes direitos das pessoas, pois só a participação plena dos indivíduos na vida em sociedade efetivará seus direitos de ter educação, saúde, lazer, amparo à infância e maternidade, educação profissional, transporte, isenção de tributos, prioridade no atendimento, destacando que todos estes direitos estão amparados pela constituição e ainda em legislações específicas como, por exemplo, de proteção aos deficientes e idosos.

De acordo com Silva e Reis¹⁷, promover a igualdade é uma das premissas para garantir o exercício da cidadania, bem como garantir o cumprimento de direitos, pois é com uma justiça igualitária, oportunidades e consciência de que temos direitos e deveres, que vamos nos reconhecer como parte da sociedade.

Na condição de cidadão eu estabeleço uma relação de pertencimento para com um espaço público e me defino em termos de direitos e deveres para com a nação, regida por uma Constituição. Isto implica em que a ordem social deixa de ser regida por aspectos de personalidade e passa a ser regida pela lei, que deve ser aplicada a todos indistintamente, sem qualquer discriminação. Enfim, para que numa sociedade haja plena cidadania, necessário se faz que todas as relações sociais, políticas e econômicas estejam sob o império da lei. Todos devem ser tratados de forma igualitária, sendo beneficiados de acordo com a lei naquilo em que têm direito, sendo punidos de acordo com a lei, naquilo em que merecem, enfim, para que a

17 SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-54, jan./abr. 2018. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/972>. Acesso em 16 Jan 2019.

cidadania seja uma realidade, necessário se faz que a justiça seja distribuída igualmente para todos¹⁸.

Neste diapasão temos o direito à acessibilidade reconhecido em diversas legislações especiais como um conjunto de ações que visa facilitar o acesso a meios físicos, digitais e recursos tecnológicos e eletrônicos a fim de garantir a maior igualdade de acesso possível. Há ainda, uma definição conhecida com Desenho Universal, que é uma forma de conceber produtos, meios de comunicação e ambientes para serem utilizados por todas as pessoas, o maior tempo possível, sem necessidade de adaptação.

O conceito de desenho universal foi desenvolvido pelo arquiteto Ron Mace em 1987 e está distribuído em sete princípios utilizados mundialmente como parte de programas de acessibilidade plena. São eles:

Equitativo/Igualitário: ambientes, objetos e produtos que podem ser usados por pessoas com diferentes capacidades, tornando todos os espaços iguais;

Uso flexível/Adaptável: planejar produtos que atendam pessoas com habilidades distintas, sendo adaptáveis a diferentes formas de uso;

Uso simples e intuitivo: de simples entendimento, compreensível para qualquer pessoa independente de sua idade, conhecimento, habilidade de linguagem ou nível de concentração; Informação de fácil percepção: quando a informação necessária é comunicada de modo que atenda às necessidades do receptor;

Tolerância ao erro/Seguro: previsto para minimizar riscos e possíveis consequências de ações eventuais ou não proposítadas;

Esforço físico mínimo: para ter seu uso eficaz, com comodidade e o mínimo de fadiga;

Dimensionamento de espaços para acesso e uso abrangente: que determina dimensões e espaços adequados para o acesso, alcance, manipulação e uso, independente das dimensões de um corpo, da postura ou mobilidade do usuário¹⁹.

A definição legal de proteção à acessibilidade está prevista no artigo 3º, IV da LOAS que define barreiras e as classifica:

18 SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Op. cit, p. 17.

19 ROMANINI, Anicoli; MARTINS, Marcele Salles. *Projeto de habitação de interesse social inclusiva*, p. 5-6. Disponível em: https://www.usp.br/nutau/anais_nutau2014/trabalhos/romanini_anicoli_e_martins.pdf. Acesso em: 20 jan 2019.

Art. 3º. Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

IV – *barreiras*: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) *barreiras urbanísticas*: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) *barreiras arquitetônicas*: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) *barreiras nos transportes*: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) *barreiras nas comunicações e na informação*: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) *barreiras atitudinais*: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) *barreiras tecnológicas*: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias.

Diante do exposto a tecnologia vem como uma oportunidade, mas também como um risco de desequilíbrio social se não for considerado pelo poder público o total e irrestrito apoio ao cidadão, buscando reduzir a desigualdade entre as classes e proporcionar mais dignidade e qualidade de vida às pessoas pela equidade de oportunidades, oferecendo condições para as pessoas de participar, produzir, transformar e colher frutos do uso das tecnologias.

4 As cidades em movimento com as novas tecnologias

Como já explanado as cidades estão em constante movimento e mudanças em suas configurações, costumes, culturas, políticas sociais e demográficas, econômicas e tecnológicas.

Nesta perspectiva surgem as cidades digitais como referências de aplicação de conhecimento a serviço do homem, criando oportunidades e situações que beneficiam ao coletivo e ao poder público gestor, gerando economia, eficiência, segurança e qualidade na prestação de serviços públicos.

De acordo com Facciolo e Piantino²⁰ na atualidade as TICs são importantes meios de transformações sociais, criando redes de sociabilidade, novas formas de acesso à cultura, educação, informação, e desta forma oportuniza aos gestores ferramentas para prestação de serviços especializados aos cidadãos nas mais diversas áreas.

Os autores²¹ destacam também a importância da tecnologia para o planejamento urbano, pois oportuniza pensar em condições de mobilidade e logística mais apuradas e precisas que possibilitam ganho de tempo, economia, eficiência e segurança em questão de deslocamentos de pessoas ou bens materiais e imateriais.

Mas os autores ressaltam que este crescimento tecnológico não pode ultrapassar os direitos do cidadão de fazer parte da cidade. A tecnologia deve ser aplicada de forma a atender as necessidades da população com planejamento tecnológico participativo e interativo.

Um estabelecimento de ações, que seja ao mesmo tempo a favor do desenvolvimento de uma cidade realmente inteligente, mas no âmbito regional, que preserve a identidade e a cultura local, pois, só se chegará ao que se deseja objetivamente com o planejamento de uma cidade inteligente, quando se respeita os cidadãos, a cultura do ambiente, o meio local e suas relações, participando-as entre si nesse movimento contínuo, dinâmico e interconectado de desenvolvimento e inovação, sem perder de vista a estima e os costumes daquele território, seja ele, qual, onde e como for.²²

Assim, fica claro que o termo cidade digital é bem mais abrangente que um espaço geográfico permeado por tecnologia ou um espaço interligado pela internet. Mais que isso, devemos compreender uma cidade digital como uma relação entre o espaço urbano e as tecnologias de informação e comunicação que estão orientadas para servir a coletividade.

Há pelo menos duas definições para a evolução do desenvolvimento tecnológico das cidades. O termo Cibercidades é usado para conceituar a tecnologia utilizada nas cidades em situações de vigilância e controle integrado dos espaços urbanos, por meio de

20 FACCILOLO, Daniel, PIANTINO, Luiz Fernando Moura. *Cidades Inteligentes e Cidades Desenvolvidas – Um estudo de relação com os indicadores ICI, CSC, IFDM e IDHM*. Novas Edições Acadêmicas, 2018.

21 FACCILOLO, Daniel, PIANTINO, Luiz Fernando Moura, Idem.

22 FACCILOLO, Daniel, PIANTINO, Luiz Fernando Moura. Op. cit.p. 63.

equipamentos e sistemas de informação que geram feedback, como é o caso das câmeras olho vivo²³.

Já o conceito de Cidades Digitais vem da definição de espaços virtuais em que se utiliza a tecnologia com o objetivo de integrar processos de gestão administrativa para melhorar os serviços públicos em áreas essenciais como de segurança, mobilidade, educação, saúde e outros²⁴.

No entanto, apesar de diversos conceitos que englobam a implantação das tecnologias nas cidades, Facciolo e Piantino²⁵ destacam que, para uma cidade ser considerada digital, é essencial que sejam feitos investimentos em inteligência humana, pois os meios e equipamentos tecnológicos serão aliados a um planejamento estratégico que contribuirão de uma forma harmoniosa, dinâmica, inovadora, e ao mesmo tempo, eficiente para o crescimento da cidade.

Ainda precisa, indubitavelmente, para ser considerada uma cidade inteligente, uma constante evolução na produção de sistemas, que facilitem a integração e vivência deste espaço urbano, produção de conteúdo por meios de sistemas colaborativos e a gerência correta destes dados, para isso é crucial a participação das pessoas que estão inseridas neste meio.

Quando estes investimentos tecnológicos, não englobam as pessoas como seres ativos, estes sistemas podem vir a falhar, pois eles dependem diretamente da interação destas pessoas e com isso torna-se importante a notificação e o preparo destas pessoas para que usufruam destes sistemas e produzam informações, gerando dados cada vez mais confiáveis (p.69,70).

De acordo com estudo desenvolvido pelo governo federal²⁶ para se caracterizar como cidade digital, é preciso que os municípios integrem o desenvolvimento de um rol de capacidades e oportunidades,

23 FANAYA, P. *Cidades como ambientes cognitivos IN Cidades inteligentes: por que, para quem?* Organização Lucia Santaella. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2016.

24 LAGO, et al. *Análise: Cidades Inteligentes por mais Qualidade de Vida.* Fabio Kon, Nelson Lago e Roberto Speicys Cardoso, O Estado de São Paulo, Outubro, 2016.

25 FACCIOLO, Daniel, PIANTINO, Luiz Fernando Moura, OpCit, p. 69,70.

26 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Estratégia Brasileira para a transformação digital.* 2018. Disponível em: <http://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/estrategiadigital.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

englobando direitos e deveres do cidadão e, colocando-o em uma roda de desenvolvimento humano conectado com todas as necessidades básicas que envolvem uma vida longa e saudável, acesso ao conhecimento e padrão de vida digno. Este ciclo deverá necessariamente interligar o homem à comunidade, ao ambiente, as leis, à economia, religião, saúde, educação cultura e política, bem como sua participação nas decisões da cidade.

O estudo denominado E-Digital segue os objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas, consoante a toda discussão das grandes agendas internacionais de desenvolvimento econômico, humano, tecnológico, urbano e ambiental. A ONU define 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas associadas e, dentre elas, o objetivo 9 é específico sobre tecnologias da informação e comunicação como meta para “aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para procurar ao máximo oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos, até 2022”.²⁷

O documento destaca que através da transformação digital é possível influenciar direta ou indiretamente outros objetivos e metas e apresenta seis principais iniciativas a serem observadas pelo e-digital na implantação de projetos de cidades digitais no Brasil, vejamos.

Objetivo 1 - Erradicação da Pobreza: inclusão financeira dos mais pobres, pela combinação de terminais móveis com acesso à Internet, pagamentos móveis e novos instrumentos financeiros no ambiente digital;

Objetivo 2 - Fome Zero: Internet das Coisas, aumentando a produtividade na agropecuária, reduzindo perdas no campo e na logística de transporte e distribuição;

Objetivo 3 - Saúde e Bem-Estar: uso de terminais móveis com acesso a bases de dados médicas e viabilizando prontuários eletrônicos; e a Internet das Coisas, com monitoração e diagnóstico remoto;

Objetivo 4 - Educação de Qualidade: computadores com acesso a conteúdos digitais, ensino à distância, treinamento de professores e capacitação profissional;

Objetivo 9 - Indústria, Inovação e Infraestrutura: ampliação da infraestrutura de acesso à Internet, empreendedorismo digital, e Internet das Coisas;

27 BRASIL. Idem, ibidem, p. 6

Objetivo 13 - Combate às Alterações Climáticas: redes de sensores combinadas com terminais de acesso à Internet, possibilitam ação rápida na prevenção e mitigação de desastres naturais (BRASIL, 2018, p.7)²⁸.

A implantação de serviços digitais nos municípios, transformando-os em cidades inteligentes, deve acontecer buscando benefícios e mais qualidade de vida para a população, com a implantação de políticas públicas voltadas a um crescimento social e econômico em harmonia com desenvolvimento sustentável, buscando liberdade, justiça, solidariedade e prosperidade de forma coletiva.

Inegável é que a digitalização dá essas ferramentas de gestão ao administrador público e abre inúmeras oportunidades de crescimento para as cidades. Um exemplo pode ser pensado na área educacional que vai atender a todos os cidadãos sem barreiras geográficas, de renda, raça, gênero e outros fatores. Destaque também para as vantagens oriundas da análise de dados baseadas no uso de algoritmos, o que permite criar planejamentos e estratégias comerciais e econômicas que privilegiem não só um município e sua coletividade, mas toda uma cadeia produtiva. Outros destaques importantíssimos oportunizados pelas novas tecnologias são os avanços em saúde e segurança²⁹.

Para Santaella³⁰, esta inteligência de administração dada ao gestor público através da digitalização das cidades, acarreta o dever de dar a sociedade o direito de controle e vigilância sobre seus atos, dando ao cidadão um poder participativo e fiscalizador que vai oportunizar desenvolvimento e transformação digital na medida dos interesses e necessidades de cada município e ou região específica do país.

Essa tese é corroborada no E-Digital que apresenta eixos habilitadores para desenvolvido de estratégias digitais pelo poder público, com foco no desenvolvimento da transformação digital da economia brasileira, com investimentos em infraestrutura e acesso às

28 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Op. cit., p. 7

Nota: O Objetivo nomeado como nº 9 e nº 13, estão referenciados de acordo com o documento.

29 PRODEMG. Cidades inteligentes, práticas colaborativas. Tecnologia da Informação na Gestão Pública/PRODEMG. *Revista FONTE*, v. 12, n. 15, dez./jan. 2016. Belo Horizonte/MG: PRODEMG, 2016.

30 SANTAELLA, L. As ambivalências das cidades inteligentes. In: *Cidades inteligentes: por que, para quem?* São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2016.

tecnologias de informação e comunicação, pesquisa, desenvolvimento e inovação, criação de regulação adequada que promova segurança no mundo digital e valorização de inteligências profissionais. Tudo isso com o objetivo de inserir o Brasil em mercado internacional³¹.

Os desafios das cidades para implantação de recursos tecnológicos com vistas a uma eficiente gestão pública, não são poucos. No entanto, planejamentos urbanos estratégicos e sustentáveis, pensados desde a sua formulação com coerência, sinergia entre poder público e população, uso de inteligências humanas de acordo com os projetos a serem executados e, com objetivo de aproveitar todo o potencial que as tecnologias digitais têm a oferecer, com toda a certeza trarão inúmeros benefícios a todos.

Considerando o cidadão como consumidor de serviços públicos essenciais, o administrador municipal deve observar alguns indicadores para a implantação de políticas públicas para oferecer serviços que envolvam o uso direto de tecnologias.

De acordo com Bouskela³² para que as iniciativas tecnológicas em cidades inteligentes sejam produtivas, o primeiro passo é fazer um diagnóstico de desafios e oportunidades, identificando os recursos tecnológicos necessários para o que se quer implantar, definindo um plano estratégico com implementação em etapas do projeto e a identificação das fontes de financiamento, com mapeamento dos benefícios para os cidadãos e o monitoramento das ações com foco nesses benefícios.

Além disso, o autor destaca ser imprescindível que o funcionamento de todos os serviços públicos sejam feitos de forma ordenada, integrada e sustentável, com o planejamento em infraestrutura considerando as condições de saneamento, transporte, energia, habitação, segurança e, que estes reverberem positivamente na geração de empregos, melhoria na saúde, na educação, comunicação, propicie mais lazer e preserve o meio ambiente³³.

4.1 Diagnóstico digital do Brasil

31 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Op. Cit. p. 15

32 BOUSKELA, Mauricio. *Caminho para as SmartCities: Da Gestão Tradicional para a Cidade Inteligente*. São Paulo: 2016. Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 2016.

33 BOUSKELA. Op. Cit.

Em casa, no trabalho, nas escolas, nas praças, ruas, avenidas, shoppings, parques, enfim, inúmeros são os lugares onde as tecnologias digitais estão presentes na vida de todos interferindo direta ou indiretamente nos relacionamentos, trabalho, educação, saúde, direitos, lazer, etc.

As cidades são espaços em transformação constante e isto impacta no crescimento e avanço tecnológico.

Segundo Bouskela³⁴ a Organização das Nações Unidas (ONU) aponta que, mais da metade da população no planeta (54,6% ou 3,6 bilhões de pessoas) vive em cidades e, até 2050 este percentual saltará para 70% da população global (mais de seis bilhões) – 64,1% das pessoas nos países em desenvolvimento e 85,9% dos habitantes dos países desenvolvidos estarão morando em áreas urbanas. No Brasil temos cerca de 86% da população vivendo em áreas urbanas e 15,6%, em zonas rurais³⁵.

Esta concentração facilitou o rápido avanço do acesso à internet através de tecnologia celular com a contínua expansão das redes de acesso 3G (hoje cobrindo uma expressiva maioria da população) e 4G (hoje cobrindo boa parte da população) e da disponibilidade de dispositivos móveis de baixo custo³⁶.

Com relação a infraestrutura e capacidade tecnológica dos municípios através do uso de internet, até 2016 apenas 57,9% de municípios brasileiros tinham infraestrutura de *back haul* de fibra ótica representando 3.225 municípios atendidos, sendo a população destes municípios 86% do total com acesso a internet. A tecnologia 4G 51% dos municípios totalizando 2.852. Quando a tecnologia é 3G o percentual de cobertura aumenta significativamente atingindo 98,6% das pessoas e 91% dos municípios³⁷.

Dados da primeira Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad C)³⁸ sobre tecnologia e acesso à internet, 116 milhões de

34 BOUSKELA, Id.

35 IBGE. *População*. Disponível <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/popul/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

36 BRASIL. Op. Cit. p. 16-17.

37 BRASIL. Op. Cit. p. 16-17.

38 IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra em Domicílios – PNAD. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de->

peças estão conectadas à internet. Analisando por gênero a pesquisa aponta que 65,5% das mulheres estão conectadas contra 63,8% dos homens. Considerando a faixa etária dos usuários o maior índice de acesso está concentrado entre 18 e 24 anos com 85% de usuários e acima de 60 anos temos o menor índice com de 25% de acessos.

A pesquisa também avaliou as regiões brasileiras constatando que as regiões Nordeste e Norte tem acessos inferiores à média brasileira ficando entre de 52,3% e 54,3%, respectivamente. O Sudeste possui o maior índice com 72,3% de acessos, seguido do Centro-Oeste onde a taxa é de 71,8% e do Sul com 67,9%.

Quando o tema é meio de acesso o celular é o campeão na preferência dos internautas com 94,6% de usuários. O uso dos computadores fica no percentual de 63,7%, *tablets* 16,4% e televisões 11,3%.

Os brasileiros off-line ainda representam significativa parcela da sociedade com 63,3 milhões de pessoas que se mantem longe das tecnologias. De cada quatro destas pessoas, três declararam que, o que as afasta é não saber usar ferramentas online ou não ter interesse nisso. Os valores dos serviços de internet foi a justificativa dada por 14,3% dos desconectados.

O Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), realizou em 2017 a pesquisa TIC Governo³⁹, e fez um raiox de como a administração pública usa tecnologia para atender aos cidadãos. O diagnóstico aponta que 70% das cidades com mais de 500 mil/hab possuem planos de cidade digital e nas capitais este percentual sobe para 77%. Os números caem significativamente nos municípios menores com apenas 18% das cidades do interior com serviços digitais e 8% em cidades com até 10 mil/ha.

Na análise por região temos o Centro-oeste com 21% do território com recursos de tecnologia digital, o Sudeste com 20%, Nordeste 19%, Norte: 15% e Sul: 14%.

domicilios.html?edicao=10500&t=resultados. Acesso em: 17 dez. 2018.

39 CETIC. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. *TIC Governo Eletrônico – 2017 Órgãos Públicos Federais e Estaduais*. Disponível em: <https://cetic.br/noticia/18-das-prefeituras-brasileiras-possuem-planos-de-cidades-inteligentes-aponta-pesquisa-tic-governo-eletronico-2017/>. Acesso em: 18 jan. 2019.

A maior aplicação do uso de tecnologias na gestão urbana diz respeito a mobilidade urbana com o uso de bilhete ou cartão eletrônico como forma de pagamento no transporte público, presente em 81% das capitais. Também referente a mobilidade os investimentos em semáforos inteligentes se destacam em 69% das capitais, com controle à distância para melhorar o fluxo de veículos. No quesito segurança aproximadamente 50% dos municípios tem controle de áreas de risco por sensores tecnológicos que monitoram a probabilidade de ocorrerem enchentes, deslizamentos e outros desastres naturais.

Quanto aos serviços públicos pela internet, apesar de 90% dos órgãos públicos estaduais e federais possuírem *websites*, apenas 25% dos órgãos estaduais oferecem o serviço público mais procurado pelos cidadãos inteiramente pela Internet, e entre os órgãos federais esse percentual sobe para 44%.

Nos municípios, especialmente os do interior e com até 10 mil/hab, 93% possuem uma página oficial e prestam serviços *on-line*, como, por exemplo, com emissão de nota fiscal eletrônica (51%), consulta de processos administrativos ou judiciais em andamento (46%) e emissão de documentos como licenças, permissões e certidões (40%).

A pesquisa⁴⁰ foi realizada entre julho e outubro de 2017 e foram realizadas entrevistas com 624 órgãos públicos federais e estaduais pertencentes aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público e 1.062 prefeituras brasileiras.

As pesquisas traçam um retrato da realidade brasileira e oferece ao poder público condições para formatar planos de ações estratégicas no planejamento e implantação de programas tecnológicos pensados em benefício da sociedade em geral, diminuindo distâncias sejam elas geográficas ou sociais.

Apesar de todo o potencial tecnológico existente no mundo e dos benefícios que as TICs podem trazer para o País, o uso de tecnologias na gestão urbana ainda é tímido se considerado a extensão territorial.

Considerações finais

O estudo demonstra que as TICs apresentam inúmeras possibilidades para o desenvolvimento social e para o crescimento econômico das cidades. Demonstra ainda que esta revolução digital

40 CETIC – Op Cit.

é irreversível e a necessidade de adaptação e planejamento é urgente para que as cidades acompanhem o desenvolvimento global sem perder oportunidades de investimentos e crescimento sustentável, que vai melhorar diretamente a vida das pessoas.

No entanto os desafios também se apresentam na mesma grandiosidade. A partir da pesquisa, listamos alguns tópicos que entendemos ser necessário investimentos primordiais para alavancar a digitalização das cidades no Brasil.

Entendemos que será preciso investir em infraestrutura, logística, equipamentos, inteligência profissional, formação humana e cultural, planejamento urbano e, tudo isso para que a apropriação das tecnologias digitais possa ser realidade de forma definitiva e com visão estratégica, pois a implantação de qualquer sistema tecnológico sem observar estas premissas, não alcançará resultados satisfatórios frente ao que se espera do papel de uma cidade digital, que usar dos meios tecnológicos para oportunizar crescimento econômico, sustentável e social a coletividade.

Será necessário ainda, otimizar as redes de transporte de dados, transformando-as na totalidade em fibra ótica para melhorar o tráfego de informações, criar ambiente seguro e confiável e, conseqüentemente, ter condições de ampliar as redes de acesso fixa e móvel de todos os municípios alcançando inclusive, os mais distantes e as zonas rurais.

A pesquisa realizada demonstra que apesar da realidade e até da vontade do administrador público, há ainda um longo caminho a ser percorrido para que o Estado consiga efetivar os indicativos do E-Digital propostos para implantação das TICs no Brasil.

Quanto a inclusão social é preciso promover ações efetivas com foco na acessibilidade como norma principal, pois será a partir dela que os outros direitos serão concretizados. Não há que se falar em direito à educação se não tiver em todas as escolas do país e em todos os níveis de formação, as ferramentas tecnológicas que possibilitem a aprendizagem. Neste caso é preciso também destacar, que estas ferramentas devem estar em salas de aulas comuns promovendo a convivência entre as pessoas, para desta forma, criar o reconhecimento na população de que todos são iguais.

Isso se aplica a pensar a construção das cidades de forma sustentável e inteligente, criando redes de mobilidade com segurança que vão permitir o direito à liberdade aos idosos, crianças, deficientes,

gestantes e outros grupos vulneráveis, possibilitando a estes a autonomia e independência, inclusive para trabalhar, garantindo aqui outro direito.

E assim, o planejamento urbano com implantação das TICs será eficaz se o gestor público respeitar o espaço do povo e seu direito de ocupar o território participando, produzindo, transformando, debatendo e criando inclusão em todos os setores. Isso é a prática da cidadania, que cria uma teia onde reverbera todos os direitos, diminuindo as distâncias entre os grupos e criando pertencimento e reconhecimento.

Referências

BOUSKELA, Mauricio. *Caminho para as SmartCities: da gestão tradicional para a cidade inteligente*. São Paulo: 2016. Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 2016.

BRASIL. Ministério das Cidades, Secretária Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana – SeMob. *Caderno de referência para elaboração de plano de mobilidade urbana*. Secretária Nacional de Transporte e da Disponível em: <https://iema-site-staging.s3.amazonaws.com/planmob.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. In: ANGER.

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra em Domicílios – PNAD. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html?edicao=10500&t=resultados>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Estratégia Brasileira para a transformação digital*. 2018. Disponível em: <http://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/estrategiadigital.pdf>. Acesso em: 15 dez 2018.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Desafios da mobilidade urbana no Brasil* (Org.). Instituto Pesquisa e Econômica Aplicada. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. IPEA, 2016.

CETIC. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. *TIC Governo Eletrônico – 2017 Órgãos Públicos Federais e Estaduais*. Disponível em <https://cetic.br/noticia/18-das-prefeituras-brasileiras-possuem-planos-de-cidades-inteligentes-aponta-pesquisa-tic-governo-eletronico-2017/>. Acesso em: 18 jan. 2019.

DIAS, Luan Guilherme, SILVA, Juvêncio Borges Silva. O direito à cidade e os movimentos sociais: o movimento #OcupeEstelita e a materialização da utopia. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2018. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6450/pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

FACCILOLO, Daniel, PIANTINO, Luiz Fernando Moura. *Cidades inteligentes e cidades desenvolvidas: um estudo de relação com os indicadores ICI, CSC, IFDM e IDHM*. Novas Edições Acadêmicas, 2018.

FANAYA, P. Cidades como ambientes cognitivos. In: *Cidades inteligentes: por que, para quem?* São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2016.

LAGO, et al. Análise: Cidades Inteligentes por mais Qualidade de Vida. Fabio Kon, Nelson Lago e Roberto Speicys Cardoso, *O Estado de São Paulo*, out. 2016.

LEFEBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

ONU BRASIL. ONU: *Mais de 70% da população mundial viverá em cidades até 2050*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-mais-de-70-da-populacao-mundial-vivera-em-cidades-ate-2050>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PIOSEVAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIRES, Ailton et al. *Mobilidade humana para um brasil urbano*. São Paulo: Brasiliense, 2016.

PRODEMG. Cidades inteligentes, práticas colaborativas. Tecnologia da Informação na Gestão Pública/PRODEMG. *Revista FONTE*, v. 12, n. 15, dez. 2015. Belo Horizonte/MG: PRODEMG, 2016.

ROMANINI, Anicoli; MARTINS, Marcele Salles. *Projeto de habitação de interesse social inclusiva*. https://www.usp.br/nutau/anais_nutau2014/trabalhos/romanini_anicoli_e_martins.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

SANTAELLA, L. As ambivalências das cidades inteligentes In: *Cidades inteligentes: por que, para quem?* São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2016.

SARLET, I. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-54, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/972>. Acesso em: 16 jan. 2019.

EL MOVIMIENTO LGBT EN MÉXICO

THE LGBT MOVEMENT IN MEXICO

Carlos Alberto Franco Chávez¹ 

¹ Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP), San Luis Potosí, México.
Doutora em Direito. E-mail: sefranco81@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3218>

Recebido em: 30.07.2019

Aceito em: 27.09.2019

Resumen: En este trabajo se describe el movimiento Lésbico, Gay, Bisexual y Trans (LGBT) en México desde sus orígenes hasta la actualidad. En la primera parte se hace un recuento histórico de cómo la homofobia se introdujo en la cultura desde la llegada de los conquistadores. Luego se describe cómo se ha ido regulando la sexualidad en general y la homosexualidad en particular desde la Colonia hasta el México independiente y posrevolucionario. En la segunda parte se narran los inicios del movimiento, sus primeros logros y su posterior debilitamiento por el sida y la crisis económica y política. En la tercera parte se aborda el resurgimiento del movimiento y el impacto político que ha tenido en todo el país con los cambios en las leyes, el matrimonio igualitario y la reasignación de la identidad de género, así como los grupos opositores a estas transformaciones, el papel de los partidos políticos y la aceptación o no de parte de la sociedad mexicana.

Palabras clave: Movimiento LGBT. México. Homofobia. Matrimonio igualitario. Cambios sociales. Discriminación.

Abstract: This work describes the Lesbian, Gay, Bisexual and Trans (LGBT) movement in Mexico from its origins to the present. In the first part there is a historical recount of how homophobia was introduced into the culture since the arrival of the conquerors. Then we describe how sexuality has been regulated in general and homosexuality in particular from the colonial era to the independent and post-revolutionary Mexico. The second part narrates the beginnings of the movement, its first achievements and its subsequent weakening due to AIDS and the economic and political crisis. The third part deals with the resurgence of the movement and the political impact it has had throughout the country with the changes in laws, equal marriage and the reassignment of gender identity, as well as the groups opposed to these transformations, the role of political parties and the acceptance or not of part of Mexican society.

Keywords: LGBT movement. Mexico, homophobia. Equal marriage. Social changes. Discrimination.



Sumário: 1 Antecedentes. 2 Movimiento de liberación homosexual, repercusiones y debilitamiento. 3 Resurgimiento y agrupación del movimiento LGBT: logros y desafíos sociales y políticos. 4 Conclusión. 5 Fuentes.

1 Antecedentes

México y América Latina son depositarios directos de la cultura Occidental por lo que se les podría considerar regiones occidentalizadas. En la época de la Conquista, las primeras obras escritas hechas en América ya condenaban e imponían cuestiones culturales que se observaban en Europa. Por esta razón es difícil hacer un análisis de la vida sexual de la América precolombina, ya que los datos con que contamos son los “informes de los conquistadores que tenían una visión llena de prejuicios sobre la sexualidad y los fragmentos de escultura, cerámica, pintura y poesía que lograron sobrevivir luego de la destrucción colonial”.¹ También podemos indagar en textos de autores indígenas que escriben en su lengua o en español, pero teniendo en cuenta que se trata de escritores convertidos al cristianismo que van a guiarse en sus textos a partir de esa visión. Lo que vemos, entonces es una polarización respecto a las referencias en relación con la homosexualidad en los pueblos amerindios.

Por un lado, hay ejemplos de castigos ejemplares por parte de los conquistadores ante actos sodomitas. El 5 de octubre de 1513 Vasco Núñez de Balboa ordenó la masacre de varios indios en lo que actualmente es Panamá, en la aldea de Quarequa, por haber practicado la sodomía y usar ropa de mujer, según lo asienta Pedro Mártir de Anglería en su *De Orbe Novo*.² En el caso específico de lo que actualmente es México, Hernán Cortés mencionó que: “Aún allende de que arriba hemos hecho relación a vuestras majestades de los niños, hombres y mujeres que matan y ofrecen en sus sacrificios, hemos sabido y sido informados de cierto que todos son sodomitas y usan aquel abominable pecado”.³ Y este tipo de aseveraciones de parte de los conquistadores

-
- 1 Fonseca Hernández, Carlos, *Derechos humanos, amor y sexualidad en la diversidad sexual desde la perspectiva de género*, Ciudad de México, Universidad Autónoma del Estado de México-CONACYT-Porrúa, p. 33.
 - 2 Forne, Byrne, *Homofobia: una historia*, Ciudad de México, Océano, p. 434.
 - 3 Cortés, Hernán, “Primera carta de relación” (10 de julio de 1519), en *Cartas y documentos*, Mario Hernández-Sánchez Barba (ed.), Ciudad de México, Porrúa, 1963, p. 25.

abundan. Por otro lado, la opinión de los misioneros y de los autores de origen indígena es muy diferente. Diego Muñoz Camargo escribió que: “Tenían por pecado de muy gran abominación la sodomía y así, los que lo eran morían por ello, y eran aborrecidos por ello y tenidos en poco”.⁴

Por su parte, Bartolomé de Las Casas mencionó en sus *Crónicas* que en los pueblos de México existía el “vicio nefando” y era aceptado en algunas regiones (como la totonaca, de la cual hay restos de figurillas de barro que representan a dos hombres practicándose una felación),⁵ aunque argumentaba que esta aceptación provenía de la posesión demoníaca. Asimismo mencionaba que en varias provincias la sodomía y el travestismo se castigaban con la muerte.⁶ Respecto a estas aseveraciones, hay quienes difieren y hacen notar que Las Casas y otros cronistas de la época proyectaban la visión europea en la realidad americana. Uno de ellos es Geoffrey Kimball, quien hizo un exhaustivo análisis hermenéutico de la *Historia General de las cosas en la Nueva España* de Bernardo de Sahagún (comparando el náhuatl con el español) y quien, entre otros hallazgos, obtuvo que los españoles tal vez hicieron parecer las prácticas aztecas como paralelas a las españolas, que como ya se vio, implicarían la muerte a los sodomitas, y que, aunque la homosexualidad no era bien vista entre los aztecas, no hay evidencia de que desearan suprimirla, como sí se suprimió luego de la conquista española.⁷

En cambio, para Alcina Franch, “la moral sexual en la sociedad azteca era relativamente parecida o comparable a la española en la época del contacto”.⁸ Por su parte, Olivier hace un estudio exhaustivo de la homosexualidad mesoamericana en el que concluye que, en primer lugar, las diferentes posturas de lo que podemos leer se deben a que esta documentación se generó en un periodo trastornado por conflictos ideológicos entre la justificación de la conquista y la revalorización del

4 Muñoz Camargo, Diego, “Descripción de la ciudad y provincia de Tlaxcala” en Rene Acuña, *Relaciones geográficas del siglo XVI: Tlaxcala*, Ciudad de México, UNAM, p. 78.

5 Fonseca Hernández, Carlos, *op. cit.*, p. 35.

6 De las Casas, Fray Bartolomé, *Los Indios de México y Nueva España*, Ciudad de México, Porrúa, 1986, pp. 71, 132-133.

7 Kimball, Geoffrey, “Aztec Homosexuality: The Textual Evidence”, *Journal of Homosexuality*, 1993, vol. 16, núm. 1.

8 Alcina Franch, José, “Procreación, amor y sexo entre los mexicas”, *Estudios de cultura náhuatl*, 1991, núm. 21, p. 59.

pasado indígena.⁹ Pero nos dice que la figura del berdache ¹⁰ es una constante al menos en la parte norte de lo que llegó a ser la Nueva España y que además funcionaba como un integrador social; también que la formación de un Estado centralizado en Tenochtitlan tal vez generó una legislación represiva respecto a homosexuales y travestidos; y, por último, que hay evidencias de las relaciones entre chamanismo y homosexualidad o fenómenos de travestismo entre varios grupos indígenas de esta región. No obstante, independientemente de cuál era la visión de la sexualidad en las culturas precolombinas, un hecho innegable es que, con la Conquista y la posterior Colonia, las formas indígenas de regularla fueron suplantadas por el enfoque español y occidental de forma casi definitiva en nuestro país, aunque cabe aclarar que hay un caso interesante en la cultura zapoteca de la zona del Istmo de Oaxaca, el muxe,¹¹ identidad que por razones históricas y geográficas se conservó y evolucionó de manera diferenciada.

La llegada al Nuevo Mundo por parte de los españoles se desarrolló luego de que hubieran recuperado los territorios ocupados durante siglos por los árabes, a quienes consideraban los “otros”. Recordemos que en esta época imperaban los preceptos de la todavía reciente Edad Media, en la cual los no cristianos eran los otros quienes practicaban costumbres y religiones consideradas heréticas que tenían que eliminarse; asimismo surgía la obligación moral de adoctrinarlos con la fe católica, especialmente a individuos como los indígenas a quienes difícilmente se les consideraba humanos.¹² Del mismo modo, “las penas impuestas por el derecho canónico en la Edad Media, perduraron en la legislación española, que se observó en la sociedad colonial de la Nueva España”.¹³

9 Olivier, Guilhem, “Conquistadores y misioneros frente al ‘pecado nefando’”, *Historias*, 1992, núm. 28, pp. 47-64.

10 Individuos que tenían los patrones de conducta de los dos géneros.

11 Algunos también lo escriben muxhe, palabra que es la zapotequización del término “mujer”. El muxe es un hombre educado desde una edad temprana (por tener rasgos femeninos) para comportarse como una mujer en la edad adulta, generalmente con una aceptación y consentimiento familiares. Para tener mayor información, véase Marinella Miano Borruso, *Hombres, mujeres y muxe en la sociedad zapoteca del Istmo de Tehuantepec*, tesis de doctorado, Ciudad de México, ENAH, 1999.

12 Fonseca, Carlos, *op. cit.* p. 34.

13 Castañeda, Carmen, “Historia de la sexualidad. Investigaciones del periodo colonial”, en Ivonne Szasz y Susana Lerner (comp.), *Sexualidades en México. Algunas aproximaciones desde la perspectiva de las ciencias sociales*, Ciudad de México, El Colegio de México, 2005, p. 267.

“En 1571 la Inquisición se estableció en nuestro país; en ese año se tuvo el primer proceso judicial por sodomía. Las penas consistían en la reclusión y trabajos forzados”.¹⁴ La situación de la Nueva España no fue muy diferente al resto del mundo occidental durante los siglos venideros. El control sexual se dio a través de la defensa de la institución del matrimonio y esto provocó cierre de burdeles, la censura de las prácticas anticonceptivas y el castigo por todo lo que se interpretara como lujuria y exceso sexual.¹⁵ “En el siglo XVII ya era común la palabra ‘puto’ para designar a quienes [realizaban actos homosexuales], aunque las autoridades los llamaban ‘sodomitas o sométicos’”.¹⁶ El 6 de noviembre de 1658 catorce hombres fueron quemados en la hoguera por haber cometido el pecado de sodomía. Había 123 hombres implicados en este asunto y pertenecían a todas las clases sociales (excepto de la élite) y castas de aquella época. Incluso había miembros del clero implicados.¹⁷ De acuerdo con Gruzinski, el “pecado nefando” era en aquella época una falta contra Dios, contra la naturaleza y contra el rey por lo que era uno de los comportamientos sexuales más graves considerados por la Iglesia.¹⁸

Con la Independencia, las cosas no cambiaron mucho. El discurso religioso siguió presente en la Constitución de 1824 que estipuló la religión católica como la única oficial, aunque algunas décadas después en las Leyes de Reforma (1859-1860) se proclamó el reconocimiento del matrimonio civil, la separación entre Iglesia y Estado y la libertad de cultos.¹⁹ A pesar de esto, para González Pérez, “el matrimonio civil sólo sirvió para legitimar las relaciones heterosexuales, lo cual no es otra cosa que el vínculo del derechos romano con la Iglesia”.²⁰ Tal vez desaparecieron las hogueras para castigar a los sodomitas, pero las ideas de condena no cambiaron. El siglo XIX fue un periodo lleno de

14 González Pérez, César O., *Travestidos al desnudo: homosexualidad, identidades y luchas territoriales en Colima*, Ciudad de México, CIESAS-Porrúa, 2003, p. 22.

15 *Ibidem*, p. 23.

16 Villafuerte García, Lourdes, “Los estudios del seminario de las mentalidades sobre la sexualidad”, en I. Szasz *op. cit.*, p.251.

17 *Ibidem*, p. 261.

18 Gruzinski, Serge, “Las cenizas del deseo. Homosexuales novohispanos a mediados del siglo XVII”, en Sergio Ortega (ed.), *De la santidad a la perversión. O de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad Novohispana*, Ciudad de México, Grijalbo, pp. 255-282.

19 Arreola, Valentín, *Historia de México*, Colima, Universidad de Colima, 1989, pp. 23-70.

20 González, Carlos, *op. cit.*, p. 24.

convulsiones y de guerras tanto internas como externas en nuestro país que impedían tener mucho control social.

Es importante recordar que México, heredero del Código Napoleónico, nunca tipificó la homosexualidad como delito, de hecho el primer Código Penal Federal fue aprobado en 1871 y entró en vigor en 1872 y en ninguno de sus artículos hace referencia a actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado.²¹ Sin embargo, esto no significa que hubiera una aceptación a conductas que difirieran de la heterosexualidad hegemónica. Generalmente lo que se va a argumentar para sancionar conductas que se alejen de la norma serán “las faltas a la moral y las buenas costumbres”. En efecto, “la legislación penal encuentra su modelo en el Código Napoleónico [...] porque no quiere que al mencionarle se propague ‘la existencia del vicio’”.²² Si en esta época en Europa se hacían investigaciones sobre homosexualidad, en México permaneció el silencio absoluto respecto a este tema y a otros que contravinieran la “sexualidad correcta”. Sin embargo, en noviembre de 1901 ocurrió un acontecimiento que permitió ver la forma como la sociedad se escandalizaba ante la homosexualidad y el travestismo, y que, a la vez, según Monsiváis, “inventó la homosexualidad en México”:²³ el baile de los 41, el cual sigue presente en nuestros días pues en la cultura popular mexicana continúa habiendo una relación entre este número y la homosexualidad, y es común oír chistes alusivos a esta relación, aunque no todos saben su origen. Pues bien, para contar lo que ocurrió esa noche, me basaré en la narración que hace Miguel Capistrán y que resumo a continuación.²⁴ En una de las casas de la calle Ezequiel Montes de la Ciudad de México empezó a haber un continuo ajeteo de carruajes que llegaban, hecho que llamó la atención de un gendarme que notó algo raro entre las personas que descendían de los vehículos. Al espiar la casa, el oficial se dio cuenta de que en la fiesta solo había hombres y que algunos estaban

21 Caroll, Aengus y Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2017. Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, Ginebra, ILGA, p. 30.

22 Monsiváis, Carlos, “Los iguales, los semejantes, los (hasta hace un minuto) perfectos desconocidos. (A cien años de la redada de los 41)”, en su libro *Que se abra esa puerta. Crónicas y ensayos sobre la diversidad sexual*, Ciudad de México, Paidós, 2010, p. 89.

23 *Ibid.*, p. 88.

24 Capistrán, Miguel, “Un día como hoy hace más de ciento”, en Michael K. Schuessler y Miguel Capistrán (coord.), *México se escribe con J, una historia de la cultura gay*, Ciudad de México, Editorial Planeta, pp. 53-62, 2010.

vestidos de mujeres. Acto seguido, llamó a varios refuerzos e hicieron una redada que pasó a la posteridad. El número de detenidos fue de 41 y de ahí la fama de este número. El primer castigo que se les impuso (recordemos que no había ningún delito que perseguir) fue barrer las calles inmediatas a la comisaría.

Este hecho fue ampliamente difundido por los periódicos sobre todo porque había personas influyentes en ese baile, hecho que se comprueba porque solo se escogió a 19 de ellos (los que carecían de recursos para defenderse), quienes fueron trasladados a Yucatán para cubrir las bajas del ejército que mantenía la Guerra de Castas con los mayas en aquella época. La humillación continuó durante todo el trayecto, ya que la gente en cada estación del ferrocarril se reunió para lanzarles proyectiles. La noticia se propagó en teatros, chistes en volantes y grabados del mismo José Guadalupe Posada. Incluso se escribió una novela titulada *Los 41*, escrita por Eduardo Castrejón, la cual se podría definir actualmente como una apología a la homofobia. Por su parte, Monsiváis menciona que “la lista de los 41 nunca se divulga, a ninguno se delata por escrito y casi seguramente a Yucatán sólo se envía a los pobres”,²⁵ aseveración que reafirma lo dicho por Capistrán. Sin embargo, Monsiváis agrega algo interesante: el chisme ampliamente difundido de que el yerno de Porfirio Díaz, Ignacio de la Torre, se encontraba entre los presentes en dicha fiesta. Este chisme nunca fue desmentido incluso en una época donde el poder absoluto de un dictador podía eliminar tal noticia,²⁶ y, al contrario, le dio mucha más resonancia al incidente. Esta amplia difusión sirvió como ejemplo a las autoridades para saber cómo proceder en casos así, sin embargo, “para la opinión pública, rapar, exiliar y remitir a los homoeróticos a actividades militares, bajo el argumento de que en esta institución podrían recuperar su hombría, no eran suficientes”.²⁷

Luego del baile de los 41, se podría decir que la represión se recrudeció. Sin embargo, con la Revolución Mexicana las cosas cambiaron un poco. Se puede decir que hubo, a la par, una especie de revolución sexual: “las tomas de ciudades, las migraciones masivas, las legiones de hijos sin padre, las oleadas de prostitutas, hacen inocultables

25 Monsiváis, Carlos, *op. cit.*, p. 84.

26 *Ibidem*, pp. 84-85.

27 Ch. A., Lázaro, “La conformación del movimiento LGBT en Guadalajara, Jalisco”, *Argumentos*, 2014, vol. 27, núm. 76, p. 254.

las exigencias del deseo”.²⁸ En la década de los veinte sobresale el número de hombres homosexuales²⁹ en la literatura, el cine e incluso la política que hay en la Ciudad de México, la cual permitía, por su tamaño, un anonimato relativo y además un control social más laxo debido a un papel del clero más bien secundario.³⁰ Ya se puede hablar de lugares de ligue como la Alameda Central y la avenida San Juan de Letrán. En las décadas posteriores se estableció un gueto de hombres homosexuales adinerados que podían huir en parte de la violencia homofóbica y que se caracterizaban por su esnobismo y afeminamiento. Sin embargo, fuera del medio intelectual y artístico de la vida nocturna de la Ciudad de México, “imperaba el espíritu provinciano, mezcla de fundamentalismo católico y analfabetismo científico”.³¹

En Colima y otras partes del país eran comunes las “cuerdas” (envíos de presos al penal de las Islas Marías, entre las que se incluyen los homosexuales detenidos al azar), de la cual huyó Jorge Chávez Carrillo, un artista notable de la época. Lázaro rescata varias notas informativas de 1930 que confirman las cuerdas como práctica común en todo el país y la homofobia imperante que generaba que algunos convictos hicieran carteles o gritaran a viva voz que ellos eran asesinos o rateros para que no los confundieran con sus contrapartes homosexuales.³² En Guadalajara en 1938, Jesús Reyes Ferreira, otro artista notable, es detenido por “invertido, corruptor de menores y organizador de saturnales”.³³ Por otro lado, Cuernavaca y Acapulco se convierten en dos excepciones parciales de la regla del menosprecio debido al gran número de extranjeros. En 1945 Salvador Novo terminó su autobiografía inédita llamada *La estatua de la Sal* (cuyo título hace alusión al pasaje bíblico de Sodoma y al castigo que recibe la esposa de Lot al mirar hacia atrás cuando huyen de la ciudad), que retratan la manera cómo se vivía la homosexualidad masculina y que, por la represión de aquella época, vio la luz pública muchos años después.

28 Monsiváis, Carlos, *op. cit.*, p. 94.

29 Los cuales, en primer lugar vivían en la clandestinidad y, en segundo lugar, no se libraban del escarnio público aunque fuera disimulado, debido a la relativa inmunidad que les daba su clase social elevada.

30 *Ibidem*, p. 102.

31 Monsiváis, Carlos, “Los gays en México: la fundación, la ampliación, la consolidación del gueto” en su libro, en su libro *Que se abra esa puerta. Crónicas y ensayos sobre la diversidad sexual*, Ciudad de México, Paidós, 2010, p. 117.

32 Ch. A., Lázaro, *op. cit.* p. 246.

33 Monsiváis, Carlos, *op. cit.* pp. 118-119.

En la década de 1950, según Monsiváis, “la red de amistades y conocencias [sic] es lo bastante amplia como para aminorar los hostigamientos y la visibilidad primera”.³⁴ No obstante, esto se vio contrarrestado por la notoriedad a partir de la década de 1940 de la alta frecuencia de los crímenes de odio contra homosexuales, dentro de los cuales algunos fueron célebres.³⁵ Por otro lado, México no era un país aislado, dado que también fue partícipe de las convulsiones sociales de la década de los sesenta que propiciarían, dos décadas después, su propio movimiento de liberación homosexual. También a partir de 1950, como en el resto de Occidente, los valores y estereotipos de la masculinidad y la femineidad comenzarían a entrar en crisis para acentuarse en la década siguiente. El voto femenino en México a partir de 1952, así como la paulatina participación de las mujeres en la educación superior y en el ámbito laboral generaron cambios sociales profundos que se verían cristalizados en los años posteriores.³⁶

2 Movimiento de liberación homosexual, repercusiones y debilitamiento

A finales de la década de los sesenta, aumentó la tolerancia a asuntos de moral social, la cual tiene que ver con más altos niveles de educación en la sociedad mexicana, la creciente urbanización y la secularización del país.³⁷ Los movimientos juveniles de otras latitudes y sus ideas tuvieron repercusiones en nuestro país que fueron reprimidas violentamente con la matanza de Tlatelolco, la cual puso en evidencia la estrecha libertad política y social en México. No obstante, los disturbios de Stonewall³⁸ y las consecuencias que iniciaron el movimiento de liberación gay en diferentes partes del mundo, se hicieron sonar también en estas tierras.

Para hablar del comienzo del movimiento LGBT en México, hay una figura crucial que se vuelve incluso más notoria porque es una mujer: Nancy Cárdenas Martínez. Ella nació el 29 de mayo de 1934 en Parras, Coahuila y obtuvo el doctorado en Letras con especialidad en

34 *Ibidem*, p. 126. Es importante aclarar que solo entre hombres gays de la clase alta.

35 *Ibidem*, pp.128-129.

36 Ch. A., Lázaro, *op. cit.*, p. 247.

37 Jordi Diez, “La trayectoria política del movimiento Lésbico-Gay en México”, *Estudios sociológicos*, 2011, vol. 29, núm. 86, p. 693.

38 Empezaron el 28 de junio de 1969 y duraron varios días.

Arte Dramático, en la Universidad Nacional Autónoma de México.³⁹ Cárdenas fue la fundadora del Frente de Liberación Homosexual⁴⁰ el 15 de agosto de 1971,⁴¹ el cual empezó a reunirse para hablar sobre las problemáticas que vivían gays y lesbianas en aquella época.⁴² Su primera incursión pública fue cuando publicaron una carta protestando porque la tienda Sears⁴³ había despedido a uno de sus empleados por ser abiertamente homosexual.⁴⁴ Otra acción fue cuando luego de una redada un sábado en la noche, un grupo de los arrestados demandó a la policía por actos inconstitucionales.⁴⁵

Nancy también fue la primera persona en México en hablar públicamente sobre la problemática que vivían los homosexuales y lesbianas ante los medios masivos⁴⁶ y en defender los derechos los derechos humanos y laborales de esta población en un programa de televisión nacional: el noticiario 24 horas con Jacobo Zabłudovsky.⁴⁷ Asimismo, en 1973 montó la primera obra de teatro gay en México, *Los chicos de la banda*, que generó muchas polémicas y manifestaciones en contra, y en 1975, en la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, que se realizó en México, logró, al lado de un grupo de lesbianas, que se introdujera el tema lésbico.⁴⁸

Junto a Nancy Cárdenas aparecieron otros nombres importantes en esta lucha como Luis González de Alba y Carlos Monsiváis, cuya

39 “Escritores del cine mexicano sonoro presentado por Universidad Nacional Autónoma de México”, disponible en <http://bit.ly/2HbuhGY>, consultado el 12 de febrero de 2017.

40 De acuerdo con González Pérez, el nombre que se usó fue en inglés: Gay Liberation Front. Véase González Pérez, Carlos, *op. cit.* p. 31.

41 Peralta, Braulio, “Soy lesbiana, soy hermosa. Nancy Cárdenas, guerrera del teatro”, en Michael K. Schuessler y Miguel Capistrán (coords.), *México se escribe con J. Una historia de la cultura gay*, Ciudad de México, Temas de Hoy, 2010, p. 119.

42 Estrada Corona, Adrián, “El proceso de lucha del colectivo lésbico-gay. Entrevista con Alejandro Brito”, *Revista digital universitaria*, 2010, Vol. 11, núm. 9, p. 3

43 En una fuente encontré que la tienda era Liverpool. Véase Jenaro Villamil, “La cuestión gay, los medios y las campañas”, *La Jornada*, México, D.F., 29 de junio de 2003, disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2003/06/29/004a1pol.php?printver=1&fly=>, consultado el 12 de febrero de 2018.

44 X. Lizarraga, “Una mirada...”, p. 40.

45 Monsiváis, Carlos, “Envío a Nancy Cárdenas, activista ejemplar”, en su libro *Que se abra esa puerta. Crónicas y ensayos sobre la diversidad sexual*, Ciudad de México, Paidós, 2010, pp. 204-205.

46 A. Estrada, *op. cit.* p. 3.

47 J. Villamil, *op. cit.*

48 A. Estrada, *op. cit.* p.3.

copiosa obra escrita ha sido primordial para entender este movimiento. Ellos dos en 1975 también publicaron un manifiesto que se llamaba *Contra la práctica del ciudadano como botín policiaco* y que declaraba que “la liberación de los homosexuales es una forma más de liberación social”.⁴⁹ Juan Jacobo Hernández y Yan María Castro aparecen también entre los nombres de los pioneros del movimiento, quienes siguen activos hasta la actualidad: el primero funge como coordinador general de Colectivo Sol⁵⁰ y la segunda como artista, gestora, curadora de arte y activista lesbofeminista.⁵¹

El Frente de Liberación Homosexual duró poco y dio origen a otros grupos: SexPol,⁵² El Frente Homosexual de Acción Revolucionaria (FHAR), Lambda⁵³ y Oikabeth,⁵⁴ entre los más importantes. La primera aparición pública se dio el 26 julio de 1978 por parte de integrantes del FHAR, que decidieron “salir del clóset” y participar como un contingente abiertamente homosexual en la conmemoración de la revolución cubana.⁵⁵

Meses más tarde, hubo una nueva aparición en las calles de un grupo homosexual, en la conmemoración de los diez años de la matanza de Tlatelolco, encabezado por Nancy Cárdenas,⁵⁶ y con la participación nuevamente del FHAR, Grupo Lambda de Liberación Homosexual y Oikabeth, las cuales constituyeron las principales fuerzas de la primera etapa del movimiento. El FHAR estaba integrado mayoritariamente por hombres y simpatizaba con la izquierda y el anarquismo. A Lambda lo conformaban hombres y mujeres de clase media, mientras que en Oikabeth solo militaban mujeres y sus fundamentos eran lesbo-

49 J. Diez, *op. cit.*, p. 695.

50 Yo tuve la oportunidad de trabajar con él dentro de una organización en Aguascalientes y por eso tengo esta información a la mano.

51 Yan María Yaoyólotl, disponible en <http://yanmaria-yaoyolotl.blogspot.com>, consultado el 14 de febrero de 2018.

52 Abreviatura de sexo político.

53 A principios de 1970 activistas de Nueva York utilizaron esta letra griega como emblema de su movimiento, ya que en el ámbito científico representaba potencial kinésico. El símbolo se propagó a otras partes del mundo.

54 Oikabeth deriva del maya oling iskan katuntat bebeth toth, que en español significa “mujeres guerreras que abren paso derramando flores”.

55 Xabier Lizarraga Cruchaga, “Una mirada al devenir del activismo homosexual”, en Muñoz Rubio, Julio, (coord.), *Homofobia: laberinto de la ignorancia*, Ciudad de México, UNAM, 2010, p. 41.

56 Monsiváis, Carlos, “Envío a Nancy Cárdenas, activista ejemplar”, en su libro, *op. cit.*, p. 207.

feministas.⁵⁷ Cabe recalcar que en aquel entonces la identidad trans todavía no se consolidaba por lo que solo se hablaba de homosexuales o gays⁵⁸ y lesbianas, aunque algunos en la actualidad se identificarían a sí mismos y se les identificaría como personas trans.

La primera Marcha del Orgullo Homosexual (lo que hoy conocemos como marcha LGBT) se llevó a cabo en junio de 1979, aunque fue manipulada por la policía, que obligó a desviar la ruta, enviándola por la calle de Lerma (en vez del programado Paseo de la Reforma). El nivel de repudio de la celebración de la homosexualidad fue tal que el entonces Departamento del Distrito Federal les negó la autorización para marchar por la vía más importante de la Ciudad de México.⁵⁹ Sin embargo, a partir de 1980 sí se consiguió seguir la ruta propuesta originalmente, de hecho, en esta segunda marcha hubo aproximadamente 10, 000 personas, lo que marcó un hito en aquel momento. Desde el año 2000 la ruta va del Monumento a la Independencia al Zócalo capitalino.⁶⁰ En 1979 se publicó la novela *El vampiro de la Colonia Roma* de Luis Zapata, cuya publicación supuso un cambio de rumbo respecto al desprecio o silenciamiento de lo homosexual en lo literario. Tuvo que pasar una década para que surgiera la novela *Amora*, de Rosamaría Roffiel, y el lesbianismo en México, tuviera por primera vez una representación literaria.

Tuvieron que pasar dos años para que en otra ciudad de México, Guadalajara, la segunda en población, hubiera manifestaciones públicas de homosexuales, travestis y lesbianas. El 8 de mayo de 1982 se recuerda como la primera marcha homosexual de protesta (aunque en realidad fue la tercera del año) a la persecución policiaca constante. Y el 26 de junio se realizaría la primera marcha del orgullo gay en aquella ciudad. Surgieron también organizaciones como el Grupo de Orgullo Homosexual de Liberación (GOHL) en 1983, que operaba desde 1981 con el nombre de Lambda de Guadalajara y que estaba liderada por Pedro Preciado.⁶¹ Estas transformaciones se empezaron a dar en menor medida y un poco después en otras ciudades del país con sus propias peculiaridades. Núñez afirma que “es una tarea pendiente documentar

57 Diez, Jordi, *op. cit.* p. 695.

58 Poco a poco esta palabra se empezó a emplear.

59 Lumsden, Ian, *Homosexualidad, Sociedad y Estado en México*, Ciudad de México, Ediciones Sol, 1991, p.45.

60 Lizárraga, Xavier, *op. cit.*, p.42.

61 Ch. A., Lázaro, *op. cit.*, p. 251.

esas historias y procesos de resistencia a las ideologías sexuales y de género dominantes y presentes fuera de los centros políticos y económicos como la Ciudad de México”.⁶² Este hecho justifica en gran medida la realización de esta investigación.

Retomando la Ciudad de México como epicentro del movimiento LGBT, Díez⁶³ y Brito⁶⁴ consideran la primera etapa de 1978 a 1984, año en el que ocurre su primer debilitamiento. En esta primera fase, el movimiento surgió, en primer lugar, por cambios políticos favorecedores de una mayor apertura. Con una mayor visibilidad en las calles, la literatura y el teatro también tuvieron una salida del clóset con autores como Luis Zapata, José Joaquín Blanco y José Antonio Alcaraz.⁶⁵ Asimismo, las movilizaciones del FHAR tuvieron impacto para el cese de las rutinarias redadas en bares y antros gay.⁶⁶ Por último, al final de esta etapa se consolidó el concepto de gay en lugar del de homosexual y con ello una nueva identidad basada en la adopción de una manera de vivir basada en la sexualidad.⁶⁷ Sin embargo, para Brito, en esta época “todavía no se hablaba de gay, sino de homosexual”,⁶⁸ por lo que tal vez los dos conceptos se usaban simultáneamente durante varios años hasta que el primero venció en el uso al segundo, y la fecha de este reemplazo también depende de la zona geográfica de la que se trate.⁶⁹

Argüello, por su parte, rechaza la cronología propuesta por Díez porque “no resulta pertinente imputar un carácter evolutivo al movimiento social”.⁷⁰ Sin embargo, a pesar de sus diferencias, converge con él en que en 1984 hubo un quiebre del movimiento causado por

62 Núñez Noriega, Guillermo, *¿Qué es la diversidad sexual? Reflexiones desde la academia y el movimiento ciudadano*, Quito, Abya-Yala, 2011, p. 23.

63 Díez, Jordi, *op. cit.*, p. 692. De hecho, es importante aclarar que este autor exclusivamente habla del movimiento LG.

64 Estrada, Adrián, *op. cit.*, p. 5.

65 Díez, Jordi, *op. cit.* p. 697.

66 Lumsden, Ian, *op. cit.* p. 53.

67 Por lo que a partir de este momento ya se puede hablar de gay en el sentido que se le da en el primer capítulo.

68 Estrada, Adrián, *op. cit.* p. 5.

69 En el siguiente capítulo veremos cómo la palabra gay en Aguascalientes en el año 2000 era un neologismo en los periódicos locales.

70 Argüello Pazmiño, Sofía, “Identidades en disputa: discursos científicos, medios de comunicación y estrategias políticas del Movimiento de Liberación Homosexual, 1968-1984”, en Rodrigo Parrini y Alejandro Brito (coord.), *La memoria y el deseo. Estudios gay y queer en México*, Ciudad de México, PUEG, 2014, p. 28.

la fragmentación en su interior. Diez afirma que a principios de la década de los ochenta, existían en la Ciudad de México muchas más organizaciones que las que había en la década anterior. Por primera vez lanzaron candidatos abiertamente homosexuales que, si bien no ganaron, contribuyeron en primera instancia a usar por primera vez la vía electoral y a obtener una visibilidad monumental en un país donde la homosexualidad era un tema tabú y no se discutía abiertamente en público.⁷¹ Sin embargo los problemas internos sobre el significado de la movilización homosexual hicieron difícil mantener una identidad colectiva que en un principio consistía en la liberación de la opresión.

Diez menciona que hubo fracturas entre el FHAR y Oikabeth por la inclusión o no del feminismo dentro de la agenda. Otro factor crucial fue la integración de un contingente importante del movimiento a la vida política del país a través de algún partido político.⁷² Por su parte, Argüello menciona que además de la división entre lesbianas y gays, específicamente dentro de este grupo hubo también rompimientos entre los que asumían una identidad masculina y quienes asumían una identidad femenina. Esta diferencia se acrecentó por el hecho de ciertas posiciones privilegiadas de algunos militantes que impulsaron el discurso del buen gay, es decir, el hombre masculino de clase media y que deseaba distinguirse del homosexual afeminado, travestido o trabajador sexual.⁷³ Lo anterior llevó a una segunda fractura entre el FHAR que abogaba por la diversidad y Lambda cuyos miembros varones perseguían la homosexualidad homogénea y “respetable”,⁷⁴ la cual perpetuaba la compulsión binaria de género que si bien, surge en la heteronormatividad, se vuelve a producir para restablecer el orden regulador del sexo dentro de las propias identificaciones no heteronormativas.⁷⁵ Todas estas fracturas intestinas se vieron reflejadas en primer lugar en la poca afluencia de las marchas LGBT a partir de 1984 y en una confrontación física y verbal en la marcha de ese año.⁷⁶ Como vimos en el primer capítulo, la identidad es un elemento crucial de un movimiento social. Si el ímpetu de la naciente militancia en México

71 Diez, Jordi, *op. cit.* p. 698.

72 *Ibidem*, p. 699.

73 Argüello, Sofia, *op. cit.*, pp. 42-43.

74 *Ibidem*, p. 44.

75 Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Buenos Aires, Paidós, p. 50.

76 Zárata, Karla, “El movimiento lésbico-gay, 1978-2010, Jordi Diez”, disponible en <https://bit.ly/2HC6aFc>, consultado el 15 de febrero de 2018.

trató, en primer lugar, de desprenderse de la carga estigmatizante, una vez que lo logró, las discrepancias de la aparente identidad colectiva homogénea que apenas se estaba formando salieron a la luz. Una vez que lograron la liberación dejaron de saber qué hacer o qué seguía.

De esta manera, durante los siguientes años, aproximadamente hasta 1997, el movimiento “sufrió una pérdida notable de vitalidad y visibilidad”⁷⁷ que además se vio acrecentada con el arribo de la epidemia del sida, la cual, como en otras partes del mundo, dio origen a un discurso que relacionaba esta nueva enfermedad con las prácticas sexuales promiscuas de la población gay. Del mismo modo como ocurrió en otras latitudes, la respuesta del Estado ante el sida fue tardía, “en los gobiernos de Miguel de la Madrid, Carlos Salinas de Gortari y Ernesto Zedillo, la Secretaría de Salud no lanzó campañas dirigidas específicamente a los gays porque, es de suponerse, el Estado no puede ni debe reconocer la existencia de enfermedades derivadas de perversiones”.⁷⁸ El sida trajo consigo una debacle del movimiento, el cual, a diferencia de lo que sucedió en otras partes del mundo, no logró armar un discurso basado en derechos sexuales y acceso a la salud. Asimismo y de manera paradójica, mientras que durante estos años aparecen y crecen un número sin precedente de movimientos sociales, en gran medida por la crisis económica⁷⁹ y el desgaste del régimen político, el LGBT pasó de la liberación a la supervivencia con la desintegración de los tres principales grupos.⁸⁰

En Guadalajara se editó y distribuyó la revista *Crisálida* de 1983 a 1988, la cual se autoproclamó como “de y para la comunidad gay”. Es importante resaltar que en la Ciudad de México no hubo en esta época algo parecido, ya que las publicaciones fueron muy efímeras y algunas de ellas censuradas y retiradas por las mismas autoridades. Con el tiempo, las tensiones internas generaron la implosión del GOHL y la creación de nuevas organizaciones como Nueva Generación Gay, Fidelidad de Guadalajara y el Grupo de Mujeres, que más adelante se convertiría en Patlatonalli.⁸¹ Sin embargo, el movimiento tapatió

77 Diez, Jordi, *op. cit.*, p. 699.

78 Carlos Monsiváis, “De las variedades de la experiencia homoerótica”, en su libro *Que se abra...*, *op. cit.*, pp.164-165.

79 Esta crisis también se considera como un revés para el movimiento LGBT, ya que muchos de los activistas quedaron desempleados y los que no, trataron de guardar mayor discreción para no perder sus empleos.

80 Diez, Jordi, *op. cit.* p. 702.

81 Ch. A., Lázaro, *op. cit.*, p. 262. En la revista *Crisálida* se lamentaba la poca

también sufrió un duro revés en 1991 con la cancelación del XIII Congreso de la ILGA, el cual fue saboteado por el Ayuntamiento de Guadalajara con una fuerte campaña homofóbica. De hecho en aquella época hubo pintas en las bardas con la leyenda: Haz patria, mata un puto y hubo desapariciones de personas que participaban en el movimiento.⁸² Finalmente el congreso se realizó en Acapulco, pero perdió mucho de su impacto inicial.⁸³ Un dato a destacar es que en Guadalajara de 1993 al año 2000 se suspendió la realización de marchas LGBT como consecuencia de la censura de las autoridades.⁸⁴

En la década de los ochenta, Max Mejía, el primer candidato a un cargo público abiertamente homosexual en la historia del país, fundó en su natal Colima la primera organización LGBT en esta entidad, junto a Salvador Márquez y otras personas, y en la década de los noventa, juntó con Emilio Velázquez, creó en Tijuana la organización FIGHT y creó la revista *Frontera Gay* con una duración de diez años.⁸⁵ Esto nos indica que el movimiento LGBT empezó a surgir tímidamente en distintos puntos del país además de las dos ciudades principales. Núñez menciona a Abigael Bohórquez como una figura literaria y social destacada para generar una nueva conciencia en Sonora, así como a Joaquín Hurtado en Nuevo León.⁸⁶

3 Resurgimiento y agrupación del movimiento LGBT: logros y desafíos sociales y políticos

Dentro del ámbito político, Patria Jiménez, en 1997, se convirtió en la primera persona públicamente no heterosexual (lesbiana, en este caso) en tener un cargo público en México, al volverse diputada federal por el Partido de la Revolución Democrática (PRD).⁸⁷ Para Diez este año es el punto de inflexión que marca un nuevo derrotero dentro del

participación de mujeres dentro del movimiento.

82 Alvarado Álvarez, Ignacio “El Gay Power Tapatío”, *El Universal*, 3 de junio de 2012.

83 Brito, Alejandro, “Por el derecho a todos los derechos”, En Schuessler, Michael, *op. cit.*, p. 244.

84 González, Carlos, *op. cit.*, p. 33.

85 “Obituario LGBTTTI Mexicano”, disponible en <http://obituarioigbttti.org.mx/max-mejia-solorio/>, consultado el 15 de febrero de 2018.

86 Núñez, Guillermo, *op. cit.* p. 22.

87 González, Carlos, *op. cit.* p. 33.

movimiento, pues “la elección de un partido de izquierda en la Ciudad de México, abrió espacios para poder avanzar reivindicaciones políticas para grupos marginados”.⁸⁸ 1997 también fue el año en el que el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el partido hegemónico durante décadas, perdía por primera vez la mayoría en el Congreso. Sin embargo, para Brito, esta nueva etapa comenzó un poco más tarde, en 1999,⁸⁹ cuando la marcha del orgullo gay llegó al zócalo capitalino (recordemos que tenía otra ruta anteriormente) y se convirtió en un desfile. En este sentido, perdió combatividad, pero ganó espectacularidad.

Y con el afán de dar visibilidad de identidades se rebautiza a la demostración: “Marcha del orgullo lésbico, gay, bisexual, y transgénico”,⁹⁰ hecho que nos permite llamar, ahora con toda propiedad, movimiento LGBT.⁹¹ Por su parte, Argüello señala que es preferible ver los procesos desde una propuesta analítica y que “no es posible explicar el movimiento LG⁹² como si fuese el mismo (con variaciones de carácter progresivo) desde finales de los años setenta hasta nuestros días”,⁹³ concluyendo de esta manera que no es adecuado hablar de etapas, por lo que en esta investigación simplemente se hará una cronología de lo acontecido. Respecto a la inclusión de más identidades dentro del movimiento y de los grandes avances que tuvo a partir de finales de la década de los noventa hasta nuestros días, Diez refiere que la influencia de la teoría queer y la creación del Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG) permitió a muchos activistas tener un sustento teórico de su lucha, así como el discurso de los derechos humano, el cual en esta misma década alcanzó una relevancia internacional.⁹⁴

A partir de estos años, los cambios políticos que han favorecido a la población LGBT se han vuelto más grandes. En 1998 el acceso gratuito a antirretrovirales para personas con VIH servidoras del Estado

88 Diez, Jordi, *op. cit.* p. 703.

89 Lizarraga indica que fue en el año 2000.

90 Brito, Alejandro, *op. cit.* p. 245.

91 Diez por su parte habla de “diversidad sexual”. Independientemente de cuál de los dos haya sido el término favorito para usar, lo que importa es que, al menos nominalmente, se abarca a otras poblaciones que estaban invisibilizadas.

92 Lésbico-gay. Al igual que Diez, solo utiliza estas dos siglas para hablar de los inicios del movimiento en México.

93 Argüello, Sofía, *op. cit.* p. 29.

94 Diez, Jordi, *op. cit.*, pp. 705-706.

se cristalizó y en 2003 se extendió a público en general.⁹⁵ También en 1998 se llevó a cabo un Foro de Diversidad Sexual y Derechos Humanos, el cual fue organizado por el PRD en la Asamblea Legislativa y fue el primero en su tipo en América Latina.⁹⁶ Esto dio como resultado que el 28 de noviembre de 2000 se penalizara la discriminación por motivo de la orientación sexual en el Código Penal del Distrito Federal.⁹⁷ Esta medida fue seguida por otras entidades, entre ellas, Aguascalientes, como veremos más adelante. Dentro del ámbito legislativo federal, un primer avance fue la Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación en 2003, la cual en el inciso III del artículo 1 refiere que se entenderá por discriminación

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, *las preferencias sexuales*, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.⁹⁸

Se explicita por primera vez en una ley federal las preferencias sexuales como un motivo para discriminar, evidenciando la homofobia y legitimando la defensa de las personas LGBT respecto a ella. Otro paso importante en el reconocimiento de los derechos humanos, al igual que en el resto de Occidente, y que se ha visto como el estandarte del movimiento LGBT del siglo XXI tal como lo vimos en el capítulo anterior, ha sido el reconocimiento jurídico de las relaciones de parejas del mismo sexo. El primer paso fue la aprobación de la Ley de Sociedades

95 Torres Ruiz, Antonio, *An Elusive Quest for Democracy and Development in a Globalized World: The Political Economy of HIV/Aids in Mexico*, Toronto, Toronto University, 2006.

96 González, Carlos, *op. cit.* p. 33.

97 Código Penal del Distrito Federal, Artículo 281 bis, última reforma 28 de noviembre de 2000.

98 Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación, artículo 1, inciso III. El subrayado es mío.

de Convivencia en el Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006⁹⁹ y la aprobación el 11 de enero de 2007¹⁰⁰ del Pacto Civil de Solidaridad en el estado de Coahuila, los cuales permitieron, por primera vez en nuestro país, uniones civiles entre personas del mismo sexo, aunque con restricciones respecto al matrimonio, ya que en estas uniones no cambiaba el estado civil de los contrayentes ni podía haber filiación en seguridad social. Este hecho permite ver que si bien, la Ciudad de México es la más favorecida en cambios sociales para mejorar la situación de la población LGBT y donde el movimiento ha tenido más fuerza, hay otras entidades que también han tenido transformaciones en esta materia.

Respecto a las fuerzas políticas que apoyan este tipo de reformas tampoco es tan clara su postura. Si bien, las reformas en la Ciudad de México han sido iniciativa del PRD, en Coahuila la iniciativa del Pacto Civil de Solidaridad fue llevada a cabo por el PRI y votada para su aprobación por este mismo partido, la cual tuvo un voto en contra por un diputado del PRD del Congreso de aquel año, mientras que el otro diputado del PRD se ausentó. Sin embargo, dentro de los tres partidos más fuertes del país, además de los arriba mencionados, el Partido Acción Nacional (PAN) es el que más se ha caracterizado por oponerse a estas reformas; por ejemplo, votó en bloque en contra del Pacto Civil de Solidaridad.¹⁰¹ Finalmente el 29 de diciembre de 2009 se publicó en la Gaceta del Distrito Federal una enmienda al artículo 146 del Código Civil con la cual se permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto convirtió a la ahora Ciudad de México en ser la primera ciudad de América Latina en reconocer este tipo de uniones. En esta ocasión, los votos a favor fueron por parte del PRD y del Partido del Trabajo, los votos de nuevo en contra fueron por el PAN y el Partido Verde Ecologista de México y la abstención se dio ahora por parte del PRI.¹⁰² Sin embargo, el PAN se propuso interponer una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), pero no pudo conseguir las firmas necesarias, así que el gobierno federal, también de extracción panista, interpuso este recurso

99 Gaceta Oficial del Distrito Federal, 16 de noviembre de 2006.

100 Periódico Oficial del Estado, Tomo CXIV, número 4, 12 de enero de 2007.

101 Cimacnoticias, “Aprueba Congreso de Coahuila Pacto Civil de Solidaridad, 12 de enero de 2007, disponible en <http://cimacnoticias.com.mx/node/56262>, consultado el 19 de febrero de 2018.

102 Salinas Hernández, Héctor Miguel, “Matrimonio igualitario en México: la pugna por el estado laico y la igualdad de derechos”, *El Cotidiano*, 2017, núm. 202, p. 98.

legal por medio de la Procuraduría General de la República (PGR). Finalmente el 16 de agosto de 2010, la SJCN determinó no solo la constitucionalidad del matrimonio, sino también de la adopción de las parejas homosexuales que hubieran contraído matrimonio en el Distrito Federal.¹⁰³ Coahuila se convirtió en el segundo estado en México en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo el 1 de septiembre de 2014. En este caso la propuesta fue presentada por un diputado del Partido Social Demócrata (PSD) y votada a favor por la fracción del PRI y solo obtuvo un voto en contra por parte del representante del Partido Unidad Democrática y donde la bancada panista se reservó tres artículos.¹⁰⁴

Por otro lado, debido a que los cambios legislativos en esta materia se han visto detenidos por gobiernos conservadores, en varios estados se han interpuesto amparos como una vía alternativa al reconocimiento del matrimonio igualitario, alegando el derecho reconocido en las tesis jurisprudenciales de la SCJN respecto a la Ciudad de México. Esta propuesta fue coordinada por la asociación México Igualitario¹⁰⁵ y tuvo un gran éxito porque siempre se han resuelto favorablemente. No obstante requieren de un trámite más engorroso y lento. Oaxaca fue el primer estado en hacerlo en 2013.

Aquí hay que hacer un breve paréntesis para hablar de las reformas de raíz que tuvo el Capítulo 1 del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) del 10 de junio de 2011, en las cuales, además de cambiar de manera profunda la forma de concebir, interpretar y aplicar los derechos humanos en México, se asienta que queda prohibida la discriminación por “preferencias sexuales”.¹⁰⁶ Con esto queda claramente señalado “que son las preferencias sexuales las que no pueden ser tomadas en cuenta para efecto de dar un trato diferenciado a las personas o negarles cualquier

103 *Ibidem*, p. 99.

104 Pérez, Lucía, “Avalan matrimonios gay en Coahuila”, *El Siglo de Torreón*, Torreón, 1 de septiembre de 2014. Una nota de la *Jornada* respecto al mismo hecho, menciona que hubo dos votos en contra de la iniciativa por parte del PAN. En *Excélsior* y *Zócalo* coinciden con lo asentado en el periódico arriba citado.

105 Véase <https://mexicoigualitario.wordpress.com/>, consultado el 19 de febrero de 2018.

106 Anteriormente se refería simplemente a la prohibición de discriminar por “preferencias”, hecho que generaba ambigüedades sobre el alcance de dicha prohibición.

derecho”,¹⁰⁷ lo que dio más argumentos para favorecer el matrimonio igualitario. De hecho, el 12 de junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en la Jurisprudencia 43/2015¹⁰⁸ que las leyes estatales que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo son inconstitucionales. Esta tesis jurisprudencial señala que no se puede decir que el matrimonio tiene como finalidad la procreación, ya que en realidad cumple otras funciones sociales. Con la definición de matrimonio como unión entre un hombre y una mujer, varias normas estatales discriminan a las personas por su orientación sexual, y por lo tanto contravienen la igualdad de derechos que consagra la CPEUM.

El 17 de mayo de 2016 el presidente de la república, Enrique Peña Nieto, presentó una iniciativa para modificar el artículo 4 de la CPEUM y el Código Federal¹⁰⁹ y considerar un derecho humano que las personas puedan contraer matrimonio sin discriminación alguna en consonancia con lo publicado el año anterior por la SCJN. Algunos estados han cambiado su legislación y otros se han visto obligados a desaplicar los artículos discriminatorios en sus propios códigos por la vía judicial. Hasta el 2017 el matrimonio “es posible por vía ordinaria en la Ciudad de México, Quintana Roo, Chihuahua, Coahuila de Zaragoza, Nayarit, Jalisco, Campeche, Michoacán, Morelos, Colima, Guerrero y Chiapas”.¹¹⁰ Por su parte, la iniciativa presidencial fue rechazada por diputados del PAN, del PRI¹¹¹ y del PVEM.¹¹²

La figura del matrimonio igualitario no solo ha dividido a los partidos políticos, sino a la sociedad en general y al mismo movimiento LGBT. Como se vio en el capítulo anterior, hay quienes piensan que el

107 Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades”, disponible en <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>, consultado el 19 de febrero de 2018.

108 Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Tesis Jurisprudencial 43/2015. Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”, disponible en <https://bit.ly/2v7exP5>, consultado el 19 de febrero de 2018.

109 “Peña Nieto anuncia reforma que reconocerá matrimonio gay en todo el país”, *Excelsior*, 17 de mayo de 2016, (sec. nacional), <http://bit.ly/1YzJNOS>, consultado el 4 de noviembre de 2016.

110 Salinas, Héctor Miguel, *op. cit.*, p. 99.

111 A pesar de pertenecer al mismo partido que el presidente.

112 Animal Político, “Diputados del PAN, PRI y Verde rechazan la iniciativa de Peña Nieto sobre matrimonio igualitario, 9 de noviembre de 2016, disponible en <https://bit.ly/2rbdl7>, consultado el 20 de febrero de 2018.

matrimonio no subvierte el orden patriarcal de nuestra sociedad y que el camino del movimiento mismo debería redirigirse para reivindicar las demandas originales de libertad y derecho a la diferencia. Al ser una figura tan controversial porque supone cuestionar una de las instituciones sociales más arraigadas y fuertes, los grupos conservadores se han organizado de una manera muy articulada para lograr detener el avance que el matrimonio igualitario ha tenido en nuestro país.

Las siglas que han aglutinado este esfuerzo han sido el Frente Nacional por la Familia (FNI),¹¹³ cuyo mayor apoyo ha sido el de la Iglesia Católica y otras iglesias con menor fuerza. Incluso en 2016, el papa Francisco ha apoyado abiertamente esta movilización.¹¹⁴ Contrario a lo que ha sucedido con las agrupaciones LGBT, aquellas han cerrado filas y hecho un frente común. Sus marchas por distintas ciudades del país en 2016 en las que había un despliegue de tecnología¹¹⁵ y recursos financieros se hicieron notar. Asimismo, “sus bases ideológicas se sustentan en un dogma que repiten y sostienen como verdad absoluta”,¹¹⁶ mientras que sus propósitos son dos: “el rechazo a la iniciativa presidencial¹¹⁷ y el impulso de otra reforma en sentido contrario al matrimonio igualitario, es decir, el reconocimiento de la familia como la tradicional y nuclear basada en un matrimonio civil y heterosexual”.¹¹⁸

Además del matrimonio igualitario, ha habido otros cambios que si bien no han tenido la misma preponderancia ni espectacularidad, han sido sustanciales en cuanto a que representan modificaciones estructurales. Hablamos de algo que repercute directamente en las personas trans y que es el cambio legal de la identidad de género. La primera entidad que lo logró fue la Ciudad de México el 13 de marzo de 2004 con las modificaciones al Código Civil, el cual, sin embargo, para permitirles cambiar su marcador de nombre y género en el acta de nacimiento, les requería una cirugía de afirmación de género.¹¹⁹ En 2008

113 Véase <http://frentenacional.mx/>, consultado el 20 de febrero de 2018.

114 Desastre, “El papa Francisco apoya la oposición al matrimonio igualitario en México”, 26 de septiembre de 2016, disponible en <https://bit.ly/2jkHG4X>, consultado el 20 de febrero de 2018.

115 En todas las marchas había drones que las grababan y que luego usaban en videos promocionales.

116 Salinas, Héctor Miguel, *op. cit.* p. 102.

117 Cuyo objetivo lograron.

118 *Ibidem*, p. 102.

119 Chiam, Zhan, Sandra Duffy y Matilda González Gil, *Informe de mapeo legal trans*

se hicieron nuevas modificaciones para que la nueva acta no tuviera una anotación marginal indicando la identidad primigenia, pues generaba problemas de discriminación a la persona que realizaba el trámite.¹²⁰

En noviembre de 2014, la Asamblea Legislativa aprobó por votación una reforma para que las personas trans pudieran cambiar su nombre y su identidad de género sin examen médico ni orden judicial ni necesidad de intervenciones quirúrgicas de ningún tipo ni terapias u otros procedimientos diagnósticos, por lo que los requisitos se volvieron muy sencillos y el proceso pasó a ser administrativo,¹²¹ lo que generó que el número de trámites se incrementara drásticamente.¹²² Pasaron más de diez años para que otras dos entidades permitieran que las personas trans accedieran al reconocimiento jurídico de su identidad de género autopercibida. Michoacán lo hizo el 13 de julio de 2017 y Nayarit unos días después, el 20 de julio. Con esto tenemos que solo tres entidades del país permiten el cambio legal de identidad de género.¹²³ Respecto a las fuerzas políticas que han permitido estos cambios, Ari Vera, presidenta de Almas Cautivas,¹²⁴ menciona que el PRD en la Ciudad de México ha sido el partido que ha respaldado estas modificaciones legislativas.¹²⁵ Por su parte, en Michoacán la propuesta fue presentada de manera conjunta por el PRI y el PRD,¹²⁶ mientras que en Nayarit el PRD fue el que llevó a cabo la iniciativa.¹²⁷ Cabe mencionar que la propuesta presentada por Peña Nieto el 17 de mayo

2017. *Reconocimiento ante la ley*, Ginebra, ILGA, 2017, p. 105. Era necesario anexar un dictamen que determinaba que la persona se encontraba sujeta al proceso de reasignación para la concordancia sexogenérica con un mínimo de cinco meses, expedido por dos profesionistas o peritos que cuenten con experiencia clínica en materia de procesos de reasignación para la concordancia sexo-genérica y uno de ellos tenía que ser el profesionista a cargo del tratamiento del solicitante.

120 Espinosa Rosello, Cristina, “Levantamiento de actas por reasignación para la concordancia sexogenérica. Una forma de evitar la discriminación”, *Cuestiones constitucionales*, 2010, núm. 22, p. 450.

121 Milenio, “Facilitan cambio de nombre a personas transgénero”, 11 de noviembre de 2014, disponible en <https://bit.ly/2FuOHZf>, consultado el 20 de febrero de 2018.

122 De 2009 a 2014 hubo 199 trámites, mientras que de 2015 a 2017 hubo más de 2000.

123 Z. Chian *et al.*, *op. cit.*, p. 106.

124 Véase, <https://almascautivas.org/>, consultado el 20 de febrero de 2018.

125 Z. Chian *et al.*, *op. cit.*, p. 106.

126 Legislatura Michoacán, “Aprueba Congreso reforma en materia de reasignación de sexo”, disponible en <https://bit.ly/2vYysUZ>, consultado el 20 de febrero de 2018.

127 Ornelas, René, “Congreso del Estado aprueba reformas para modificar actas por cambio de identidad de género”, *El Sol de Nayarit*, Tepic, 25 de julio de 2017.

de 2016 también planteaba el reconocimiento jurídico a la identidad de género a las personas trans en todo el territorio mexicano.

Como podemos ver, a pesar de ciertos obstáculos, los cambios políticos respecto a la población LGBT han sido muchos a partir del inicio del milenio. No obstante hay todavía situaciones que siguen perpetuando y comprobando la homofobia que se vive en la cotidianidad. De acuerdo con Javier Corrales, en América Latina hay una brecha entre la ley y la aceptación, ya que mientras en Occidente las leyes que han favorecido a la población LGBT se fueron modificando después de que los niveles de aceptación a esta población fueron incrementando, en América Latina ha pasado lo contrario, es decir, ha habido cambios drásticos en la ley que no siempre reflejan una aceptación social y que incluso han tomado por sorpresa a las fuerzas conservadoras.¹²⁸

En 2005 el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) llevó a cabo la primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (ENADIS), la cual puso al descubierto el alto grado de homofobia que se vive en nuestro país y la percepción subjetiva que se tiene respecto a esto. El 48.4% de la población encuestada no estaría dispuesta a vivir con un homosexual, sin embargo este mismo grupo no está considerado entre los más desprotegidos, de hecho no aparece en lo más mínimo. El 94.7 % de los homosexuales cree que hay discriminación hacia ellos por su condición y el 42.8% sufrieron discriminación el último año, siendo el grupo con el porcentaje más alto en este rubro.¹²⁹ Esto indica que, la población en general no creía que la homofobia fuera un problema cuando en realidad sí lo es.

En 2010, la misma encuesta se aplicó y dejó ver que “la discriminación por preferencia u orientación sexual sigue siendo de las que más mitos, falsedades, generalizaciones y demonizaciones evoca”.¹³⁰ Del mismo modo, la mayoría de las veces la misma homofobia se justifica y se exalta en la cultura de nuestro país. Respecto a la pregunta de si estarían dispuestos a vivir con un homosexual el 43.7% contestó que no, mientras que el 44.1% no viviría con una lesbiana. El porcentaje disminuyó un poco en cinco años. Y cuando la encuesta se

128 Corrales, Javier, “The Politics of LGBT Rights in Latin America and the Caribbean: Research Agendas”, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 2015, núm. 10, p. 56.

129 CONAPRED, “Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México”, disponible en <https://bit.ly/2vXIyFw>, consultado el 20 de febrero de 2018.

130 *Ibidem*.

desagrega por edad, tenemos que el rechazo aumenta con la edad de las y los encuestados, lo que tal vez suponga un cambio generacional. Respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, tres de cada diez personas se justifican poco, algo y mucho para oponerse. Sin embargo, siete de cada diez personas se oponen a que a las parejas de hombres homosexuales se les permita adoptar y aproximadamente seis de cada diez personas se oponen a que a las parejas de mujeres lesbianas se les permita adoptar. Del mismo modo, la oposición aumenta con la edad de la población encuestada.

Por otro lado, el 52% de las lesbianas, homosexuales y bisexuales¹³¹ encuestadas cree que el principal problema para ellos en México hoy en día es la discriminación, seguida de la falta de aceptación con un 26.2%. Asimismo, siete de cada diez personas de esta población señalan estar *totalmente de acuerdo y de acuerdo* en que en México no se respetan los derechos de los homosexuales y bisexuales. Y las instituciones menos tolerantes hacia ellos son la iglesia, en primer lugar, y la policía en segundo lugar. Una última encuesta de 2015 llamada *Diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, travestis, transexuales, intersexuales y queers de México*¹³² concluye, entre otras cosas que la discriminación es una vivencia común en esta población que vulnera sus derechos e incrementa la probabilidad de eventos negativos dentro de su salud. Asimismo, una cuarta parte de la población sufre de violencia psicológica o simbólica y la ideación o intento de suicidio es mayor que en la población general.

Por último, un gran problema que presenta México es el alto número de crímenes de odio por homofobia que se cometen. De acuerdo con el Informe de crímenes de odio por homofobia 1995-2015¹³³ se cometieron 1310 asesinatos de los cuales, 1021 corresponden a hombres gays y 265 a mujeres trans. El arma blanca es el arma que más se utilizó, en segundo lugar estuvieron los golpes y en tercer lugar,

131 La encuesta misma aclara que el número reducido de personas travestis, transexuales, transgénero e intersexuales en la población hizo imposible su inclusión en la encuesta.

132 Mendoza, Juan Carlos, *et al.*, *Principales resultados del diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays bisexuales, transgénero, travestis, transexuales, intersexuales y queers (LGBTTIQ) de México 2015*, Ciudad de México, UAM. Esta encuesta sí incluyó dentro de sus informantes a población trans e intersexual.

133 Letra Ese, "Informe de Crímenes de Odio por homofobia", disponible en <http://www.letraese.org.mx/proyectos/proyecto-1-2/>, consultado el 20 de febrero de 2018.

la asfixia. Sin embargo, en un 95% de los casos hubo dos o más tipos de ataque lo que evidencia el exceso de violencia que existe en estos homicidios. Estos datos colocan a nuestro país como el segundo a nivel mundial en crímenes por homofobia solo después de Brasil.¹³⁴

4 Conclusión

Al hacer un balance podemos notar que el movimiento LGBT ha tenido logros importantes, pero que la homofobia no ha desaparecido y que estamos lejos de que la población en México no sufra discriminación o violencia por su orientación sexual o identidad de género. Los cambios políticos y sociales a partir del siglo XXI han sucedido de manera vertiginosa y han generado una fuerte resistencia por parte de algunos sectores de la población. Sin embargo, sobre todo en las generaciones más jóvenes, se ha ampliado la forma de ver la sexualidad y el discurso de los derechos humanos ha ayudado a construir identidades sexuales disidentes de forma más pública. Las marchas LGBT son una realidad no solo en las grandes ciudades, sino incluso en las ciudades medianas de México. El matrimonio igualitario y el cambio de identidad de género son realidades y cada vez más la población LGBT gana visibilidad y con ello reivindica el derecho a la identidad. El movimiento LGBT ha sido uno de los más exitosos en nuestro país y en muchos otros en las últimas décadas y ha contribuido grandemente a ver la sexualidad de una manera más diversa. Sin embargo, la homofobia está lejos de desaparecer por lo que es importante que se redoblen esfuerzos para que podamos vivir en un mundo más libre donde no solo se tolere o se acepte la diversidad, sino que se valore como un elemento de enriquecimiento social.

5 Fuentes

Alcina Franch, José, “Procreación, amor y sexo entre los mexicas”, *Estudios de cultura náhuatl*, 1991, núm. 21.

Alvarado Álvarez, Ignacio “El Gay Power Tapatío”, *El Universal*, 3 de junio de 2012.

134 Becerra Acosta, Juan Pablo, “Reportan mil 310 homicidios por homofobia en 20 años”, disponible en <http://bit.ly/23ZIkCW>, consultado el 20 de febrero de 2018. Es importante considerar que la población de Brasil es aproximadamente 90 millones mayor.

Arreola, Valentín, *Historia de México*, Colima, Universidad de Colima, 1989.

Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Buenos Aires, Paidós.

Caroll, Aengus y Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2017. Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, Ginebra, ILGA.

Castañeda, Carmen, “Historia de la sexualidad. Investigaciones del periodo colonial”, en Ivonne Szasz y Susana Lerner (comp.), *Sexualidades en México. Algunas aproximaciones desde la perspectiva de las ciencias sociales*, Ciudad de México, El Colegio de México, 2005.

Ch. A., Lázaro, “La conformación del movimiento LGBT en Guadalajara, Jalisco”, *Argumentos*, 2014, vol. 27, núm. 76.

Chiam, Zhan, Sandra Duffy y Matilda González Gil, *Informe de mapeo legal trans 2017. Reconocimiento ante la ley*, Ginebra, ILGA, 2017.

Código Penal del Distrito Federal.

Corrales, Javier, “The Politics of LGBT Rights in Latin America and the Caribbean: Research Agendas”, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 2015, núm. 10.

Cortés, Hernán, “Primera carta de relación” (10 de julio de 1519), en *Cartas y documentos*, Mario Hernández-Sánchez Barba (ed.), Ciudad de México, Porrúa, 1963.

De las Casas, Fray Bartolomé, *Los Indios de México y Nueva España*, Ciudad de México, Porrúa, 1986.

Diez, Jordi, “La trayectoria política del movimiento Lésbico-Gay en México”, *Estudios sociológicos*, 2011, vol. 29, núm. 86.

Espinosa Rosello, Cristina, “Levantamiento de actas por reasignación para la concordancia sexogenérica. Una forma de evitar la discriminación”, *Cuestiones constitucionales*, 2010, núm. 22.

Estrada Corona, Adrián, “El proceso de lucha del colectivo lésbico-gay. Entrevista con Alejandro Brito”, *Revista digital universitaria*, 2010, Vol. 11, núm. 9.

Fonseca Hernández, Carlos, *Derechos humanos, amor y sexualidad en la diversidad sexual desde la perspectiva de género*, Ciudad de México, Universidad Autónoma del Estado de México-CONACYT-Porrúa.

Forne, Byrne, *Homofobia: una historia*, Ciudad de México, Océano.

Gaceta Oficial del Distrito Federal.

González Pérez, César O., *Travestidos al desnudo: homosexualidad, identidades y luchas territoriales en Colima*, Ciudad de México, CIESAS-Porrúa, 2003.

Gruzinski, Serge, “Las cenizas del deseo. Homosexuales novohispanos a mediados del siglo XVII”, en Sergio Ortega (ed.), *De la santidad a la perversión. O de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad Novohispana*, Ciudad de México, Grijalbo.

Kimball, Geoffrey, “Aztec Homosexuality: The Textual Evidence”, *Journal of Homosexuality*, 1993, vol. 16, núm. 1.

Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación.

Lumsden, Ian, *Homosexualidad, Sociedad y Estado en México*, Ciudad de México, Ediciones Sol, 1991.

Mendoza, Juan Carlos, et al., *Principales resultados del diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays bisexuales, transgénero, travestis, transexuales, intersexuales y queers (LGBTTTIQ) de México 2015*, Ciudad de México, UAM.

Michael K. Schuessler y Miguel Capistrán (coord.), *México se escribe con J, una historia de la cultura gay*, Ciudad de México, Editorial Planeta.

Muñoz Camargo, Diego, “Descripción de la ciudad y provincia de Tlaxcala” en Rene Acuña, *Relaciones geográficas del siglo XVI: Tlaxcala*, Ciudad de México, UNAM.

Muñoz Rubio, Julio, (coord.), *Homofobia: laberinto de la ignorancia*, Ciudad de México, UNAM, 2010.

Núñez Noriega, Guillermo, *¿Qué es la diversidad sexual? Reflexiones desde la academia y el movimiento ciudadano*, Quito, Abya-Yala, 2011.

Olivier, Guilhem, “Conquistadores y misioneros frente al ‘pecado nefando’”, *Historias*, 1992, núm. 28, pp. 47-64.

Ornelas, René, “Congreso del Estado aprueba reformas para modificar actas por cambio de identidad de género”, *El Sol de Nayarit*, Tepic, 25 de julio de 2017.

Parrini, Rodrigo y Alejandro Brito (coord.), *La memoria y el deseo. Estudios gay y queer en México*, Ciudad de México, PUEG, 2014.

Pérez, Lucía, “Avalan matrimonios gay en Coahuila”, *El Siglo de Torreón*, Torreón, 1 de septiembre de 2014.

Periódico Oficial del Estado, Tomo CXIV, número 4, 12 de enero de 2007.

Salinas Hernández, Héctor Miguel, “Matrimonio igualitario en México: la pugna por el estado laico y la igualdad de derechos”, *El Cotidiano*, 2017, núm. 202.

Torres Ruiz, Antonio, *An Elusive Quest for Democracy and Development in a Globalized World: The Political Economy of HIV/Aids in Mexico*, Toronto, Toronto University, 2006.

“Escritores del cine mexicano sonoro presentado por Universidad Nacional Autónoma de México”, disponible en <http://bit.ly/2HbuhGY>, consultado el 12 de febrero de 2017.

“Obituario LGBTTTI Mexicano”, disponible en <http://obituariolgbttti.org.mx/max-mejia-solorio/>, consultado el 15 de febrero de 2018.

“Peña Nieto anuncia reforma que reconocerá matrimonio gay en todo el país”, *Excelsior*, 17 de mayo de 2016, (sec. nacional), <http://bit.ly/1YzJNOS>, consultado el 4 de noviembre de 2016.

Animal Político, “Diputados del PAN, PRI y Verde rechazan la iniciativa de Peña Nieto sobre matrimonio igualitario”, 9 de noviembre de 2016, disponible en <https://bit.ly/2rbdlt7>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Becerra Acosta, Juan Pablo, “Reportan mil 310 homicidios por homofobia en 20 años”, disponible en <http://bit.ly/23ZIkCW>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Becerra Acosta, Juan Pablo, “Reportan mil 310 homicidios por homofobia en 20 años”, disponible en <http://bit.ly/23ZIkCW>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades”, disponible en <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>, consultado el 19 de febrero de 2018.

Cimacnoticias, “Aprueba Congreso de Coahuila Pacto Civil de Solidaridad, 12 de enero de 2007, disponible en <http://cimacnoticias.com.mx/node/56262>, consultado el 19 de febrero de 2018.

CONAPRED, “Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México”, disponible en <https://bit.ly/2vXIyFw>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Frente Nacional por la Familia, disponible en <http://frentenacional.mx/>, consultado el 20 de febrero de 2018.

<https://mexicoigualitario.wordpress.com/>, consultado el 19 de febrero de 2018.

Legislatura Michoacán, “Aprueba Congreso reforma en materia de reasignación de sexo”, disponible en <https://bit.ly/2vYysUZ>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Letra Ese, “Informe de Crímenes de Odio por homofobia”, disponible en <http://www.letraese.org.mx/proyectos/proyecto-1-2/>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Letra Ese, “Informe de Crímenes de Odio por homofobia”, disponible en <http://www.letraese.org.mx/proyectos/proyecto-1-2/>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Milenio, “Facilitan cambio de nombre a personas transgénero”, 11 de noviembre de 2014, disponible en <https://bit.ly/2FuOHZf>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Milenio, “Facilitan cambio de nombre a personas transgénero”, 11 de noviembre de 2014, disponible en <https://bit.ly/2FuOHZf>, consultado el 20 de febrero de 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Tesis Jurisprudencial 43/2015. Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o

que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”, disponible en <https://bit.ly/2v7exP5>, consultado el 19 de febrero de 2018.

Villamil, Jenaro, “La cuestión gay, los medios y las campañas”, *La Jornada*, México, D.F., 29 de junio de 2003, disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2003/06/29/004a1pol.php?printver=1&fly=>, consultado el 12 de febrero de 2018.

Yaoyólotl, Yan María, disponible en <http://yanmaria-yaoyotl.blogspot.com>, consultado el 14 de febrero de 2018.

Zárate, Karla, “El movimiento lésbico-gay, 1978-2010, Jordi Diez”, disponible en <https://bit.ly/2HC6aFc>, consultado el 15 de febrero de 2018.

FICCIONES, HISTORIAS E INJUSTICIAS: ELEMENTOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LITERATURA Y DERECHOS HUMANOS

FICTIONS, STORIES, AND INJUSTICE: ELEMENTS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN LITERATURE AND HUMAN RIGHTS

Adriana Marcela Bonilla Zipa¹ 

¹ Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP), San Luis Potosí, México.
Doutora em Direito. E-mail: adriana.marcela.bonilla.zipa@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3219>

Recebido em: 30.07.2019

Aceito em: 27.09.2019

Resumen: Este texto reflexiona acerca de la literatura y su relación con los Derechos Humanos, retoma la idea de la literatura como una expresión de la condición humana, una forma para preservar la memoria señalar las formas históricas de injusticia y darles voz a las víctimas. También aborda algunos autores que se han aproximado a este vínculo como una alternativa para comprender los procesos históricos, políticos y culturales que enfrentan las luchas sociales por la defensa y promoción de los derechos humanos en diversos contextos. Estas consideraciones permiten observar la literatura y su alianza con los derechos humanos como un modelo de supervivencia, testimonio y denuncia en los procesos de reconstrucción de las sociedades.

Palabras clave: Literatura. Derechos Humanos. Historia. Empatía. Percepción.

Abstract: This essay reflects on literature and its relationship with human rights, it's based on the notion of literature as an expression of the human condition, a way to preserve memory, to describe the historic manifestations of violence and to give voice to the victims. It also approaches some authors that have engaged in the literature-humans rights relation, as an alternative to comprehend the historical, political and cultural processes that social movements have encountered in their effort to defend and promote human rights in diverse contexts. These considerations will contribute to discern literature and its alliance with human rights as a model of survival, testimony and denunciation in processes of social reconstruction.

Keywords: Literature. Human Rights. History. Empathy. Perception.



Literatura, deriva de la voz latina littera: la letra. En plural litterae, cartas, cosas escritas. La literatura podría entenderse como un arte de la palabra.¹ Un arte que está sujeto a las emociones y percepciones de quienes lo leen; por tanto, sus contenidos se determinan dentro de cada contexto y situación histórica debido a que son fundamentalmente ideológicos,² en otras palabras, la literatura puede calificarse como “ideología” porque guarda íntimos vínculos con las relaciones sociales de dominio.³

Otro aspecto relevante de las obras literarias es que en su mayoría pertenecen a la historia de sus sociedades, por tanto, pueden transgredir los condicionamientos de su época o simplemente, que esto se convierta en una actividad transformadora del mundo;⁴ como es el caso de Rousseau, quien un año antes de publicar el contrato social, llamó la atención con la novela *Julia* o *La gran Eloísa* en 1761, una historia epistolar que conmocionó a los lectores del siglo XVIII. Su narración se centra en el amor condenado al fracaso de Eloísa y Abelardo, Lynn Hunt, lo describe así:

El filósofo y clérigo católico del siglo XII Pedro Abelardo sedujo a su alumna Eloísa y pagó por ello un alto precio a manos del tío de la joven: la castración. Separados para siempre los dos amantes mantuvieron un intercambio epistolar íntimo que ha cautivado a los lectores a lo largo de los siglos. En un principio la parodia contemporánea de Rousseau apuntaba en una dirección bien distinta. La nueva Eloísa, Julia, también se enamora de su preceptor, pero deja a Saint-Preux, que no tiene un céntimo, para satisfacer las exigencias de su autoritario padre, que quiere que se case con Wolmar, un soldado ruso de más edad que en una ocasión le salvo la vida. Julia no sólo supera su pasión por Saint-Preux, sino que también parece haber aprendido a quererle simplemente como amigo, poco antes de fallecer tras salvar a su pequeño hijo de morir ahogado ¿Pretendía Rousseau celebrar la sumisión de la protagonista a la autoridad paternal y conyugal, o bien su intención era la de presentar como trágico el sacrificio de los deseos propios de esta nueva Eloísa? El argumento a pesar de sus ambigüedades, apenas puede explicar la explosión de emociones que experimentaron los lectores de

1 GOMEZ ROMERO, Luis, *Fantasia, distopía y justicia. La saga de Harry Potter como instrumento para la enseñanza de los derechos humanos*, Instituto de la Juventud, Madrid, 2010, p. 69

2 *Ibidem*, p. 70

3 *Ibidem*, p. 71

4 *Ibidem*, p. 72

Rousseau. Lo que les conmovió fue su intensa identificación con los personajes, especialmente con Julia.⁵

De la historia de Julia, Rousseau recibió muchos comentarios de diversos lectores, pues genero empatía; pero en esta misma historia el autor puso en circulación la expresión derechos del hombre, que aunque no eran el tema principal en la novela, alentaba a los lectores a sentirse identificados con los personajes sin importar las barreras de clase sexo o nacionalidad.⁶

El efecto de la literatura, en las personas supera las barreras impuestas por las sociedades, porque las historias permiten a los lectores identificarse con los personajes. Personajes que están inspirados en mujeres, hombres, niñas, niños, jóvenes, que están en la realidad de cualquier esfera social. En el caso de *La nueva Eloísa*, el lector experimentó empatía y llegó a comprender que todas las personas son parecidas y tienen deseos. En esta novela, según Hunt, “Las novelas venían a decir que todas las personas son fundamentalmente parecidas a causa de sus sentimientos, y, en particular, muchas novelas mostraban el deseo de autonomía. De este modo, la lectura de novelas creaba un sentido de igualdad y empatía mediante la participación apasionada en la narración”.⁷

Dicho lo anterior, es importante detenerse en un factor primordial para la comprensión e interpretación de los textos, la empatía, pues esta capacidad del ser humano es la que permite mediar entre el lector y la literatura, y es que la empatía es una capacidad biológica del cerebro y se desarrolla por medio de la interacción social, por lo que las formas de esa interacción intervienen en su configuración.⁸ Por tanto, este factor humano es el que permite ver al otro a través de las emociones, sensaciones, ideales, comportamientos como un igual, tal como el efecto que tiene el cine en algunos casos o la televisión. Hunt se refiere a esto así:

En el siglo XVIII, los lectores de novelas aprendieron a ampliar el alcance de la empatía. Al leer, sentían empatía más allá de las barreras sociales tradicionales entre nobles y plebeyos, amos y sirvientes, hombres y mujeres, quizá también entre adultos

5 HUNT Lynn, *La invención de los Derechos Humanos*, trad. Jordi Beltrán Ferrer, Barcelona, Tusquet Editores, 1ª ed., 2009, p. 35

6 *Ibidem*, p. 38

7 *Ibidem*, p. 39

8 *Ídem*

y niños. Por consiguiente, aprendían a ver a los demás a los que no conocían personalmente, como seres iguales a ellos, con los mismos tipos de emociones internas. Sin este proceso de aprendizaje, “la igualdad” no podría haber alcanzado ningún sentido profundo ni, en particular, ninguna consecuencia política.⁹

Es importante mencionar que la autora reconoce que la literatura fue una de las formas para identificarse más allá de las barreras sociales, pero considera la lectura de novelas como una experiencia decisiva, si se tiene en cuenta que el apogeo de un género en particular (novela epistolar) coincide cronológicamente, con el nacimiento de los derechos humanos.¹⁰ Esta aclaración se realiza, puesto que, para esa época aunque se habían publicado otras novelas, no había un antecedente de tal aceptación; lo mismo sucedió con las novelas de Samuel Richardson, Pamela y Clarissa.

Estas tres novelas, con su estilo epistolar hacían posible un mayor sentido de identificación, quizás porque las percepciones de los autores quedaban ocultos en el intercambio de las cartas pero generaban en el lector una sensación de realidad.¹¹ Ahora bien, la autora, también, destaca que en este proceso de empatía con el texto, el lector se identifica con los personajes, por tanto hay un reconocimiento de lo que ella llama sentimiento interior, sentimiento que es necesario para los derechos humanos.¹²

Lo dicho hasta este punto, es que la literatura, usando como ejemplo aquella de género epistolar, genera en el lector empatía y de ésta surgen, otros sentimientos que permiten al sujeto reconocer sus emociones frente a un personaje, haciendo que éste se sienta identificado y además comparta su experiencia desde el sentir. Aspectos relevantes en el proceso de reconocimiento de los Derechos Humanos puesto que a través de la literatura se acude a aquellos significados culturales que se comparten, que se sienten, y que posibilitan el acercamiento a otros modos de entender y pensar la realidad.

Otras relaciones entre la literatura y los derechos humanos las menciona el autor Luis Gómez Romero así:

9 *Ibidem*, p. 40

10 *Ídem*

11 *Ibidem*, p. 42

12 *Ibidem*, p. 56

Los relatos medievales sobre la Tierra de Cucaña sirvieron como detonadores para revueltas campesinas; la sátira –encumbrada por ingenios sublimes e implacables como los de François-Marie Arouet, alias Voltaire, y Jonathan Swift– ocasionalmente hizo temblar (y casi siempre rabiar) a los poderosos; los poetas empeñaron su arte (y siguen haciéndolo) en la exaltación de las pasiones nacionales (bástenos mencionar, entre un índice inabarcable, los nombres, vinculados respectivamente a los Estados Unidos y a Irlanda, de Walt Whitman y William Butler Yeats) o en la composición de cantos revolucionarios (como es el caso de Eugène Pottier, autor de *L’International*); e incluso hoy en día (a pesar de los pesares, por encima de la televisión y la muerte de las ideologías), la pluma irreverente del Subcomandante Marcos sigue llamando a la insubordinación generalizada por boca del Viejo Antonio o de Don Durito de la Lacandona, en la misma medida en que José Saramago invita a sus lectores al voto en blanco, Harry Potter y su relación con la enseñanza ético-política... La enumeración de ejemplos bien podría extenderse hasta el infinito. Al servicio de las más diversas (e incompatibles) causas, a lo largo de la historia las letras y la política han entrelazado con indiscutible frecuencia sus destinos¹³.

Con los anteriores ejemplos, Gómez Romero aclara que esta literatura no se escribió para enseñar de forma directa los derechos humanos, pero sí inspiró a las personas para luchar por sus derechos; también, menciona a Platón como uno de los opositores del uso literario pues consideraba que el poeta o narrador producía cosas inferiores en relación con la verdad de las ideas.¹⁴ Sin embargo, Gómez Romero explica que una vez reconocida la función heurística de la literatura, no se puede negar que las ficciones aportan a la reflexión ético, política.

En sede de Teoría de la Justicia (o Filosofía Política), las normas que regulan nuestra convivencia pueden ser justas o injustas, pero tampoco pueden calificarse como verdaderas o falsas. Con miras a dilucidar la justicia de un enunciado normativo, la ficción –que, por ser una simulación declarada, no requiere constatación– puede ser empleada como instrumento auxiliar del razonamiento mientras resulte útil para ello. Al ser una falsificación consciente y provisional, en cualquier caso, se encuentra perpetuamente sujeta a rectificaciones. Podemos, en consecuencia, sustentar que la ficción es un medio válido para descubrir (que es otra forma de decir “inventar”) la justicia.¹⁵

13 GOMEZ ROMERO, Luis, *op. cit.*, p. 73

14 *Ibidem* p. 74

15 *Ibidem*, p. 75

Finalmente, con relación a este tema, menciona que para Platón la difusión literaria daba a conocer doctrinas éticas que él consideraba equivocadas y esto representaba un problema grave para la sociedad de la época. Pero los estilos para escribir eran característicos de la poesía trágica, por tanto, dichos sucesos se podían disentir y en consecuencia lo que sucedía a las personas por azar podía ser de enorme importancia para la calidad ética de sus vidas, puesto que entrañan el reconocimiento de verdades éticas, verdades que Platón descartaba.¹⁶

Dentro de la filosofía moderna y contemporánea, Gómez Romero, describe que para la mayoría de estos filósofos la literatura es para efectos públicos; considerada éticamente irrelevante, pues la literatura está en una posición optativa, al margen del pensamiento político, económico y jurídico, se refiere a esto así:

Martha Nussbaum atribuye esto a la segmentación entre “ciencias sociales” y “disciplinas humanísticas” que se introdujo en el ámbito académico contemporáneo y que, sumada a ciertas interpretaciones estrechamente hedonistas del valor literario, ha inducido a la Teoría de la Justicia –así como a otras disciplinas igualmente orientadas hacia lo “social”– a ignorar por completo la literatura como instrumento de argumentación política.¹⁷

Al respecto el autor, explica que siempre han existido filósofos políticos y escritores que no separan el estudio de la sociedad justa y la creación literaria:

Comenzando, paradójicamente, por el propio Platón –un autor que elevó la literatura hasta una de sus cumbres más excelsas, cuyo rechazo por la poesía imitativa resulta más llamativo aun si consideramos que el género dominante en su obra es el más denostado en ella, esto es, la “imitación” de caracteres mediante el uso de la primera persona en el diálogo–, y pasando por Thomas More, William Godwin o Jean-Jacques Rousseau, hasta llegar a Jean Paul Sartre y otros existencialistas, muchos pensadores han realizado contribuciones considerables como artistas literarios y, al propio tiempo, teóricos políticos.¹⁸

Por tanto, de acuerdo a Gómez Romero la literatura suele representar las necesidades y los deseos humanos, este análisis también lo afirma Hunt en párrafos anteriores, al referirse al hecho de experimentar empatía para comprender que todas las personas son parecidas y tienen

16 Ídem

17 Cit. por GOMEZ RAMIREZ, Luis, *op.*, *cit.* p.76

18 Ídem

deseos,¹⁹ estos deseos son situaciones sociales concretas como lo que se evidencia en las teorías literarias de inspiración feminista para tomar conciencia sobre los conflictos, sufrimientos y servidumbres que acompañan a su condición política.²⁰ En otras palabras, para este autor la literatura nutre la solidaridad y es catalizadora del cambio social, pues muestra al lector un punto de vista sobre la problemática humana.²¹

Por otra parte, este autor plantea que la literatura es una sólida base para desarrollar un entrenamiento de la percepción, entendida esta última como “la habilidad para penetrar en los aspectos más sobresalientes de un problema o una situación determinada de manera precisa y efectiva”²². Siendo esto así, esta habilidad puede desarrollarse con el uso de la literatura en la enseñanza de los derechos humanos, puesto que los lectores de acuerdo a su experiencia, empatía y percepción, podrán estimular su crecimiento moral al enfrentarse a los dilemas descritos en la narración, tal como lo afirma Kohlberg:

Uno de los objetivos prioritarios de la educación reside es estimular el crecimiento moral de los y las estudiantes al enfrentarles a dilemas (hipotéticos o reales) que les generen incertidumbre y les motiven a discutir con relación a la corrección o incorrección. “La literatura”, apunta Kohlberg, estimula nuevos estadios, formas cualitativamente nuevas del sentimiento y raciocinio moral y estético.²³

Dicho esto, la habilidad de la percepción, como elemento para el uso literario en la enseñanza de los derechos humanos implica pensar y sentir los hechos narrados y contrastarlos con los principios de justicia que expresan los derechos humanos.

Otro ejemplo, que contrasta la relación literatura y derechos humanos lo expone M. Jimena Saenz, al referirse a esta relación como “un campo naciente”²⁴, basándose en dos ejemplos; el primero con *la Invención de los Derechos Humanos* de Lynn Hunt del cual ya se hizo referencia en este trabajo²⁵ el segundo, *Human Rights, Inc. The world*

19 HUNT Lynn, *op.cit.*, p.39

20 GÓMEZ RAMIREZ, Luis, *op., cit.* p.77

21 Ídem

22 Ídem

23 Cit. por GOMEZ RAMIREZ, Luis, *op., cit.* p.78

24 SAENZ, M. Jimena, “Literatura y Derechos Humanos: “Un campo naciente””. En revista *UNLP Derechos y ciencias Sociales*, núm. 10, Instituto de Cultura jurídica y Maestría en sociología Jurídica, Argentina, abril de 2014, pp. 24-55

25 *Supra*, pp. 1-7

*Novel, Narrative Form, and International Law*²⁶ de Joseph Slaughter. La autora explica que estos dos trabajos han sido de los mejores productos ante el panorama crítico de los derechos humanos usando a McClennen, así:

La fragilidad de los derechos humanos en el contexto precario del neoliberalismo, el auge de los discursos de la seguridad nacional y sus culturas del miedo explican en parte la urgencia por encontrar en las humanidades, especialmente en la literatura, el antídoto a la crueldad, las atrocidades y las violaciones de los derechos humanos.²⁷

Para Sáenz uno de los antecedentes más claros del área de indagación de la literatura y los derechos humanos es lo que en Estados Unidos se llamó el movimiento derecho y literatura²⁸ este movimiento amplió nuevos enfoques en derechos humanos y literatura o derecho, cultura y humanidades, este primer momento estuvo marcado por la idea de la literatura asociada a la confianza de los textos literarios para enseñar valores morales y de esta forma recuperar el lugar de los valores en los estudios legales.²⁹ Sin embargo, en la década de los ochenta fue sobreponiéndose a la relación entre derecho y literatura un momento hermenéutico que se fijaba más en la teoría y crítica literaria esto produjo que la visión humanista inicial empezará a parecer anticuada en relación a los debates literarios de fines de esa década.

En los años noventa esta percepción cambia y se introduce el “derecho como narración” volviendo sobre la mirada humanista que otorgaba un poder de verdad y humanización a la literatura, pero la orienta ahora hacia fines políticos. Al respecto Sáenz dice: “El derecho como narración imagina al derecho como literatura, donde la literatura se presenta como inmediatamente accesible, sin mediación de la teoría. Entonces no enfatiza ya en las grandes obras de arte mayor, sino que busca lo literario en la cultura popular y pretende mirar al derecho desde

26 Derechos Humanos, La forma Narrativa de la novela mundial y el Derecho Internacional.

27 Cit. por SAENZ, M. Jimena, *op. cit.* p. 26

28 Este movimiento cobró forma durante las décadas del setenta y el ochenta en ese país agrupando una serie heterogénea de estudios sobre las relaciones entre ambas áreas que mantenían cierta unidad a partir de un diagnóstico de situación que rechazaban y pretendían también corregir o humanizar a través del *input* literario vinculado a la dominancia del paradigma economicista en la educación legal y el pensamiento público encarnado en el movimiento rival del derecho y la economía. *Ídem.*

29 *Ibidem*, p. 27

abajo.”³⁰ En esta época también se hace referencia a las percepciones y lugares del derecho así como al interior de los estudios literarios, Michael Ignatieff la ha caracterizado como:

El momento en que los derechos humanos se vuelven el vocabulario moral dominante atrayendo sobre sí mayor atención de las disciplinas humanísticas que se suman a los análisis tradicionales ligados a las ciencias jurídicas y políticas; y, en lo que a los estudios literarios corresponde, empiezan a cobrar más relevancia las distintas versiones de los estudios culturales y sus lecturas alejadas de la inmanencia de los textos literarios e incluso de los textos literarios mismos para concentrarse en toda clase de textos culturales y más situadas en el terreno de lucha de la cultura y en las contingencias de la historia.³¹

En el inicio del segundo milenio la literatura llama la atención para los activistas y teóricos de los derechos humanos por el lugar que ocupan los dispositivos y textos culturales en las luchas sociales, así como por el espacio que existe entre la palabra y el mundo.³²

Con este panorama propuesto por M. Jimena Sáenz, los autores mencionados Hunt y Slaughter, se interesan por la novela, la primera “como catalizador en la invención de los derechos humanos a finales del siglo XVII” y para el segundo “como vehículo de transmisión del discurso y la ideología de los derechos humanos”.³³ A continuación se hará referencia al segundo autor Slaughter, quien intenta describir en su obra la relación entre la novela de aprendizaje (*Bildungsroman*)³⁴, y la ley de los derechos humanos internacionales³⁵; para Sáenz este autor: “trabaja sobre las conjunciones socioculturales, históricas e ideológicas se apoya en la idea de la forma literaria de la novela de aprendizaje, que articula relaciones sociales, más que como una tipología que permanece

30 *Ibidem*, pp. 29-30

31 Cit. por SAENZ, M. Jimena, *op., cit.* p. 30

32 *Ídem*

33 *Ibidem*, p. 32

34 Es un término alemán empleado para describir un género narrativo que traza el proceso de aprendizaje, formación o madurez de un personaje en el transcurso de años que forjan su carácter o visión del mundo. Este tipo de novela también conocida como la novela de aprendizaje. Un ejemplo de esta novela es el Lazarillo de Tormes en la que el protagonista aprende a ser astuto para sobrevivir en el mundo. HARLAN, Crystal, en *about en español*, información recuperada de: <http://alturl.com/h4o2i>, consultada el 16 de julio del 2017

35 LOMEÑA, Andrés, “Entrevista con Joseph Slaughter” en *Heterocosmicas blogspot*, 29 de agosto de 2013, información recuperada de: <http://alturl.com/vujyq> consultada el 16 de julio del 2017

uniforme desde su emergencia en el siglo XVII alemán en paralelo a las declaraciones de derechos fruto de la revolución en Francia.³⁶

En este sentido Slaughter afirma que: “es posible leer al género novela de aprendizaje como una correlación novelística del proyecto socializador de los derechos humanos, que tiene ciertas manifestaciones formales generalizables, códigos literarios y tendencias convencionales que permiten vincular novelas de los siglos XVIII y XIX con sus contrapartidas contemporáneas poscoloniales.”³⁷ Al respecto Sáenz señala que:

El argumento básico que desarrolla el libro es que la *Bildungsroman* y los derechos humanos comparten ciertos presupuestos fundamentales sobre el sujeto de derecho, esto es, sobre lo que significa ser humano y sobre lo que los seres humanos necesitan para ser dueños de sí mismos, autónomos, e individuos autorrealizados dentro de la sociedad. El libro parte entonces de entender al derecho y la literatura como tecnologías del sujeto, construyen al sujeto como individuo en un proceso particular de incorporación a una formación social colectiva.³⁸

De acuerdo a esto, entonces, la autora destaca que Slaughter a través de este estudio plantea que la novela de aprendizaje funcionó como sustituto cultural, ante la falta de autoridad de la Declaración Internacional de los de los derechos humanos, y logró expandir su alcance al proyectar las condiciones sociales y culturales que hacían posible su reconocimiento como sentido común, aportando legitimidad simbólica cultural, que reforzó la autoridad de la DIDH y “un modo de imaginar un orden internacional de derechos humanos”³⁹; dentro de las novelas de aprendizaje Slaughter incluye: “*Tununa Mercado, Marjorie Oludhe Macgoye, Michael Ondaatje, Tsitsi Dangarembga, Christopher Hope y Calixte Beyala*” para este autor estas novelas se apropian del género para narrar reivindicaciones de los derechos humanos, al proyecto de la ciudadanía global que los incluye.⁴⁰

Finalmente, el estudio de Slaughter aclara que “la novela de aprendizaje también ha sido una compañera de viajes de empresas imperialistas y que en algunos casos ayuda a racionalizar la intervención

36 SAENZ, M. Jimena, *op., cit.* p. 40

37 Cit. por SAENZ, M. Jimena, *Ídem*

38 *Ibidem*, p. 42

39 *Ibidem*, p. 46

40 Cit. por SAENZ, M. Jimena, *Ibidem*, p. 47

violenta en otras sociedades”⁴¹ usa como ejemplo la situación de la invasión estadounidense a Irak y Afganistán y el crecimiento de novelas de aprendizaje como: “*cometas en el cielo*” de Khaled Hosseini de la que opina que transmiten mensajes que justificaban la invasión violenta en nombre de la protección y promoción de los derechos humanos también afirma que George Bush asoció la invasión militar, los derechos humanos y la novela de aprendizaje de manera explícita en el primer discurso que dio en Afganistán en 2006 diciendo “Nos gustan las historias y esperamos historias de chicas jóvenes que vayan a la escuela por primera vez y puedan darse cuenta de su potencial”. Por esta razón, el autor afirma que no se puede decir que este género no es más que una fuerza progresista porque también se ve comprometida por su uso como parte del expansionismo imperialista.⁴²

De otra parte, Slaugther se refiere a que el inicio de sus ideas en estas novelas comienza con dos narraciones que califica como contraejemplos *Los protagonistas de la obra Our Sister Killjoy (1977)*, de la novelista de Ghana Ama Ata Aidoo, y *los de Después de las bombas*, del novelista guatemalteco Arturo Arias, en estas dos novelas para el autor los protagonistas “tienen oportunidades para desarrollar libre y plenamente sus personalidades que terminan siendo aplastadas por el colonialismo y la discriminación racial y de género (en el caso de Aidoo) y por la colaboración entre la CIA, el departamento de Estado y la United Fruit Company durante el derrocamiento del gobierno progresista guatemalteco en 1954 (en el caso de Arias)”⁴³.

La última novela que discute este autor en su libro es *Le Petit prince de Belleville* de Calixthe Beyala, allí describe como los derechos humanos pueden llegar a ser una mera ideología francesa, puesto que los derechos humanos se convierten en obstáculos más que en colaboradores de la autorrealización del protagonista.⁴⁴ Por último el autor expresa que:

Esas novelas me parecen verdaderamente interesantes porque la frustración del deseo de autorrealización nos muestra la deformidad de la sociedad y la depravación de las instituciones sociales que alejan al protagonista del desarrollo de su personalidad. En este desajuste entre las expectativas de realización y sus fallos (tanto individuales como sociales)

41 LOMÉÑA, Andrés, *op., cit.*

42 *Ídem*

43 *Ídem*

44 *Ídem*

es donde esas novelas reivindican esos derechos humanos. En otras palabras, la mayoría de las novelas son contraejemplos, y en esta descripción de la formación fallida es donde discuten de manera más persuasiva a favor de cambios necesarios para remediar las injusticias estructurales e institucionales de la sociedad⁴⁵.

Después de esta exposición en relación con la literatura y los derechos humanos que se retoman desde el análisis de Saenz a las obras de Hunt y Slaughter, y que, en palabras de este último, significan la vinculación de la obra literaria a los derechos humanos como una forma de aprendizaje que se va reflexionando a través de los ojos del lector, puesto que las letras van dejando ver la opresión, desigualdad, pobreza, explotación y la violación de los derechos humanos.

Se ha dejado para el final de este apartado de literatura y derechos humanos, el libro *Writing Toward Hope*⁴⁶ de Marjorie Agosín, en el que la autora reúne fragmentos de obras literarias de algunos autores latinoamericanos para evidenciar las violaciones de los derechos humanos y que han quedado como testimonio. La autora describe esto así:

Estos escritores están unidos en las tradiciones culturales más importantes del siglo XX y articulan vida y literatura como elementos integrales de la conciencia humana. La escritura es una corporalidad de la expresión humana, en la que los convencionalismos diarios de nuestras vidas se unen con las ambigüedades y sutilezas de la literatura. Pero debemos añadir las corporalidades de los desaparecidos sin identidad, sin memoria- y esto compone el cuerpo esencial de la literatura que no es silenciada por la ideología dominante o su poder para negar lo que está ocurriendo. En el contexto de los tempranos años setentas, es imposible negar los cuerpos flotando por las orillas del río Mapocho en Santiago. Es imposible mirar las calles de El Salvador y no ver los cuerpos mutilados esparcidos por todas partes. La literatura de este período reúne los cuerpos victimizados y los arma con palabras: los restaura y les ofrece dignidad.⁴⁷

La antología que reúne Agosín comienza narrando las historias de autores y autoras de diferentes países y generaciones de América

45 Ídem

46 Escribiendo hacia la esperanza

47 AGOSÍN, Marjorie, *Writing Toward Hope. The Literature of Human Rights in Latin America*, Yale University Press, New Haven and London, 2007 p. xxi

Latina, que sufrieron encarcelamiento brutal, explica, que a través de dichos textos se narra “la experiencia y el impacto de ser encerrado, el abuso de la dignidad humana, el deterioro de la expresión, la dureza de la censura y la tristeza de vivir en un espacio rodeado de tinieblas.”⁴⁸ De este apartado la autora resalta la importancia de la escritura y la apropiación del lenguaje para narrar las diversas formas de resistir lo que el cuerpo ha experimentado; usando poesías como la de Emma Sepúlveda entre las cuales retoma “*A la prisión de Carmen*”, “*Me pregunto a solas*” y “*La loca de la casa*” denota un lugar en el que las mujeres, eran cuestionadas, mutiladas o desaparecidas.⁴⁹

En esta parte, la autora también menciona el ataque que sufren periodistas y estudiantes, en medio de las dictaduras de Chile, Argentina, Uruguay, entre otras; haciendo alusión al periodista argentino Jacobo Timerman del cual destaca un fragmento de su libro *Preso sin nombre, celda sin número* y al escritor chileno Hernán Valdés quien escribió su testimonio en los campos de concentración *Tejas Verdes*, Nora Strejilevich *Una sola muerte numerosa*, *Cuando me robaron el nombre*, Carlos Liscano *El lenguaje de la Soledad*, *El furgón de los locos*, Reinaldo Arenas, *Antes que anochezca*, Angelina Muñiz Huberman, *El prisionero*.⁵⁰ Todas estas historias reunidas, son un ejemplo de vulneración a la libertad del ser humano, son narraciones que resistieron y denunciaron los abusos de autoridad de los Estados y que sirven como elemento para enseñar en esencia la historia y el sentido de los derechos humanos en cada contexto.

En la segunda sección de la antología Agosín aborda algunas obras de autores que exploran las relaciones entre el prisionero político y su torturador, ¿cómo se hablan?, ¿cómo se miran?, para esta reflexión la autora retoma escritos de Mario Benedetti, *Pedro y el Capitán*, Marco Antonio de la Parra *Lo crudo, lo cocido, lo podrido*, Griselda Gambaro, *Las paredes*, Ariel Dorfman, *La muerte y la doncella*, con excepción de Benedetti, este grupo de escritores combinaban su oficio de escritura con la dramaturgia, dando como resultado un profundo análisis de la cultura popular, hecho que llevo a que sus obras tuviesen un fuerte impacto en las sociedades de sus países y la razón por la que se vieron obligados a exilio.⁵¹

48 *Ibidem*, p. 1

49 *Ídem*

50 *Ibidem*, pp. 4-98

51 *Ibidem*, pp. 101-284

La tercera sección de esta antología, vincula los derechos humanos en América Latina con el tratamiento de los pueblos indígenas, para la autora, estas obras son de un carácter primordial en el estudio de los derechos humanos puesto que denuncian el tratamiento precario e irrespetuoso que se dio a las poblaciones nativas, comienza mencionando a la peruana Clorinda Mattos y su novela *Aves sin nido*, también hace referencia a Bartolomé de las casas quien escribió las primeras denuncias de los derechos humanos a estas poblaciones, José María Arguedas autor peruano que dedica gran parte de su escritura a incluir el mundo indo americano como parte integral de la cultura latinoamericana inspirando a escritores contemporáneos a pensar en este tema. La autora venezolana Margara Russoto con el poema *El manual de los inquisidores*, evidencia con este escrito, el poder que tiene el silencio comúnmente asociado a la tortura, recuerda en estas letras la continuidad histórica de la tortura hasta la actualidad.

La escritora Mexicana Rosario Castellanos, en *Balún Canan* narra de una manera inocente, la experiencia de ser la hija de un terrateniente mexicano; al mismo tiempo es crítica del estado perpetuo de violencia y opresión que culminaría con el alzamiento Zapatista en el Estado de Chiapas. Según Marjorie Agosín, esta novela autobiográfica escrita en la década de los setentas, es uno de los textos claves de la literatura indígena continental. Agosín explica que, a partir de la democratización del continente americano, las culturas indígenas latinoamericanas experimentaron un renacimiento; especialmente de sus idiomas nativos. En Chile las comunidades Mapuches fueron brutalmente afectadas por el régimen represivo de Augusto Pinochet, sufriendo la usurpación no sólo de sus tierras, sino también de su lenguaje e identidad. La autora usa el ejemplo del poeta chileno Elicura Chihualiaf quien durante los años ochenta centró la fuerza de su poesía en la conciencia sobre el mundo indígena.

Otro ejemplo, que ofrece Agosín, es el del poeta guatemalteco Víctor Montejo quien reveló una historia de su pueblo, otrora, sellada, silenciada y humillada. Claudia Bernardi, centra su trabajo en las experiencias alrededor de la vulneración de los derechos humanos de su natal Argentina, así como en los recientes horrores de la masacre de *El Mozote* en el Salvador. Nancy Morejón describe la esclavitud en América Latina en el poema *Mujer Negra*, y en *Nana Saliente*, revela la experiencia en sur África. En esta parte del libro, también se encuentra un fragmento de la poesía de Pablo Neruda, *Canto General*,

esta obra es considerada por muchos de acuerdo a Agosín la quinta esencia de la escritura latinoamericana porque narra la experiencia de las comunidades indígenas a través del continente que llegó de España. Neruda discute el destino del continente y como la mezcla de las raíces conforman un híbrido en su identidad; uno de sus fragmentos lo dedica a Fray Bartolomé de las Casas y a su trabajo dedicado a defender los derechos humanos de las personas indígenas.

José Emilio Pacheco, en sus obras como poeta y narrador se caracterizan por una necesidad de explorar la historia y sus consecuencias. En el fragmento que incluye Agosín Pacheco examina el holocausto y sus repercusiones para los migrantes que viven hoy en México, una importante meditación sobre el tema de alteridad. Por último esta parte de la antología de Agosín describe el trabajo de Noga Tarnopolsky, *La familia que desapareció*, en este texto se cuenta como una familia completa en Argentina desaparece, Marjorie Agosín destaca que en este texto la autora Tarnopolsky hace parte de la escritura, porque narra desde una perspectiva personal e histórica que convierte al texto en una historia valiente y evocativa.⁵²

En la cuarta sección de esta antología Agosín hace referencia a las dictaduras militares y la sensación de incertidumbre y traición que éstas producen a la población que las experimenta; menciona que en América Latina éstas, se dieron bajo la apariencia de orden y normalidad. Una normalidad que se dio dentro de una ilusión que contrastaba con la realidad de los secretos de la prisión y la persecución a los opositores. Grupos como los Tupac Amaro en Perú, a la fecha no tienen voz, ni testimonio de la represión que vivieron en la década de los setentas. Durante las dictaduras militares la violencia en contra de las mujeres adquirió una fuerza insuperada; de esta situación Agosín destaca, los escritos de Reina Roffé en los que claramente retrata la represión y el terror que diariamente se vivía en Buenos Aires, Montevideo o Santiago cuando gigantes helicópteros verdes no identificados, sobrevolaban por encima de las cabezas esparciendo miedo en medio del silencio de la noche.

Luisa Valenzuela desenmascara el horror producido por la junta militar Argentina, sus textos están dentro de los más populares durante lo que llamaron la guerra sucia. Marta Traba escribe acerca de la represión en *Conversación al sur*, centrando su novela en las voces y

52 *Ibidem*, pp. 285-358

memorias de renombradas actrices y mujeres militantes que se reunían en un apartamento en Montevideo a hablar y recordar el tiempo pasado; el texto menciona claramente lo que significó el desafío de las madres de mayo marchando en círculos con las fotos de sus hijos e hijas.

Otro de los testimonios que Agosín menciona es el de la Nobel de paz Rigoberta Menchu, en el que cuenta la historia de la opresión a las comunidades indígenas en Guatemala. Rocío Quispe Agnoli, con su testimonio manifiesta la opresión a la minoría de las mujeres y la cruel violencia contra los niños, su texto también refuerza la relación entre la violencia física y la violencia política en la sociedad. Lourdes Vázquez una puertorriqueña que narra de forma vibrante la experiencia de una apremiante necesidad de escapar del peligro. La Venezolana Susana Rotker, en su escrito repiensa la simbología que hace referencia a los conflictos armados y su configuración de cara a la violencia y pobreza extrema, esto incluye desplazamiento de las zonas rurales a las ciudades.

En este recuento de historias Marjorie Agosín incluye a Elena Poniatowska, con la historia de los abusos domésticos por parte de los empleadores en *Las lavanderas*, finalmente, Agosín menciona a Antonio Skármeta y Carlos Cerda, quienes muestran testimonios del horror de la dictadura en Chile. En este apartado la autora resalta el daño y el dolor que produce la desaparición forzada lo describe como una plaga que está en todas las políticas e historias de los países, usa “la metáfora del cuerpo silenciado” que para ella significa el reflejo de países vacíos de pasado y memoria.⁵³

La quinta sección de la antología se refiere, a la memoria y la historia, Agosín destaca algunos ensayos de escritores que motivados por la urgencia de contar su historia recurren al periodismo siguiendo una larga tradición de libertad de expresión, ejercida por autores como Timerman. Estos escritos son también testimonio de un periodo singular en la historia, por tanto, se toman en consideración, puesto que provienen de profundas reflexiones tras un número impresionante de poemas e historias que se produjeron denunciando los abusos de los gobiernos y describiendo el miedo que se siente al vivir bajo el régimen dictatorial. Julio Cortázar representa una voz crucial en la lucha por los derechos humanos como se refleja en sus escritos y en su activismo político, sus ensayos *Negación del olvido y una maquinación*

53 *Ibidem*, pp. 359-448

diabólica exploran los medios maquiavélicos utilizados para esconder la evidencia de un cuerpo que ha desaparecido y dejado de existir.

Isabel Allende ayuda a entender mejor lo que significó para las mujeres latinoamericanas la búsqueda de sus desaparecidos, las dificultades para poder encontrar sus cuerpos y darle una sepultura adecuada; Allende se refiere a este tema describiendo las viudas de Calama en el norte de Chile quienes buscaron a sus seres queridos en medio del desierto. El texto de Elena Poniatowska, dedicado a los desaparecidos comunica el dolor desgarrador e irreparable perder a un ser querido y lidiar con que todas las preguntas relacionadas con la desaparición. Nora Strejilevich, hace un inventario de la dictadura en Argentina de cara a la historia y la memoria de tiempos que se desvanecen, la historia entre el exilio y la obsesión con volver al país de origen marca una constante presencia en la historia de los derechos humanos.

Roberto Castillo, escribe un ensayo conmovedor sobre Allende y el periodo que marco para siempre a sus amigos y enemigos. Anabel Torres hace una retrospectiva en la historia de Colombia y esto queda consignado en su ensayo *La escritura perseguida*. En este escrito menciona la erupción volcánica que mato a miles de personas y un golpe de estado militar, en el mismo año se unieron el desastre político y la tragedia natural. Armando Lasca permite entrar a la vida de los jóvenes estudiantes de Santiago, aludiendo a lo que se llamó *La Generación del silencio*, esta sección finaliza con los textos de Gabriela Mistral que para Agosín representan la visión humanista de América y la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil. En otras palabras, expresa Agosín, Mistral escribió hacia la esperanza.⁵⁴

En la sexta sección del libro *Writing Toward Hope*, la autora se refiere al Exilio desde la poesía y la novela; comienza por la descripción del poema “*Sefarad 1492*” por Homero Aridjis, en éste escrito el tema es la expulsión a causa de la violencia engendrada, que despojo a las personas de su tierra, lenguaje y memoria. Otro poema que destaca Agosín es *La Ceiba* escrito por Claribel Alegría. En este poema se permite al lector meditar sobre las implicaciones de la violencia y que en algunos casos el exilio puede llegar a ser un vehículo de paz. Para Ivón Gordon Vailakis, su poema *la maleta estuvo repleta* fue la forma de representar el exilio con mucha creatividad, Agosín describe que este

54 *Ibidem*, pp. 449-504

escrito fue la forma de permanecer en el lugar de la memoria, la forma de convertir el exilio en cómplice de lugares amados vistos desde lejos.

Laura Nakasawa escribe *Carta a un compañero muerto* revelando el dolor de toda una generación en Latinoamérica que tiene el legado de los desaparecidos. Gustavo Pérez Firmat, *Cincuenta lecciones de exilio y desexilio*, este poema muestra otra faceta del exilio, no sólo desde el entorno natural sino también desde su lenguaje nativo. Este autor comparte sus pensamientos como un escritor distanciado de su lenguaje, mientras recrea la experiencia de lo que siente en español. Alicia Kozameh, pasa muchos años en prisión, y en su poesía narra su visión del exilio y post exilio y cuál fue el medio con el que interactuaron en la zona frágil de la memoria, el recuerdo y la vida cotidiana.

Ivonne Lazamares, en *La isla del azúcar*, describe con claridad lo que significa para los cubanos volverse balseiro, y salir de su isla dejando, memorias, familia y todo su mundo. Diana Anhalt en *Soñando en español*, describe su exilio en México, durante la era McCarthy, narra el dolor, la confusión, de la vida en otro país, en el que tendría que aprender a ser otra persona. Esta sección finaliza con la escritora Laura Riesco y un fragmento de su escrito *El niño y la mañana* esta escritora Peruana en su texto da un testimonio de la vida de una mujer inmigrante de un pequeño pueblo del estado de Maine, Estados Unidos, al que ella no siente pertenecer.⁵⁵

La séptima sección del texto de Agosín se titula “las mujeres tienen el mundo”, en esta parte la autora aborda algunos textos de Alicia Partnoy, prisionera política en Buenos Aires, fue liberada y luego de esto escribe su experiencia en la cárcel en un volumen de historias tituladas *La Escuelita*, en este texto describe los momentos vividos en prisión. Nela Ríó también Argentina documenta con claridad y fuerza el drama de la desaparición y sus implicaciones para las generaciones futuras. La escritora cubana Ruth Belar escribe en su poesía la experiencia del exilio y también explora las precarias genealogías que obligan a las comunidades como las judías a vivir en el exilio. Delia Domínguez, chilena muestra en sus textos una profunda preocupación por la cultura campesina de su país natal en el poema *Mujer sin música de fondo* narra la realidad de la mujer campesina para simbolizar una realidad con raíces universales.

55 *Ibidem*, pp. 505-582

Anabel Torres, de nuevo es citada por Agosín para describir el dolor causado por las guerrillas quienes han invadido el país por más de cuarenta años, para Agosín, Torres captura la intensa emoción humana en extremas situaciones. Las nicaragüenses Daisy Zamora y Gioconda Belli con su escritura acercan al lector al significado de ser mujer poeta durante la revolución Sandinista. Finaliza esta séptima sección, la poesía de Violeta Parra, Agosín retoma el texto *Al centro de la injusticia* en el que Parra usa la geografía chilena para mostrar como la pobreza se relaciona con la violación de los derechos humanos y la disminución de la calidad de vida.⁵⁶

En la última sección de esta antología Marjorie Agosín, retoma la poesía de tres poetisas, Heberto Padilla, prisionero por las fuerzas militares de Castro, Roque Dalton asesinado por militares en el Salvador y Pablo Neruda que simboliza la resistencia a la tiranía en Latinoamérica. La autora retoma estos escritos por la fuerza y el amor de sus palabras, estos autores afirman que el mejor camino para combatir la injusticia no es con violencia o terror, sino con el lenguaje que representa los aspectos más poderosos del espíritu humano⁵⁷.

Como se describió, esta antología literaria reúne textos de diversos autores latinoamericanos que plasmaron sus ideas, sentimientos, sensaciones ideologías políticas y culturales en narraciones y poesías que sirvieron para denunciar la vulneración a los derechos humanos, pero al tiempo dieron paso a la inspiración de ideas de resistencia, para tener un mundo mejor o por lo menos que no guarde silencio frente al horror. Estos textos también se han convertido en testigos de la realidad, y aunque estén narrados usando las técnicas de la ficción, tienen una intensidad, de empatía como lo afirma Hunt, líneas arriba, que conllevan al aprendizaje y de acuerdo con Slaughter son interesantes porque evidencian la frustración del deseo de la autorrealización de sus protagonistas, mostrando la deformidad de las sociedades.

La literatura demuestra un desajuste, pero es al mismo tiempo, es en ese desajuste social que estos textos reivindican las luchas sociales por alcanzar el reconocimiento de algunos de los derechos humanos; como lo afirma Gómez Romero la literatura no se escribió para enseñar de forma directa los derechos humanos, pero si inspiró a las personas para luchar por sus derechos⁵⁸.

56 *Ibidem*, pp. 583-613

57 *Ibidem*, pp. 615-633

58 GÓMEZ RAMIREZ, Luis, *op., cit.* p.77

En conclusión, la relación literatura y derechos humanos brinda un horizonte para explorar y analizar, la historia, los contextos y el desarrollo de las sociedades y sus luchas sociales, permitiendo reflexionar a partir, del deseo del alternar posibilidades que puedan quebrantar las injusticias que poco a poco se han naturalizado e institucionalizado. Reflexionar a partir del vínculo literatura y derechos humanos, hace que estos dos elementos se conviertan en una herramienta que puede ser aprovechada para abordarse desde las prácticas de la enseñanza de los derechos humanos.

Referencias

AGOSÍN, Marjorie, *Writing Toward Hope. The Literature of Human Rights in Latin America*, Yale University Press, New Haven and London, 2007

EAGLETON, Terry, *El acontecimiento de la literatura*, ediciones península, Barcelona, 2013

GOMEZ ROMERO, Luis, *Fantasia, distopía y justicia. La saga de Harry Potter como instrumento para la enseñanza de los derechos humanos*, Instituto de la Juventud, Madrid, 2010

HARLAN, Crystal, “Bildungsroman” en *about en español*, información recuperada de: <http://alturl.com/h4o2i>, consultada el 16 de julio del 2017

HUNT Lynn, *La invención de los Derechos Humanos*, trad. Jordi Beltrán Ferrer, Barcelona, Tusquet Editores, 1ª ed., 2009

LOMEÑA, Andrés, “Entrevista con Joseph Slaughter” en *Heterocosmicas blogspot*, 29 de agosto de 2013, información recuperada de: <http://alturl.com/vujyq> consultada el 16 de julio del 2017

NUSSBAUM, Martha, *Cultivating Humanity: A Classical Defense of reform in liberal education. Cultivating Humanity: A Classical Defense of reform in liberal education*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998

TORRES Anabel, “Miles” en *Poemas de la guerra*, Ediciones Árbol de papel, Barcelona, 2000.

SAENZ, M. Jimena, “Literatura y Derechos Humanos: “Un campo naciente””. En revista *UNLP Derechos y ciencias Sociales*, núm. 10, Instituto de Cultura jurídica y Maestría en sociología Jurídica, Argentina, abril de 2014, pp. 24-55

SAENZ, M. Jimena “Derechos humanos y literatura: Un espacio emergente de encuentro entre el derecho y la literatura en la tradición norteamericana.” En *Anamorphosis- Revista Internacional de Direito e Literatura*, n. 1 vol. 3, junio 2017, pp. 5-24