

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

Campus de Santo Ângelo

Pró-Reitoria de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação

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

MESTRADO E DOUTORADO

Editora da URI – Campus Santo Ângelo – RS

DIREITOS CULTURAIS

Santo Ângelo

ISSN 1980-7805 (impresso)

ISSN 2177-1499 (eletrônico)

Direitos Culturais	Santo Ângelo	v. 12	n. 27	p. 176	Mai/Ago.2017
---------------------------	---------------------	--------------	--------------	---------------	---------------------

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

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

v.12 , n.27, maio/ago. 2017

Semestral: Dez. 2006-jul./dez. 2012. Quadrimestral: Jan./abr.
2013-.

ISSN 1980-7805 (impresso)

ISSN 2177-1499 (on-line)

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

CDU: 340.114

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

Diretor-Editor da Revista

Jacson Roberto Cervi

Thami Covatti Piaia

Editoria de seção e formatação

Débora Patricia Seger

Revisão

Jacson Roberto Cervi

Revisão Lingua Inglesa

Thami Covatti Piaia

Capa

Leandro Figueiredo

Publicação

FuRI – Fundação da URI – Campus de Santo Ângelo

Rua Universidade das Missões, 464 – 98802-470

Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55) 3313-7900

Composição e Impressão

Gráfica Venâncio Aires

– 2017–

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

DIREITOS CULTURAIS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo

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

Reitor

Luiz Mario Silveira Spinelli

Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação

Giovani Palma Bastos

Pró-Reitora de Ensino

Arnaldo Nogaro

Pró-Reitor de Administração

Nestor Henrique de Cezaro

URI – Campus de Santo Ângelo

Diretor-Geral

Gilberto Pacheco

Diretora Acadêmica

Marcelo Paulo Stracke

Diretor Administrativo

Berenice Beatriz Rossner Whatuba

Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Rosângela Angelin

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

Coordenação Acadêmica

João Martins Bertaso

Coordenação Executiva

André Leonardo Copetti Santos

Diretor-Editor da Revista

Jacson Roberto Cervi

Thami Covatti Piaia

Linha Editorial

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

A Revista estrutura-se nas seguintes seções:

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

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

III – Resenhas de Jurisprudência

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

Indexada nas seguintes bases de dados

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

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

SEER/Ibict:

http://seer.ibict.br/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=1669&Itemid=109

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

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

Indexadas ou em processo de indexação

Diadorim - Sistema de Classificação das revistas

EBSCO Host publishing

Gale Cengage Learning

Public Knowledge Project - PKP

Brazilian Institute of Information in Science and Technology

Google Scholar

Conselho Editorial

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

Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC – SC)

Dr. Augusto Jaeger Junior (UFRGS – RS)

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

Dr. José Russo (UFAM – AM)

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

Dr. Leopoldo José Bartolomé (ARG)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF-RS)

Dra. Marta Rosa Vigevano (ARG)

Dr. Orides Mezzaroba (UFSC – SC)

Dr. Roberto Carlos Abinzano (UNaM – AR)

Dr. Vicente de Paulo Barreto (UERJ – RJ)

Avaliadores Ad Hoc

Professores Doutores

Adreana Dulcina Platt (UEL – PR)

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (FDSM – MG)

Alexandre Morais da Rosa (UFSC – SC)

Alexandre Saldanha (UNICAP – PE)

Alvaro Borges de Oliveira (UNIVALI – SC)

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

Ana Keuly Bezerra (UFPI – PI)

Ana Sara Castaman (FAI – SC)

André Panno Beirão (EGN – RJ)

Angélica Lucía Carlini (UNIP – SP)

Anna Candida da Cunha Ferraz (ESP – SP)

Aparecido Ruiz (UEM, CESUMAR – PR)

Augusto Tanger Jardim (UniRitter – RS)

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

Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR – PR)

Charlene Maria Coradini (UNIP, PUC – GO)

Cláudia Taís Siqueira Cagliari (FAI – SC)

Claudio Maraschin (UniRitter – RS)

Clayton Reis (Cesumar, UTP – PR)

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori (UNIVALI – SC)

Daniela Vanila Nakalski Benetti (UNIPAMPA – RS)

Denise Pires Fincato (PUC – RS)

Dóris Ghilardi (UNIVALI, CESUSC – SC)

Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)

Eduardo Henrique Lopes Figueiredo (FDSM – MG)

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

MISSÃO DA REVISTA DIREITOS CULTURAIS

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
PRESENTATION	

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SOCIEDADES MULTICULTURALES Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA UNION EUROPEA: EL CAMINO DE IDA Y VUELTA DE LOS DATOS PNR.....	17
FUNDAMENTAL RIGHTS IN MULTICULTURAL SOCIETIES AND PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE EUROPEAN UNION: THE ROAD OF IDA AND RETURN OF PNR DATA	
<i>Alvaro A. Sánchez Bravo.</i>	

DIREITOS AUTORAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CULTURA DE PARTICIPAÇÃO NA INTERNET.....	33
COPYRIGHTS, FREEDOM OF SPEECH AND INTERNET PARTICIPATION CULTURE	
<i>Alexandre Henrique Tavares Saldanha</i>	
<i>Paloma Mendes Saldanha</i>	

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CIDADANIA E DIALÉTICA: VALORES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	47
HUMAN DIGNITY, CITIZENSHIP AND DIALECTICS: VALUES AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN AN INFORMATION SOCIETY	
<i>Afonso Soares de Oliveira Sobrinho</i>	
<i>Eduardo Henrique Lopes Figueiredo</i>	

FEMINISMO: RECONHECIMENTO E IGUALDADE SOB A PERSPECTIVA DE SOCIEDADES MULTICULTURAIS.....	63
FEMINISM: RECOGNITION AND EQUALITY UNDER THE PERSPECTIVE OF MULTICULTURAL SOCIETIES	
<i>Laura Venturini da Luz</i>	
<i>Marcio Renan Hamel</i>	

O DIREITO À CULTURA NO BRASIL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	75
CULTURE RIGHT IN BRAZIL AND THE SUPREME COURT	
<i>Luiz Carlos Ormay Júnior</i>	
<i>Antonio Hilário Aguilera Urquiza</i>	

**IMIGRANTES PENDULARES EM REGIÃO DE FRONTEIRA:
SEMELHANÇAS CONCEITUAIS E DESAFIOS METODOLÓGICOS
PENDULAR 91**

**IMMIGRANTS IN THE BORDER REGION: CONCEPTUAL SIMILARITIES
AND METHODOLOGICAL CHALLENGES**

Marco Aurélio Machado de Oliveira

Jacqueline Maciel Correia

Jéssica Canavarro Oliveira

**DIREITO E DESIGUALDADE: UM ESTUDO SOBRE A
TERCEIRIZAÇÃO 109**

LAW AND INEQUALITY: A STUDY ABOUT OUTSOURCING

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Thiago Patrício Gondim

**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE
COTAS PARA AFRODESCENDENTES: UM ESTUDO DE CASO A
PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO..... 125**

**THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ON
QUOTAS FOR AFRODESCENDANTS: A CASE STUDY BASED ON LEGAL
PLURALISM**

Sérgio Coutinho dos Santos

Sarah França Mendonça Plácido

Jorge Luiz Gonzaga Vieira

O CUIDADO E A ECOLOGIA INTEGRAL..... 149

CARE AND INTEGRAL ECOLOGY

Jacson Roberto Cervi

Noli bernando Hahn

NORMAS DE SUBMISSÃO 173

DIREITOS CULTURAIS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu*
MESTRADO e DOUTORADO da URI – Campus Santo Ângelo–RS
v. 12, n. 27 maio/agosto 2017**

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

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

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

Conscientes de que o aumento qualitativo da produção acadêmica no Brasil, está inexoravelmente relacionado ao fortalecimento dos periódicos científicos, a Revista Direitos Culturais, engajada nessa proposta de melhorias e sempre buscando a troca de experiências com programas afins, oportuniza a publicação, quadrimestral, de artigos submetidos ao duplo processo de avaliação, *double blind review*, privilegiando o critério da exogenia, tanto para avaliadores como para autores. Para tanto, nessa nova edição, os pesquisadores autores, avaliadores e leitores, ávidos por informação e conhecimento, encontrarão textos pontuais e elucidativos sobre variados temas e perspectivas.

Nessa perspectiva, o primeiro texto da revista, intitulado “Los Derechos Fundamentales en Sociedades Multiculturales y Protección de Datos Personales en la Union Europea: el camino de ida y vuelta de los datos pnr”, de autoria do professor espanhol Alvaro Sánchez Bravo, aduz que a proteção das pessoas físicas no tocante ao tratamento de dados pessoais, constitui um direito fundamental reconhecido pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia, estabelecendo, que toda pessoa tem direito à proteção de seus dados pessoais. O segundo texto, intitulado “Direitos Autorais, Liberdade de Expressão e Cultura de Participação na Internet”, dos

autores Alexandre Henrique Tavares Saldanha e Paloma Mendes Saldanha, destaca que as recentes tecnologias da informação provocaram, e continuam provocando, diversos impactos nos comportamentos sociais, na produção econômica, no sistema legal e em praticamente quaisquer setores do convívio humano. No que diz respeito ao Ordenamento Jurídico e sua dinâmica, são diversas também as consequências do desenvolvimento tecnológico na forma como alguns direitos são interpretados, aplicados, e ainda na própria criação de “novos” direitos para novos tempos. O terceiro texto, intitulado “Dignidade da Pessoa Humana, Cidadania e Dialética: valores e princípios constitucionais na sociedade da informação”, dos autores Afonso Soares de Oliveira Sobrinho e Eduardo Henrique Lopes *Figueiredo*, destaca que, no contexto da sociedade da informação do século XXI, os bens construídos culturalmente e dialogicamente pelo cidadão do mundo com vistas ao meio ambiente equilibrado e que promovam existência digna são o que há de mais relevante na atualidade para o Direito como campo ético. O quarto texto, intitulado “Feminismo: reconhecimento e igualdade sob a perspectiva de sociedades multiculturais”, dos autores Laura Venturini da Luz e Marcio Renan Hamel, aduz que ao longo da história, sobretudo nas últimas décadas, as mobilizações sociais vêm ganhando força, com o intuito de busca por igualdade e reconhecimento, principalmente por grupos considerados minorias sociais pelas diferenças de raça, religião, sexualidade, gênero, dentre outros. No quinto artigo, “O Direito à Cultura no Brasil e o Supremo Tribunal Federal”, de Luiz Carlos Ormay Júnior e Antônio Hilário Aguilera Urquiza, tem como objetivo expor como o direito à cultura foi tratado no Brasil em casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que tiveram grande repercussão. Os casos escolhidos foram o Habeas Corpus 80.240, o Recurso Extraordinário 153531/SC e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, sendo que o primeiro tratou do direito à cultura de indivíduo indígena e os dois segundos do conflito entre manifestação cultural e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O sexto artigo, intitulado “Imigrantes Pendulares em Região de Fronteira: semelhanças conceituais e desafios metodológicos”, dos autores Marco Aurélio Machado de Oliveira, Jacqueline Maciel Correia e Jéssica Canavarro Oliveira trata de imigrantes em região de fronteira na condição de pendulares, abordando este tema a partir da perspectiva do reconhecimento de diferenças em relação aos outros imigrantes em

geral, uma vez que os pendulares têm a outra nação como destino pontualmente, ou seja, seu deslocamento é relacionado às atividades por eles desenvolvidas (estudo, trabalho, etc.), e seu retorno ao país de origem ocorre de maneira regular. O sétimo texto, “Direito e Desigualdade: um estudo sobre a terceirização”, de Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva e Thiago Patrício Gondim, propõe uma reflexão sobre a desigualdade, a partir do estudo das relações entre terceirização laboral e precariedade. Para tanto, na primeira seção apresenta o processo de precarização como estruturante da desigualdade no alvorecer do século XXI e se referencia na categoria de precariado, tal como proposta por Guy Standing. Em segundo momento, examina as conexões entre terceirização, desigualdade e vulnerabilidade no Brasil contemporâneo, de modo a refletir sobre o papel contraditório do Direito do Trabalho na construção e contenção das desigualdades laborais. Ao final do percurso, reflete sobre o retorno do discurso que pugna pela regulamentação da terceirização no país, em um cenário de “austericídio” e desproteção social. O oitavo artigo, “A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Cotas para Afrodescendentes: um estudo de caso a partir do pluralismo jurídico”, de Sérgio Coutinho dos Santos, Sarah França Mendonça Plácido e Jorge Luiz Gonzaga Vieira diagnostica que a insuficiência das leis para resolver os problemas de nosso cotidiano é flagrante no Direito contemporâneo. Todo o debate entre Monismo e Pluralismo tornou-se obsoleto em meados do século XX diante dos desafios do século XXI. Para uma sociedade crescentemente diversificada nos hábitos de seus cidadãos, é preciso ter ferramentas jurídicas para controle social que sejam igualmente variadas. Por fim, o artigo “O cuidado e a ecologia integral”, de Jacson Roberto Cervi e Noli Bernardo Hahn, traz como problemática central a questão de como manter a sustentabilidade ambiental para que a vida da casa comum se mantenha para as futuras gerações, vislumbra na consciência inter-relacional e na alteridade, as condições para fazer emergir a solidariedade humana necessária para o enfrentamento da crise planetária em curso.

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

Os editores!

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SOCIEDADES
MULTICULTURALES Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA
UNION EUROPEA: EL CAMINO DE IDA Y VUELTA DE LOS DATOS
PNR.***

**FUNDAMENTAL RIGHTS IN MULTICULTURAL SOCIETIES AND
PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE EUROPEAN UNION: THE
ROAD OF IDA AND RETURN OF PNR DATA ***

*Alvaro A. Sánchez Bravo.*¹

Resumen: los datos Pnr constituyen un elemento imprescindible para el control del tráfico de pasajeros. no obstante, plantean problemas en lo referente a la violación de la intimidad y otros derechos de los ciudadanos. Su regulación y marco jurídico ha supuesto en numerosas ocasiones enfrentamientos con estados ajenos ala Unión Europea, especialmente Estados Unidos, en aras de la preservación de la seguridad nacional y la lucha contra el terrorismo. La reforma del Marco Europeo de Protección de Datos, ha incorporado a la normativa europea una Directiva específica sobre Datos PNR.

Palavras chave: Datos personales - Union Europea - Directiva.

Summary: Pnr data is an essential element for the control of passenger traffic. however, they pose problems in relation to the violation of privacy and other rights of citizens. Its regulation and legal framework has often involved clashes with states outside the European Union, especially the United States, in the interests of preserving national security and combating terrorism. The reform of the European Data Protection Framework has incorporated into European legislation a specific Directive on PNR Data.

Key words: Personal data - European Union - Directive.

Sumário: . Introdução. 1. Acuerdo De La Comisión Europea De 2004. 2. Las Objeciones Del Grupo Del Art. 29 Sobre Protección De Datos. 3. La Firme Posición Del Parlamento Europeo. 4. Sentencia Del Tjce De 30 De Mayo De 2006. 5. Marco Jurídico Datos Pnr En La Unión Europea: Directiva (Ue) 2016/681. Reflexiones Finales. Referências.

¹ Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Expert European Research Council Executive Agency. European Comission. Académico Correspondiente Academia SulRioGrandense de Direito do Trabalho. Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental (RIDA).

Introducción

La protección de las personas físicas en lo tocante al tratamiento de datos personales constituye un derecho fundamental, recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8.1)² y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 16.)³, estableciéndose que toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que le conciernen.

La sociedad globalizada⁴ exige, cada vez más, un acopio, utilización y transmisión de datos personales que abarca las actividades más cotidianas, y las decisiones globales más relevantes. En el ámbito de la Unión europea, las normas y principios relativos a la protección de datos personales deben, independientemente de la nacionalidad o residencia de sus titulares, respetar sus libertades y derechos fundamentales; contribuyendo igualmente a la consecución de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia⁵.

Ahora bien, esa globalización también a ha llegado a las actividades delictivas, al terrorismo y a otras formas de barbarie que intentan destruir o menoscabar la pacífica convivencia, como cimiento de sociedades democráticas y libres.

El terror “viaja” o al menos lo intenta, por todo el planeta, por lo que se hizo necesario el establecimiento de unos mecanismos de control y vigilancia y de intercambio de información que permitan detectar, prevenir y contrarrestar los efectos de los atentados criminales. Ahora bien, esto no puede hacerse de cualquier forma, a cualquier precio, pues con el pretexto de defender la democracia, podemos

* Texto del trabajo presentado como conclusión de los Estudios de PosDoctorado en el Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. URI-San, bajo la supervisión del Prof. Dr. Joao Martin Bertaso.

² ARTÍCULO 8.- Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

³ Artículo 16 (antiguo artículo 286 TCE)

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen.
2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.

Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.

⁴ SANCHEZ BRAVO, A., *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

⁵ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DO L 119.04.05.2016. Considerando (2).

convertirla en un estado totalitario, sometiendo a los ciudadanos a un control sistemático de sus datos personales y actividades vinculadas.

Los desgraciados acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, en New York, llevaron a Estados Unidos a adoptar una serie de medidas legislativas y policiales tendentes a blindar su territorio frente a eventuales nuevos ataques terroristas. La promulgación de la PatriotAct y la creación de la Oficina Nacional de Seguridad son solo algunos ejemplos relevantes de estas iniciativas.

Paralelamente, en aplicación de la Ley de Seguridad en los Transportes la Administración estadounidense obligó unilateralmente, bajo la amenaza de fuertes sanciones e incluso la pérdida de los derechos de aterrizaje, a las compañías aéreas que operan vuelos con destino a su territorio a transferirle los datos personales sobre pasajeros y los miembros de las tripulaciones de los vuelos con destino procedentes de este país. En concreto las compañías aéreas debían suministrar al Servicio de Aduanas y Protección de Fronteras (abreviatura en inglés, CBP) un acceso electrónico a los datos de los pasajeros que figuran en el *registro de los nombres de los pasajeros* (abreviatura en inglés, **PNR**) para los vuelos que tienen destino, origen o que hacen escala en Estados Unidos⁶.

Esta imposición suponía en el ámbito comunitario europeo la necesidad de considerar si el cumplimiento de las exigencias estadounidenses por parte de las compañías aéreas supone una subversión de las exigencias y garantías que para la protección de datos establece la Directiva 95/46/CE⁷. En concreto su artículo 25, establece que para la transferencia a terceros países, éstos deberán garantizar un “nivel de protección adecuado”. Y es precisamente la determinación de ese nivel el que desató la polémica entre las instituciones comunitarias y la zozobra en los ciudadanos.

No obstante, la problemática terrorista soportada por Estados Unidos, se ha expandido en los últimos años al territorio europeo, que ha soportado, y soporta execrables atentados que desde diversas ideologías radicales, fundamentalmente de base islamista, intentan colocar en jaque nuestro modelo civilizatorio, nuestra democracia, y en definitiva, nuestros derechos humanos.

Ello, como veremos ha llevado con extraordinaria celeridad, a la adopción de la normativa necesaria para un correcto uso de los datos PNR, que sea coherente con la normativa europea de protección de datos, recientemente modificada.

Es por ello que resulta interesante mostrar cual fue el *iter* legislativo, y, sobre todo, constatar como cuando los hechos nos son más próximos se aceleran las soluciones, aún a riesgo de conculcar los derechos de los ciudadanos.

⁶ Grupo del artículo 29 sobre protección de datos. Dictamen 4/2003 relativo al nivel de protección garantizado en los EE.UU. para la transferencia de datos de los pasajeros, 13 de junio de 2003, 11070/03/ES WP 78.

⁷ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Sobre su contenido, vid., SANCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1998; e *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001

1. Acuerdo de la Comisión Europea de 2004

Tras las medidas aprobadas por el Gobierno USA de acceso a las listas de los pasajeros, las compañías aéreas europeas, con el respaldo de la Comisión, plantearon serias objeciones a su aplicación en cuanto podía vulnera la normativa comunitaria de protección de datos. No obstante, pese a unos iniciales aplazamientos, las autoridades estadounidenses, y concretamente el CBP, comunicó que a partir del día 5 de marzo de 2003 comenzaría a imponer sanciones.

Ante tal situación, la Comisión inició una serie de negociaciones con el Departamento estadounidense de Seguridad Interior (DHS) en un intento de garantizar que los datos del PNR gocen de una protección adecuada, en línea con la normativa europea de protección de datos.

En diciembre de 2003, la Comisión declaró haber llegado a un acuerdo con Estados Unidos, y manifestó su disposición para elaborar una Decisión que estableciese que el Servicio de Aduanas y protección de Fronteras de Estados Unidos (abreviatura en inglés, CBP) garantizaba un nivel de protección adecuado.

Dicha Decisión fue adoptada por la Comisión el 14 de mayo de 2004⁸, incorporando como anexo los Compromisos del CBP.

La Decisión establece dos consideraciones respecto a su ámbito material de aplicación;

El CBP ofrece, conforme al apartado 2 del art. 25 de la Directiva 95/469, un nivel de protección adecuado de los datos de PNR que se transfieren desde la Comunidad relativos a vuelos con destino u origen en Estados Unidos.

Los compromisos de la Decisión no empecen el cumplimiento de otras condiciones o restricciones que puedan imponerse en aplicación de la Directiva 95/46.

Pero quizás lo más relevante sea considerar el contenido de los Compromisos del CBP. Dichos compromisos suponían, a juicio de la Comisión, una importante mejora de la situación, que se concreta en:

Las autoridades estadounidenses recogerían y conservarían menos datos. Se acordó una lista de 34 categorías de datos (los PNR de algunas compañías aéreas contienen más de 60 campos) y en la mayoría de los registros individuales sólo se cumplimentará un número limitado de estos campos.

Los datos sensibles, como las preferencias alimentarias o las necesidades especiales de los pasajeros, que pueden revelar su raza, religión o estado de salud, no se transferirían o, si se transfirieran, serían filtrados y eliminados por el CBP.

Los datos del PNR se utilizarían exclusivamente para prevenir y combatir el terrorismo y los delitos conexos, y otros delitos graves, incluida la delincuencia organizada, que tengan carácter transnacional, lo que supone una mayor precisión de las finalidades anteriormente previstas por Estados Unidos.

3C(2004) 1914. 2004/535/CE. DOUE L 235/11. 06.07.2004.

⁹ Art. 25.2 Directiva 95/46: “ El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencia de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad vigentes en dichos países”.

Los datos del PNR no se compartirían «en masa»; se intentaba responder así a las preocupaciones relativas a la utilización de estos datos en planes de vigilancia generalizada que se están preparando en Estados Unidos. El CBP compartiría los datos del PNR de forma limitada, caso por caso, y únicamente para las finalidades acordadas; cuando los datos procedentes de la UE se transfieran conforme a estas condiciones estrictas a las autoridades policiales de países distintos de Estados Unidos, se comunicará este hecho sistemáticamente a una autoridad de la UE designada al efecto.

La mayoría de los datos PNR se suprimirían al cabo de tres años y medio (frente a los cincuenta años que proponía en un principio Estados Unidos). Los ficheros a los que se haya accedido se conservarán en un fichero de datos suprimidos durante ocho años suplementarios con fines de auditoría (frente al plazo indefinido que se pretendía en un principio).

Las autoridades de protección de datos de la UE tendrían la posibilidad de examinar con el Director responsable de la protección de la intimidad (ChiefPrivacyOfficer) del DHS los casos de los pasajeros cuyas denuncias, por ejemplo, por presuntos abusos en la utilización de los datos que les conciernen o por no rectificación de datos imprecisos no haya resuelto de forma satisfactoria el DHS10.

El Acuerdo elaborado por la Comisión fue aprobado por el Consejo de la Unión en su Decisión de 17 de mayo de 2004¹¹, facultando al Presidente del Consejo para que designe la/s persona/s que firmarán el Acuerdo en nombre de la Comunidad Europea.

2. Las objeciones del grupo del Art. 29 sobre Protección de Datos

El Grupo del art. 29¹², emitió un primer Dictamen sobre estas cuestiones en octubre de 2002¹³, y un segundo dictamen en junio de 2003¹⁴, donde ponía de manifiesto serias objeciones a los Acuerdos que entonces se negociaban y que ponían en cuestión el régimen protector que respecto a los datos personales se había conseguido en la Unión. En concreto, se cuestionaba la finalidad de las transferencias, la adecuación al principio de proporcionalidad de los datos a transferir, el tratamiento de los datos sensibles, el momento de las transferencias y el período de conservación de los datos, la opción por un sistema de transferencia “push”¹⁵ el control estricto de la posterior cesión de datos a terceros, las garantías y

¹⁰ IP/04/650.

¹¹ DO L 183/83, 20.05.2004.

¹² Grupo creado en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un organismo de la Unión, de naturaleza consultiva e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Según el art. 30 tendrá, de entre sus cometidos: “*b*) emitir un dictamen destinado a la Comisión sobre el nivel de protección existente dentro de la Comunidad y en los países terceros.”

¹³ Dictamen 6/2002, de 24 de octubre, WP 66.
http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workinggroup_fr.htm

¹⁴ Dictamen 4/2003, de 13 de junio, WP 78.

¹⁵ Según el propio Grupo del art. 29, “*el único mecanismo de transferencia de datos cuya aplicación no suscita problemas importantes es el sistema push, según el cual las compañías aéreas seleccionan y transfieren los datos a las autoridades estadounidenses, en oposición al sistema pull, en el que las autoridades estadounidenses disponen de acceso directo en línea a las bases de datos de las compañías aéreas y de los sistemas de reserva.*” Dictamen 4/2003, cit., p. 6.

los derechos de los interesados, el mecanismo de aplicación y de resolución de los litigios, y el nivel de los compromisos.

Posteriormente en su Dictamen de enero de 2004¹⁶, tras haber recibido de la Comisión la versión actualizada de los Acuerdos con Estados Unidos, y constatar la mejora en los Acuerdos, concluye de manera contundente que no puede estimarse que se haya alcanzado un nivel adecuado de protección de los datos. A mayor abundamiento, indica que cualquier decisión al respecto debe cumplirse como exigencias indispensables:

- Calidad de los datos:

la finalidad de la transferencia de datos debe ser únicamente la lucha contra los actos de terrorismo y determinados delitos conexos que habrá que definir; la lista de los datos que deben transferirse debe ser proporcionada y no excesiva; el cotejo de datos con los de personas sospechosas debe atenerse a normas de elevada calidad que garanticen la certeza de los resultados; los períodos de conservación de los datos deben ser cortos y proporcionados; los datos de los pasajeros no deben utilizarse para implantar y/o probar el sistema CAPPS II¹⁷, o sistemas similares.

- Los datos sensibles no deben transmitirse.

- Derechos de los interesados:

deben facilitarse a los pasajeros información clara, actual y comprensible; debe garantizarse sin discriminación un derecho de acceso y rectificación; deben preverse disposiciones suficientes que garanticen a los pasajeros el acceso a un mecanismo de recurso verdaderamente independiente.

- Nivel de compromiso de las autoridades estadounidenses:

los compromisos asumidos por las autoridades estadounidenses deben ser plenamente vinculantes para Estados Unidos; procede clarificar el ámbito de aplicación, la base jurídica y el valor de un posible «acuerdo internacional ligero».

- Las transferencias posteriores de datos del PNR a otras administraciones o autoridades extranjeras deben limitarse estrictamente.

- Método de transferencia: conviene establecer un método de transferencia «push», es decir, que los datos sean seleccionados y transferidos por las compañías aéreas a las autoridades estadounidenses.

Tras la aprobación del Acuerdo por la Comisión y el Consejo, el Grupo volvió a posicionarse, en su Dictamen de junio de 2004¹⁸, claramente en contra del contenido del Acuerdo, señalando que la “Comisión no ha tenido en cuenta, más que parcialmente las exigencias mínimas formuladas por el Grupo”, y exhortando a que,

¹⁶Dictamen 2/2004, de 29 de enero de 2004, WP 87.

¹⁷ El sistema CAPPS II ha sido desarrollado por la Oficina de Seguridad Nacional de los Estados Unidos; organismo creado por la Administración Bush tras los atentados del 11-S. El CAPPS I (*ComputerAssistedPassenger Pre-Screening*. Preinspección de Pasajeros asistida por Ordenador) se basaba exclusivamente en el registro de direcciones de los pasajeros, historial de viajes, antecedentes criminales y otras informaciones no determinadas. El CAPPS II introduce un mayor número de variables, además de un acceso a bases de datos comerciales relativos a datos financieros, historiales médicos, seguros y datos de empadronamiento, entre otros. A cada pasajero se le asigna un código de seguridad durante su registro en una compañía aérea: verde, para los que supongan un riesgo mínimo, amarillo para los de un riesgo mayor (situación de alerta) y rojo para los considerados como altamente peligrosos. En función de cada calificación el pasajero es objeto o no de ulteriores revisiones “en profundidad”. Cfr. <http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/antiores/n37/fgutierr.html>

¹⁸ Dictamen 6/2004, de 22 de junio, WP 95.

como mal menor, se adopten una serie de medidas urgentes para “evitar al máximo los ataques a los derechos de los pasajeros”¹⁹.

Posteriormente, en su Dictamen de septiembre de 2004²⁰, ha elaborado una serie de orientaciones acerca de las informaciones que deben suministrarse a los pasajeros, donde de manera simple y didáctica se pasa revista a todas las cuestiones que pueden surgir respecto a la recepción por el CBP de los datos PNR de los pasajeros de vuelos entre la Unión Europea y Estados Unidos.

3. La firme posición del Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo, una vez tuvo conocimiento de las negociaciones de la Comisión, y a la vista de la propuesta de Decisión, se posicionó abiertamente en contra del mismo, tanto por cuestiones de forma, como en lo atinente al fondo de los acuerdos que en ese momento se pretendían adoptar. Tal es así que en su Resolución de marzo de 2004²¹, señala: “6. *Pide a la Comisión que bloquee: a) el sistema "pull" a partir del 1 de julio de 2004, y que desde esa fecha aplique el sistema "push" con los 19 puntos propuestos el 13 de junio de 2003 por el Grupo a que se refiere el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE; b) las iniciativas para crear una gestión europea centralizada de los datos de PNR, tal como contempla la Comunicación COM (03) 826 y ha confirmado recientemente el comisario competente a la comisión parlamentaria, en la medida en que, en las actuales circunstancias, esas iniciativas violan los principios de proporcionalidad y subsidiariedad;*

7. Entretanto, se reserva el derecho a recurrir al Tribunal de Justicia en el caso de que la Comisión Europea adoptara el proyecto de Decisión; asimismo, recuerda a la Comisión el principio de cooperación leal entre las Instituciones, en aplicación del artículo 10 del Tratado, al tiempo que la insta a no adoptar durante el período de elecciones una decisión cuyo contenido corresponda al de la propuesta examinada en la presente Resolución;

8. Se reserva el derecho de recurrir al Tribunal de Justicia para verificar la legalidad del acuerdo internacional previsto y, en particular, su compatibilidad con la protección de un derecho fundamental;

9. Considera de vital importancia que los resultados de las negociaciones no sirvan de modelo para la actividad posterior de la Unión Europea con miras al desarrollo de sus propios medios de lucha contra la delincuencia, así como en

¹⁹ Estas medidas urgentes se concretarían en: 1) las compañías aéreas deberán modificar tan rápido como sea posible el sistema de transferencia de datos y pasar del sistema “global” al sistema “concreto”; 2) los pasajeros deben ser correctamente informados de la transferencia de los datos; 3) el acuerdo no obliga ni autoriza a las compañías aéreas a recoger otros datos que los registrados y conservados con fines comerciales; 4) deben ponerse en marcha las reuniones periódicas de control del cumplimiento de los Acuerdos, establecidas para verificar el correcto cumplimiento de la protección de datos; y 5) convocatoria de una reunión con las compañías aéreas.

²⁰ Dictamen 8/2004, de 30 de septiembre, WP 97.

²¹ P5_TA-PROV (2004)0245. Protección de datos personales de los pasajeros aéreos. Resolución del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Decisión de la Comisión por la que se determina el nivel de protección adecuado de los datos personales incluidos en los registros de nombres de pasajeros aéreos (PNR) transferidos a la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras de los Estados Unidos (2004/2011(INI))

materia de almacenamiento de datos y protección de la confidencialidad de los mismos;

10. Insta a la Comisión a que retire el proyecto de Decisión”.

El desarrollo de los acontecimientos evidenció como la Comisión y el Consejo hicieron caso omiso a las prevenciones apuntadas por el Parlamento Europeo.

En mayo, el propio Parlamento declaró la no pertinencia de la tramitación por vía de urgencia del Acuerdo sobre transferencia de datos, tal y como había solicitado el Consejo. Además el Parlamento acordó solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia sobre la viabilidad de la propuesta, optando por posponer el voto final y reenviando el informe a la Comisión parlamentaria a la espera del dictamen del Alto tribunal comunitario sobre si el acuerdo es compatible o no con la normativa comunitaria²².

No obstante esta solicitud de dictamen judicial, la Comisión y el Consejo aprobaron, como ya hemos referido, sendas Decisiones dando validez al Acuerdo.

Ante esta actitud la Comisión de Asuntos jurídicos de la Eurocamara pidió, en su reunión del 16 de junio, al Presidente del Parlamento que denunciase la Decisión de la Comisión y el Consejo. El entonces presidente, Pat Cox, tras unos iniciales “titubeos” planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso de anulaculación. Su conveniencia la expresa de manera muy elocuente: “Esta decisión ha sido tomada tras una larga consulta y refleja la preocupación de una inmensa mayoría del Parlamento Europeo, en cuanto a la necesidad de defender los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos europeos”.

4. Sentencia del TJCE de 30 de Mayo de 2006

La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 30 de mayo de 2006²³ anuló la Decisión de la Comisión sobre el carácter adecuado de la protección y la Decisión del Consejo por la que se concluye un acuerdo en materia de registros de los nombres de los pasajeros (PNR) La sentencia obligaba a las instituciones de la Comunidad a denunciar el Acuerdo con los Estados Unidos en materia de transferencia de datos de pasajeros el 30 de septiembre de 2006, a más tardar. Por esta razón, toda transferencia de datos de pasajeros a las autoridades de los Estados Unidos no tendría fundamento jurídico en el Derecho europeo tras la denuncia de dicho Acuerdo. Como señalo el Grupo de Trabajo del art. 2924, era posible que

²² Cfr. http://www.noticias.info/Archivo/2004/200405/20040505/20040505_23258.shtm

²³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006. «Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Transporte aéreo – Decisión 2004/496/CE – Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América – Registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos de América – Directiva 95/46/CE – Artículo 25 – Estadosterceros – Decisión 2004/535/CE – Nivel de protección adecuado» En los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04.

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_justicia/common/28._Sentencia_de_30_de_mayo_de_2006._Asuntos_C-317-04_y_C-318-04_Parlamento_Europeo_v_Consejo_de_la_Uni-oo-n_Europea.pdf

²⁴ DICTAMEN 5/2006 DEL GRUPO DE TRABAJO EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS POR LO QUE SE REFIERE AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES sobre la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 30 de mayo de 2006 en los asuntos acumulados C-317/04 y

fuera necesario introducir medidas a nivel de la legislación nacional, como, por ejemplo, la total suspensión de las transferencias de datos a las autoridades de los Estados Unidos.

Los argumentos son contundentes:

“Sobre la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección

En primer lugar, el Tribunal de Justicia examina si la Comisión podía válidamente adoptar la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección sobre la base de la Directiva 95/46/CE. A este respecto, recuerda que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, en cualquier caso, el tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal.

Se desprende de la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección que la exigencia de que se transfieran los datos se basa en la normativa estadounidense relativa a la intensificación de la seguridad, que la Comunidad apoya plenamente a Estados Unidos en su lucha contra el terrorismo y que los datos de los PNR deben utilizarse únicamente para los fines de prevención y lucha contra el terrorismo y delitos conexos y otros delitos graves, incluida la delincuencia organizada. En consecuencia, la transferencia de los datos de los PNR al CBP constituye un tratamiento que tiene por objeto la seguridad pública y las actividades del Estado en materia penal.

Si bien es correcto considerar que los datos de los PNR son inicialmente recogidos por las compañías aéreas en el marco de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, a saber, la venta de un billete de avión que da derecho a una prestación de servicios, sin embargo, el tratamiento de datos contemplado en la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección tiene una naturaleza bien distinta. En efecto, el tratamiento de datos a que se refiere esta Decisión no es necesario para la realización de una prestación de servicios, sino que se considera necesario para salvaguardar la seguridad pública y para fines represivos.

El hecho de que los datos de los PNR sean recogidos por operadores privados con fines mercantiles y de que sean éstos quienes organizan su transferencia a un Estado tercero no se opone a que dicha transferencia se considere un tratamiento de datos excluido del ámbito de aplicación de la Directiva. En efecto, esta transferencia se inserta en un marco creado por los poderes públicos y cuyo objetivo es proteger la seguridad pública.

El Tribunal de Justicia concluye que la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva dado que se refiere a un tratamiento de datos personales que está excluido de ésta. Por consiguiente, anula dicha Decisión. No es necesario examinar los demás motivos invocados por el Parlamento.

Sobre la Decisión del Consejo

El Tribunal de Justicia señala que el artículo 95 CE en relación con el artículo 25 de la Directiva no puede constituir la base de la competencia de la

Comunidad para celebrar el Acuerdo controvertido con Estados Unidos. En efecto, este Acuerdo se refiere a la misma transferencia de datos que la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección y, por tanto, a tratamientos de datos que están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Por consiguiente, el Tribunal anula la Decisión del Consejo por la que se aprueba la celebración del Acuerdo y no considera necesario examinar los demás motivos invocados por el Parlamento”²⁵

Los efectos de la Sentencia no se hicieron esperar, y la presión del gobierno norteamericano tampoco, que continuó en la idea de exigir los datos PNR, si bien intentando adaptarlo a las nuevas exigencias jurisprudenciales de la Unión Europea.

El 27 de junio de 2006, el Consejo decidió autorizar a la Presidencia, asistida por la Comisión, a entablar negociaciones para un Acuerdo con los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional (Department of Homeland Security) de los Estados Unidos²⁶.

El 11 de octubre de 2006, el Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos envió una nota dirigida a la Presidencia del Consejo y a la Comisión relativa a la interpretación de determinadas disposiciones de los Compromisos publicados el 11 de mayo de 2004 por el DHS en relación con la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas²⁷.

La respuesta por parte de las instituciones comunitarias, fue la siguiente: “A la vez que tomamos conocimiento del contenido de su nota, deseamos reiterar la importancia que la Unión Europea y los Estados miembros conceden al respeto de los derechos fundamentales, en especial a la protección de los datos personales.

El hecho de que el DHS se comprometa a seguir aplicando los Compromisos permite a la Unión Europea considerar que, a efectos de la aplicación del Acuerdo, el DHS garantiza un nivel adecuado de la protección de datos”.

Con base en dichas negociaciones, el 16 de octubre en Luxemburgo y el 19 de octubre, ambos de 2006, se firma el Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos.

Hasta la fecha la Unión europea sólo ha celebrado acuerdos similares a los descritos anteriormente, también con Canadá y Australia, y limitados al transporte aéreo. En junio de 2015 el Consejo adoptó una Decisión por la que se autoriza la apertura de negociaciones con vistas a un acuerdo con México.

²⁵Prensa e Información. COMUNICADO DE PRENSA N° 46/06. 30 de mayo de 2006. Sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04. CJE/06/46.

²⁶ DECISIÓN 2006/729/PESC/JAI DEL CONSEJO de 16 de octubre de 2006 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, DOUE C 298/27, 27.10.2006.

²⁷Nota del Departamento de Seguridad del Territorio Nacional (DHS) de los Estados Unidos de América a la Presidencia del Consejo y a la Comisión relativa a la interpretación de determinadas disposiciones de los compromisos publicados el 11 de mayo de 2004 por el DHS en relación con la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas (2006/C259/01), DOUE C 259/1, 21.10.2006.

De esta manera, las únicas disposiciones vigentes en materia de transferencia de datos por las compañías aéreas a las autoridades de la UE, eran las contenidas en la Directiva 2004/82/CE del Consejo²⁸, según la cual las compañías aéreas tienen la obligación de comunicar a las autoridades competentes de los Estados miembros los datos de información anticipada sobre pasajeros (AdvancePassengerInformation, (API).

Los datos API, son datos esencialmente biográficos, que incluyen el número y tipo de documento de viaje utilizado, la nacionalidad, el nombre y apellidos completos, la fecha de nacimiento, el puesto fronterizo de entrada, el código de transporte, los horarios de salida y llegada del transporte, el número total de pasajeros transportados y el lugar de embarque inicial.

No obstante, la transferencia y tratamiento de los datos PNR se considera una aplicación mucho más eficaz en la lucha contra el terrorismo internacional, ya que contienen más elementos y se dispone de ellos antes que de los datos API, lo que permitirá una mayor anticipación²⁹.

5. Marco Jurídico datos Pnr nn la Unión Europea: Directiva (UE) 2016/681

No obstante el acuerdo con Estados Unidos, la Comisión Europea continuó trabajando en el marco regulatorio de los datos PNR, y, en concreto, en lo relativo a la utilización de esta categoría de datos con fines policiales³⁰, que no llegó a aprobarse debido a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa³¹ en 2009, dado que no se ajustaba a los nuevos requisitos exigidos en los Tratados.

Dentro de lo que se dio en llamar el “nuevo” marco europeo de protección de datos, se ha aprobado recientemente, junto al Reglamento general de protección de datos³², y la Directiva de protección de datos en asuntos criminales³³, la *Directiva relativa a la utilización de los datos PNR*³⁴.

²⁸Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, DO L 261. 06.08.2004.

²⁹https://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_PNR_europeo

³⁰Propuesta de Decisión marco 2007/0237 (CNS) del Consejo, de 6 de noviembre de 2007, sobre la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PassengerName Record-PNR) con fines represivos.

³¹TRATADO DE LISBOA POR EL QUE SE MODIFICAN EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA (2007/C 306/01). DOUE C 306. 17.12.2007.

³²Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DO L 119.04.05.2016.

³³Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DO L 119.04.05.2016.

³⁴Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección,

Sus objetivos, como indica, su Considerando (5), son garantizar la seguridad, proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos y crear un marco jurídico para la protección de los datos PNR en lo que respecta a su tratamiento por las autoridades competentes.

Como señaló el propio Consejo europeo, la necesidad del uso de los datos PNR deriva de que “las actividades terroristas y de delincuencia organizada a menudo conllevan desplazamientos internacionales. En respuesta a la supresión de los controles en las fronteras interiores en virtud del Convenio de Schengen, la UE prevé el intercambio de datos personales entre autoridades policiales. El sistema PNR va encaminado a complementar los instrumentos que ya existen para hacer frente a la delincuencia transfronteriza. El tratamiento de datos PNR permitiría a las autoridades policiales descubrir a las personas no sospechosas de realizar actividades delictivas o terroristas antes de que un análisis específico de los datos mostrara que podrían serlo.

Además, la mayoría de los Estados miembros ya utilizan los datos PNR a disposición de la policía u otras autoridades en virtud de la legislación nacional. Un sistema de PNR de la UE permitiría también armonizar las disposiciones legales de los Estados miembros, evitando así la inseguridad jurídica y las deficiencias de seguridad, salvaguardando al mismo tiempo la protección de datos”.³⁵

La finalidad de la recogida y uso de los datos PNR, viene determinada por la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo³⁶ y delitos graves (entendiéndose por tales, conforme al apartado 9) del art. 3 de la Directiva, “*los delitos incluidos en el anexo II que son punibles con una pena privativa de libertad o un auto de internamiento de una duración máxima no*

investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. DO L 119.04.05.2016.

³⁵<http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/passenger-name-record/>

³⁶DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. (2002/475/JAI). DOCE L 164. 22.06.2002. Conforme a su art. 1, deben considerarse “*delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:*

- *intimidar gravemente a una población,*
- *obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,*
- *o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;*
- a) *atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;*
- b) *atentados graves contra la integridad física de una persona;*
- c) *secuestro o toma de rehenes;*
- d) *destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;*
- e) *apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;*
- f) *fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;*
- g) *liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;*
- h) *perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;*
- i) *amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)”.*

inferior a tres años con arreglo al derecho nacional de un Estado miembro)”³⁷. El tratamiento de datos personales debe ser proporcional a los objetivos específicos de seguridad que se pretenden alcanzar con la Directiva (Considerando (11).

Pero ¿que son los PNR, y cual su extensión? De nuevo, la Directiva en su art. 3, apartado 5) establece que por «registro de nombres de los pasajeros» o «PNR»: una relación de los requisitos de viaje impuestos a cada pasajero, que incluye toda la información necesaria para el tratamiento y el control de las reservas por parte de las compañías aéreas que las realizan y participan en el sistema PNR, por cada viaje reservado por una persona o en su nombre, ya estén contenidos en sistemas de reservas, en sistemas de control de salidas utilizado para embarcar a los pasajeros en el vuelo o en sistemas equivalentes que posean las mismas funcionalidades”.

La lista de los datos PNR, conforme al Considerando 15) debe elaborarse teniendo en cuenta las necesidades de información de las autoridades públicas para el cumplimiento de los fines determinados anteriormente, debiendo contener la información detallada sobre las reservas e itinerarios de viajes que permita a las autoridades competentes identificar a los pasajeros por vía aérea que representan una amenaza para la seguridad interior. El Anexo I, bajo la denominación de “*Datos del registro de nombres de los pasajeros recopilados por las compañías aéreas*” establece como categorías de datos: 1. Localizador de registro PNR 2. Fecha de reserva/emisión del billete 3. Fecha(s) fechas de viaje prevista(s) 4. Nombre(s) y apellido(s) 5. Dirección y datos de contacto (número de teléfono, dirección de correo electrónico) 6. Todos los datos de pago, incluida la dirección de facturación 7. Itinerario completo del viaje para el PNR específico 8. Información sobre viajeros

³⁷ANEXO II

Lista de los delitos a que se refiere el artículo 3, punto 9

1. pertenencia a una organización delictiva
2. trata de seres humanos
3. explotación sexual de niños y pornografía infantil
4. tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
5. tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos
6. corrupción
7. fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de la Unión
8. blanqueo del producto del delito y falsificación de moneda, con inclusión del euro
9. delitos informáticos/ciberdelincuencia
10. delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas
11. ayuda a la entrada y residencia ilegales
12. homicidio voluntario, agresión con lesiones graves
13. tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos
14. secuestro, detención ilegal y toma de rehenes
15. robo organizado y a mano armada
16. tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte
17. falsificación y violación de derechos de propiedad intelectual o industrial de mercancías
18. falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos administrativos falsos
19. tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento
20. tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares
21. violación
22. delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional
23. secuestro de aeronaves y buques
24. sabotaje
25. tráfico de vehículos robados
26. espionaje industrial.

asiduos 9. Agencia de viajes/operador de viajes 10. Situación de vuelo del pasajero: confirmaciones, facturación, no comparencia o pasajeros de última hora sin reserva 11. Información PNR escindida/dividida 12. Observaciones generales (incluida toda la información disponible sobre menores de 18 años no acompañados, como nombre y sexo del menor, edad, idiomas que habla, nombre, apellidos y dirección de contacto del acompañante en el aeropuerto de salida y vínculo con el menor, nombre, apellidos y dirección de contacto del acompañante en el aeropuerto de llegada y vínculo con el menor, agente en el lugar de salida y de llegada) 13. Información sobre el billete, incluidos el número del billete, la fecha de emisión, los billetes solo de ida y la indicación de la tarifa de los billetes electrónicos (*Automatic Ticket FareQuote*) 14. Datos del asiento, incluido el número 15. Información sobre códigos compartidos 16. Toda la información relativa al equipaje 17. Número de viajeros y otros nombres de viajeros que figuran en el PNR 18. Cualquier información recogida en el sistema de información anticipada sobre los pasajeros (sistema API) (incluidos el tipo, número, país de emisión y fecha de expiración de cualquier documento de identidad, nacionalidad, apellidos, nombre, sexo, fecha de nacimiento, compañía aérea, número de vuelo, fecha de salida, fecha de llegada, aeropuerto de salida, aeropuerto de llegada, hora de salida y hora de llegada) 19. Todo el historial de cambios de los datos PNR indicados en los números 1 a 18.

Como se observa, un detallado y problemático elenco de datos que podrán ser objeto de tratamiento, estableciendo la obligación de la transferencia de datos PNR de las compañías aéreas a las autoridades nacionales (art. 8), así como el tratamiento que estas efectúen de esos datos. Con arreglo a la nueva Directiva, las compañías aéreas tendrán que facilitar los datos PNR de los vuelos que entren en la UE o salgan de esta. También permitirá, aunque no será obligatorio, que los Estados miembros recopilen los datos PNR correspondientes a determinados vuelos interiores de la UE.

Ahora bien, dichas listas no podrán basarse (Considerando (15), ni consecuentemente tratarse datos, estando expresamente prohibido (art.13. 4), cuando revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las creencias religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato, la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona.

Cada Estado miembro deberá crear la denominada «Unidad Información sobre los Pasajeros» (UIP), que recibirá los datos PNR de las compañías aéreas, tal y como establece el art. 4. Sus funciones se desglosan en dos: a) recoger los datos PNR, almacenar, procesar y transferir los datos o el resultado de su tratamiento a las autoridades competentes (conforme al art. 7, cada Estado elaborará la lista de autoridades competentes, que lo serán siempre en función de su capacidad para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de los delitos de terrorismo); b) intercambiar los datos y/o los resultados de tratamiento con las UIP de otros Estados (art. 9) y con Europol (art. 10). Igualmente, conforme al art. 11, se autoriza la transferencia de datos a terceros países, que solo podrá producirse en circunstancias muy particulares y deberá estudiarse caso por caso.

Importante en esta materia es la obligación, establecida en el art. 5, de que de todas las UIP tendrán que designar un responsable de la protección de datos personales que, junto a la labor de control del tratamiento de datos y efectivación de garantías, constituirá también el punto único de contacto en el que los interesados podrán ejercer sus derechos en todo lo relativo al tratamiento de sus datos PNR.

En el marco de estas actividades, conforme al art. 6, los datos PNR pueden utilizarse de distintos modos:

- para la evaluación previa a la llegada o a la salida de los pasajeros en comparación con criterios de riesgo predeterminados o para identificar a determinadas personas;

- como contribución a la definición de estos criterios de riesgo;

- con vistas a investigaciones o enjuiciamientos determinados.

En lo tocante a la conservación y despersonalización de los datos (art. 12), éstos se conservarán inicialmente durante seis meses, después de lo cual se enmascararán y conservarán durante otros cuatro años y medio, con un estricto procedimiento de acceso a la totalidad de los datos.

El art. 13 contiene las previsiones relativas a la protección de los datos de carácter personal, que pueden agruparse:

- prohíbe la recogida y el uso de datos sensibles

- los Estados miembros deberán asegurarse de que los pasajeros reciban una información precisa, de fácil acceso, y comprensión sobre la recogida de datos PNR y sus derechos.

- el tratamiento automatizado de los datos PNR no podrá ser la única base para tomar decisiones que tengan consecuencias jurídicas adversas o que afecten gravemente a una persona.

- Cuando existan indicios de una posible violación de los datos personales que suponga un elevado riesgo para la protección de estos o afecten negativamente a la intimidad del interesado, se debe comunicar, sin demora injustificada, al interesado y a la autoridad supervisora nacional.

La Directiva establece, igualmente, la obligación de desarrollar protocolos técnicos comunes, que hagan interoperables las transferencias de datos por medios electrónicos, y que ofrezcan, conforme al art. 16, garantías suficientes en relación con las medidas de seguridad técnicas y las medidas organizativas que rigen el tratamiento de datos a llevar a cabo. No obstante, puede producirse algún fallo técnico. En este supuesto, se autoriza la transmisión de datos por otro procedimiento adecuado, siempre que se conserve el mismo nivel de seguridad y se cumpla estrictamente lo relativo a la protección de datos personales.

La Directiva opta por el sistema de transmisión de datos, frente al de extracción, y así las compañías aéreas “transmitirán” los datos PNR a la autoridad solicitante, manteniendo aquellas el control de los datos suministrados, lo que proporciona un mayor nivel de protección de datos. Este sistema será obligatorio para todas las compañías aéreas (Considerando (16)).

Reflexiones Finales

El resurgimiento de los nacionalismos exacerbados y violentos, de las teologías de la guerra y la aniquilación, de las tribus y grupos de la caverna ha colocado al planeta al borde de una hecatombe, donde los sufridos ciudadanos, como casi siempre, seremos los primeros en pagar.

Pero la constatación de esta realidad no nos debe llevar, como se está comprobando en la realidad, a un control planetario de nuestras actividades, de nuestra vida. No podemos caer en la inversión del sagrado principio de la presunción de inocencia, por el peligroso y antidemocrático de la “presunción de culpabilidad”,

donde se nos exige, en el mejor de los casos, que entreguemos nuestra intimidad, para que no se sabe muy bien quien, sin control, decida si somos o no ciudadanos honorables; o tan simplemente, ciudadanos.

Estamos asistiendo a la consolidación de un nuevo paradigma harto peligroso para los derechos de los ciudadanos y las libertades públicas. Este no es otro que el de la “seguridad a toda costa”. Frente a los esfuerzos por mantener y agrandar el ámbito de las libertades en las sociedades democráticas, la seguridad es el valor-guía que lo modula y delimita todo.

No es asumible, en estas coordenadas, que el Estado pretenda, amparado en lo indeterminado de la seguridad, protegerse de sus propios ciudadanos, pues, desposeído de la base social y legitimadora que lo sustenta, sus acciones carecen de sentido, deviniendo pura arbitrariedad. La seguridad es fácilmente obtenible en Estados totalitarios que ven a sus ciudadanos como potenciales delincuentes frente a los cuales todo, o casi todo, vale, pues lo relevante y prioritario es mantener la estructura de poder al precio que sea menester.

Hay que luchar contra la violencia y el terrorismo, pero de manera ejemplificante. Con determinación, pero sin intrusiones innecesarias; con normas contundentes, pero que respeten las libertades y derechos de los ciudadanos.

Referências

UNION EUROPEA. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DO L 119.04.05.2016. Considerando (2).

UNION EUROPEA. **Grupo del artículo 29 sobre protección de datos. Dictamen 4/2003** relativo al nivel de protección garantizado en los EE.UU. para la transferencia de datos de los pasajeros, 13 de junio de 2003, 11070/03/ES WP 78.

UNION EUROPEA. **Directiva 95/46/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

SANCHEZ BRAVO, A., **Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos**, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

SANCHEZ BRAVO, A. La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1998;

Convidado

DIREITOS AUTORAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CULTURA DE PARTICIPAÇÃO NA INTERNET

COPYRIGHTS, FREEDOM OF SPEECH AND INTERNET PARTICIPATION CULTURE

*Alexandre Henrique Tavares Saldanha¹
Paloma Mendes Saldanha²*

Resumo: As transformações tecnológicas que tiveram início ao final do século XX e seguiram com o início do século XXI criaram novos padrões de comportamento humano por causa de novas formas de interação entre homem e tecnologia. Uma das tecnologias de maior impacto quanto a aspectos do cotidiano foi a criação e desenvolvimento da rede mundial de computadores e do consequente ambiente digital. Toda uma cibercultura surge tendo como parâmetro este ambiente virtual e as formas de interação com ele. No que diz respeito ao direito fundamental de liberdade de expressão, uma nova dimensão lhe surge em decorrência da cibercultura e do ambiente digital, isto porque surge uma nova vontade geral de se expressar, de expressar suas vontades e talentos, em paralelo a técnicas que ampliam os ambientes e as oportunidades para exercitar a liberdade de expressão. Porém, as possibilidades surgidas com a internet para as liberdades de expressão podem sofrer restrições por causa das tradicionais regras de propriedade intelectual, surgidas num contexto bastante diferente do da sociedade da informação. Daí a proposta deste trabalho de levantar o debate sobre a adequação das leis de propriedade intelectual com as exigências sociais contemporâneas.

Palavras-chave: Direitos Autorais, Liberdade de Expressão, Internet

Abstract: The end of twentieth century and earlier XXI century decades brings a whole of social transformations provoked by technological development. It created new patterns of human behavior by creating new forms of interaction between men and technologies. One of the most impactful technologies was the creation and development of World Wide Web and its inherent digital environment. A whole cyberculture arises as a parameter for social requirements, mainly about the fundamental right of freedom of expression fruition ways. Cyberculture brings a new dimension to this freedom aspect, because there is a new general will to express ideas, to express wishes and talents. And meanwhile, techniques are being development to expand environments and opportunities to exercise freedom of expression. However, these new possibilities brought by the internet to express may be restricted by traditional intellectual property rules, cause it were wrote at a quite different context, comparing with this information society of 21 century. It's, resuming, this paper purpose, discussing about copyrights laws and intellectual property adequacy at the digital environment and contemporary social requirements.

Key-words: Copyrights, Freedom of Speech, Internet

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Advogado. alexandresaldanha@hotmail.com

² Mestre em Direito pela UNICAP. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela UNIPI/Itália. Especialista em Direito da Tecnologia da Informação pela UCAM/RJ. Professora. Advogada. paloma_mendes@hotmail.com

Sumário: Considerações Iniciais; 1. Liberdade de expressão na internet; 2. Direitos autorais e limites à criação de bens culturais; 3. Cibercultura e participação: novos modelos de direitos autorais para novas dimensões das liberdades de comunicação; Considerações Finais; Referências.

Considerações Iniciais

As recentes tecnologias da informação provocaram, e continuam provocando, diversos impactos nos comportamentos sociais, na produção econômica, no sistema legal e em praticamente quaisquer setores do convívio humano. No que diz respeito ao Ordenamento Jurídico e sua dinâmica, são diversas também as consequências do desenvolvimento tecnológico na forma como alguns direitos são interpretados, aplicados, e ainda na própria criação de “novos” direitos para novos tempos. A cibercultura, expressão que faz referência a este momento de relacionamento hiperdimensionado entre homem e tecnologias digitais, se caracteriza por novos hábitos, novos comportamentos e novas exigências sociais. Daí produzir tantos impactos no desenvolvimento do sistema jurídico.

Nestes tempos de internet, compartilhamentos digitais e microprocessadores realmente “micro”, a produção e o acesso à informação adquire uma nova proporção, pois os mecanismos e ambientes propícios a lançar e adquirir informações, e para comunicar e ser comunicado, são facilmente dispostos, encontrando-se disponíveis em, por exemplo, qualquer aparelho moderno de telefones celulares que possam acessar a rede mundial de computadores e as redes sociais. Ou seja, com a devida inclusão digital, todos poderão acessar informações antes restritas a alguns meios, ou poderão produzir informações, o que estaria anteriormente reservado a determinadas categorias profissionais e classes sociais.

Com essa ampla possibilidade de comunicações, a internet permite que cada um lance suas opiniões, expresse suas opções artísticas, obtenha informações de seu interesse e crie algo. Justamente nessa última possibilidade, a de criar algo que esteja afim, é que podem residir problemas com limitações impostas pelo próprio sistema. Na verdade, a liberdade de expressão proporcionada pelas práticas cibernéticas recebe diversos tipos de supressão, seja pelos direitos civis (danos morais e à imagem, por exemplo), pelos direitos penais (a exemplo dos crimes contra a honra), pelos fundamentais previstos na constituição (como a privacidade) e outros. O problema que envolve o exercício da criatividade em ambiente virtual reside nas questões de propriedade intelectual e adequação dos modelos legais de direitos autorais para tempos de cultura de compartilhamento, de convergência, de participação etc.

Este trabalho propõe uma discussão sobre a supressão provocada pelos direitos autorais sobre a liberdade de expressão proporcionada pelos mecanismos da internet. A hipótese trabalhada é a de que o modelo tradicional de direitos autorais não é adequado para novos comportamentos típicos da cibercultura, principalmente aqueles que estão associados a liberdades fundamentais garantidas tanto em plano constitucional, quanto em instrumentos de proteção a direitos humanos. O objetivo não é defender uma extinção de direitos autorais, mas sim uma adaptação destes a novos modelos, a novas culturas. O que é possível, pois já há instrumentos juridicamente permitidos que trabalham com novas tutelas da propriedade intelectual.

1 Liberdade de expressão na internet

Foge das pretensões de um trabalho desta dimensão conceituar objetivamente expressão tão complexa como liberdade, mas é necessário frisar ao menos o caráter ambíguo da dimensão jurídica de liberdade, pois reflete um esquema de liberdades x não-liberdades. Esta palavra vem sendo usada para significar a valoração dada a ações, políticas, culturas ou instituições, considerando-as de importância fundamental, ainda que seja um ato de obediência ao direito positivo, ou a satisfação de interesses econômicos³.

Por mais complexo que seja a expressão liberdade (do ponto de vista jurídico) reflete sempre um relacionamento entre condutas e tratamentos legais, uma interação entre pessoas e entre pessoas e instituições. Reflete um esquema entre comportamentos permitidos (as liberdades) e os proibidos por lei (as não-liberdades) e é justamente este esquema que vai caracterizar a sociedade “livre” e a relação que existe entre liberdade e estado democrático.

Muitos crêm ser a democracia “uma sociedade livre”. Todavia, as sociedades organizadas de estruturam mediante uma complexa rede de relações particulares de liberdade e não-liberdade (nada existe parecido com a liberdade em geral. Os cidadãos de uma democracia podem ter a liberdade política de participar do processo político mediante eleições livres. Os eleitores, os partidos e os grupos de pressão têm, portanto, o poder de limitar a liberdade dos candidatos que elegeram. A democracia exige que as “liberdades civis” sejam protegidas por direitos legalmente definidos e por deveres a eles correspondentes, que acabam implicando limitações da liberdade⁴.

Se por um lado as liberdades estão previstas tanto no rol de direitos fundamentais previstos em constituições federais e nas declarações internacionais de direitos humanos, elas vão encontrar limites em outros direitos ou outros valores também previstos no direito. É nessa “equação” que se encontram as dimensões da liberdade, ou em outros termos, é nesse balanço que serão encontradas as reais possibilidades de comportamentos livres.

Contemporaneamente, é possível analisar as questões que envolvem liberdades tanto em perspectiva otimista quanto pessimista. É possível falar em declínio das liberdades diante de ameaças a elas vindas tanto de representantes do poder público quanto de grupos de interesses, por causa de questões como crescimento da violência, desenvolvimento industrial, valoração das tecnologias e outros fatores. Em perspectiva oposta, a de evolução, as liberdades vêm sendo cada vez mais afirmadas e repetidas tanto em documentos jurídico de eficácia nacional quanto nos de alcance internacional, e estes últimos não se resumem às declarações universais⁵.

Sem entrar na discussão de perspectivas otimistas ou pessimistas, vale ressaltar que dentre os inúmeros problemas que envolvem as liberdades, dentre elas

³ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: editora universidade de Brasília, 1986. Página 708.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: editora universidade de Brasília, 1986. Página 710.

⁵ RIVERO, Jean. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Página 5.

há as que sofrem consideráveis impactos da contemporânea cibercultura e que requer enfrentamentos específicos para melhor tutela, qual seja, a liberdade de comunicação e expressão. Dentro do esquema anteriormente mencionado da relação entre liberdades e não-liberdades, é necessário analisar quais são os comportamentos de comunicação e expressão atualmente permitidos e quais não o são. Incluindo na análise a questão de identificar se as não-permissões são compatíveis com as exigências sociais de tempos de sociedade de informação.

Apesar de ser historicamente mais conhecida e de fazer parte, inclusive, do senso comum sobre o assunto das liberdades individuais, a liberdade de expressão não é a única liberdade associada à livre manifestação do pensamento. O desenvolvimento histórico dos comportamentos sociais e das revoluções tecnológicas fez serem identificadas outras liberdades, daí hoje falar-se em liberdade de comunicação e liberdade de informação, além da liberdade de criação. Falar em liberdade de expressão representa o direito que todos têm de livremente manifestar suas ideias, pensamentos, posições religiosas, ideológicas etc., o que é diferente da liberdade de comunicação, pois esta concede o direito de comunicar e ser comunicado, além de divulgar e receber informações. A liberdade de informação então é uma decorrência da liberdade de comunicação, porém com ênfase aos direitos fundamentais de informar algo, de se informar e de ser informado⁶.

Quanto à liberdade de informação, a própria declaração universal dos direitos humanos, em seu artigo 19, já prevê a liberdade de receber informações por quaisquer meios e sem limitações. A questão está em associar informação com exercício de cidadania, com o direito de todos serem informados sobre o que está acontecendo na sociedade, sobre fatos relevantes e, principalmente sobre conteúdos que transcendam as esferas do público e do privado, e atinja o nível de interesse geral⁷. Uma vez informados, os cidadãos terão condições de melhor participar da sociedade civil, de melhor interagir com o poder público e, de certa forma, melhor compreender as próprias características culturais de sua sociedade, além de produzir cultura. E isto pode não interessar a quem detiver poder.

Assim como qualquer modalidade das liberdades, a de informação está sob diversos perigos, seja por exercício do poder público ou pelas próprias inter-relações entre particulares. Especificamente as de expressão e informação envolvem interesses econômicos, seja por causa do valor da informação, ou por causa dos direitos que estão em conexão com as formas de expressão, como a privacidade e os direitos autorais. A questão então residiria em atingir um grau de equilíbrio entre essas liberdades e os demais interesses envolvidos, ou supervalorizar uma coisa em detrimento de outra (valorizando a produção cultural ainda que diminuindo questões de direitos autorais, por exemplo). Esta hipótese representaria uma quebra de igualdade, mas “se deixamos de lado o dogma da igualdade jurídica das vontades privadas e nos voltamos às realidades, a frequência das situações de dependência

⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. Estatuto teórico da liberdade de expressão e comunicação. In: LOIS, Cecília Caballeros e BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto (coordenadores). *A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski*. São Paulo: LTr, 2007. Página 172.

⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. Estatuto teórico da liberdade de expressão e comunicação. In: LOIS, Cecília Caballeros e BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto (coordenadores). *A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski*. São Paulo: LTr, 2007. Páginas 175.

que permitem a quem se encontra em posição de superioridade impor sua vontade ao inferior fica evidente”⁸.

Se é da própria natureza das liberdades jurídicas conter contradições, criar dogmas, e se submeter a interesses e forças do poder público e de setores privados, no atual contexto da sociedade da informação, com sua intrínseca cibercultura, as liberdades de expressão encontram-se ainda mais repleta de problemas. Isto porque se o ambiente digital cria diversos mecanismos para se expressar e para exercer as liberdades de informação, diversas também são as barreiras legais e econômicas que, de forma explícita ou implícita, tolhem o exercício destas liberdades fundamentais.

A expressão cibercultura representa algo além de formas de conexão entre comportamento humano e novas tecnologias, pois envolve aspirações pela construção de novos laços sociais, não fundados em circunstâncias territoriais, ou em instituições e poderes, mas baseados em novos interesses coletivos de compartilhamento, cooperação e processos abertos de informação e colaboração⁹. Não são as novas tecnologias com suas respectivas máquinas que criam a cibercultura, mas sim os usos humanos dessas e consequentes comportamentos que assim o fazem. O que o desenvolvimento tecnológico permite é o surgimento de novas exigências sociais, novas formas de interação entre particulares e entre particulares com poderes públicos.

Com a rede mundial de computadores interligando pessoas e pessoas, e pessoas a informações, cria-se um mecanismo hábil a permitir o surgimento de uma nova concepção de inteligência coletiva e uma nova relação com a produção de conhecimentos. Atitudes como colaborar, compartilhar, cooperar ganham força com os mecanismos digitais disponíveis, em detrimento de lógicas privadas e individualistas como a sensação de ter, possuir, disponibilizar etc. Do ponto de vista ideal, se reconhece que o que melhor o ciberespaço proporciona é a possibilidade de reunir conhecimentos, criações, ideias de pessoas em diferentes locais e culturas, porém, esse acesso coletivo ao conhecimento representa mais uma fonte de novos problemas do que especificamente de soluções¹⁰.

Se por meio da internet qualquer pessoa, usando de blogs, websites e perfis em redes sociais, pode transmitir informações e conhecimentos, pode se expressar com liberdade e pode interagir com a comunidade virtual de forma não proporcionada em outros tempos, esta produção de manifestações nunca esteve tão vigiada e tão valorada.

Os instrumentos proporcionados pela internet permitem que alguém explore uma declinação artística específica sem que precise de intermediários. Alguém pode criar um blog, ou usar de seu perfil em rede social, para divulgar sua linha de confecções, seus utensílios, as obras de arte que realizou. Pessoas podem usar também das plataformas virtuais para expressar ideias e opiniões, ainda que não seja considerado alguém que represente uma empresa de comunicação. Daí, uma das questões a serem enfrentadas seria a que envolve limites a essas liberdades potencializadas pela cibercultura, ou, até mesmo se não há uma falsa sensação de que essas liberdades estejam tão amplas assim.

⁸ RIVERO, Jean. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Página 205.

9 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999. Página 132.

10 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999. Página 133.

Da mesma forma que a rede é vista como uma plataforma para expressar, para satisfazer exigências de informação e para exercer liberdades, ela também cria um novo meio a ser explorado comercialmente por novas formas de fazer negócios e novos desafios ao desenvolvimento de economias.

Na sociedade da informação, a exploração econômica se baseia também em comercializar bens imateriais e aqueles que representam os interesses econômicos privados vêem na rede um excelente ambiente para fazer negócios, e sendo assim, as liberdades trazidas pela cibercultura podem sofrer grandes supressões por políticas de censura e por normas legais de controle da propriedade intelectual, por exemplo¹¹.

Situações problemáticas surgidas com a cibercultura exemplificam como a internet pode incomodar o exercício tradicional de poder e a forma de pensar o direito. Casos como os grandes processos que envolvem de um lado sites que disponibilizam gratuitamente conteúdo artístico-cultural e de outro, representantes de grandes corporações (napster, soulseek e o mais recente piratebay), bem como os casos que envolvem punições políticas àqueles responsáveis pela divulgação não autorizada de informações de utilidade pública (Wikileaks e Julian Assange, ou Edward Snowden e o “escândalo da espionagem”) servem para mostrar que o tratamento dado às liberdades proporcionadas pela internet pode não estar tão compatível com os ideais da cibercultura.

Ao mesmo tempo que a rede mundial de computadores oferece liberdades e satisfaz promessas de inclusão democrática, ela pode servir também para criar uma falsa sensação de liberdade, uma vez que é possível haver manipulações quanto ao que é disponibilizado na rede, controlando dados, informações ou qualquer conteúdo a ser acessado¹².

Um dos conflitos que caracteriza esta ambiguidade da internet reside no exemplo que envolve liberdade de expressão artística e regras tradicionais de direitos da propriedade intelectual. Os instrumentos que surgem com o desenvolvimento das tecnologias da informação permitem que cada indivíduo explore sua criatividade criando conteúdos até então reprimidos por incapacidades técnicas (ausência de recursos, espaços, repressão de mercado etc.), porém tais criações se submeterão às normas jurídicas de tutela da propriedade intelectual, que podem não terem se adequados à cibercultura e terminar tolhendo a liberdade fundamental de participar de forma criativa da produção cultural. São pontos a serem examinados.

2 Direitos autorais e limites à criação de bens culturais

A proteção legal dada às criações do espírito criativo humano requereu um tratamento específico, mediante disciplina apropriada à tutela jurídica da propriedade imaterial, pois ser proprietário de uma garrafa não é a mesma coisa de ser o responsável pelo desenho dela ou pela marca do produto que está sendo

¹¹ KRETSCHMANN, Angela. **O papel da dignidade humana em meio aos desafios do acesso aberto e do acesso universal perante o direito autoral.** In: SANTOS, Manoel Pereira dos (Coordenador). *Direito de Autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. Página 77.

¹² KRETSCHMANN, Angela. **O papel da dignidade humana em meio aos desafios do acesso aberto e do acesso universal perante o direito autoral.** In: SANTOS, Manoel Pereira dos (Coordenador). *Direito de Autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. Página 77.

consumido por meio dela. Assim, os direitos autorais surgem como essa disciplina cujo objeto é as criações e as manifestações do intelecto.

Ramo do Direito bastante complexo, rico de contradições e repleto de problemas contemporâneos a serem enfrentados, principalmente por causa dos comportamentos associados à mencionada cibercultura, os direitos autorais já começam a apresentar sua complexidade a partir da própria designação. Há quem prefira usar a expressão propriedade intelectual como microsistema ao qual os direitos autorais estão ligados, e aqueles que vêem diferenças entre as expressões, preferindo não necessariamente vinculá-las. Seja por uma ideia ou por outra (usando ou não usando a expressão “propriedade”), é interessante frisar que a proteção oferecida pelos direitos autorais alcança não somente o aspecto patrimonial do produto cultural, respondendo questões sobre quem dispõe da obra, pra qual uso, se pode copiar e compartilhar etc., como também alcança aspectos da relação entre criador e obra mais ligados aos direitos da personalidade, como ser apresentado ou identificado como autor.

No entanto, apesar do objeto dos direitos autorais alcançar direitos da personalidade do autor, sua origem e desenvolvimento prático possuem natureza bastante patrimonialística. A partir do século XVII o intelectual, bem como o artista, trabalha de forma autônoma, independente de padrões da nobreza ou do clero, fazendo com que sua luta pela sobrevivência represente uma concorrência intelectual, uma competição entre criações e criadores¹³. O problema não está na inserção das lógicas capitais e patrimonial na proteção ao conteúdo autoral, mas sim reside no de identificar a quem isto realmente beneficia, se ao autor propriamente dito ou se ao intermediário, aquele cria o elo entre criador e público. Há registros históricos demonstrando que desde o início da comercialização dos livros, existiam prejuízos ao escritor porque os negócios envolvendo livros traziam vantagens aos editores, recebendo incentivos reais diferentes e mais vantajosos do que a remuneração dada aos escritores¹⁴. Como o desenvolvimento histórico dos direitos autorais não é objeto de estudo deste trabalho, a questão a ser enfrentada é a de analisar se os direitos autorais estão atingindo seus objetivos de proteger os criadores e incentivar a criatividade, ou se eles representam uma espécie de barreira legal para o surgimento de novas obras e novos exercícios do direito à criatividade.

Em qualquer análise introdutória sobre os objetivos dos direitos autorais, a proteção à criatividade está sempre inserida dentre eles. A tutela da criação é o que justifica a própria existência do Direito de autor, uma vez que, não sendo identificada qualquer carga de contribuição criativa na obra, ela não merecerá a tutela deste direito, ficando o autor sem garantias jurídicas da compensação por esta contribuição dada à sociedade¹⁵. A contradição é identificada justamente sobre esta “compensação”, pois originalmente ela surge por meio de garantias de exclusividade de usos, por meio de instrumentos que impedem a abundância do produto e que oferecem acesso a estes produtos artístico-culturais mediante pagamento hábil. Em tese a sociedade aceita a contribuição dada pelo criador garantindo-lhe uma compensação pecuniária, que para ocorrer deverá provocar justificados impactos

¹³ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor e Copyright**: Fundamentos Históricos e Sociológicos. São Paulo: QuartierLatin, 2012. Página 130.

¹⁴ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor e Copyright**: Fundamentos Históricos e Sociológicos. São Paulo: QuartierLatin, 2012. Página 135.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Página 3.

negativos na fluidez do acesso à cultura¹⁶. Ou seja, faz parte da concepção original de direitos autorais a sua capacidade de tolher liberdades fundamentais (acesso à informação, acesso à cultura, liberdade de expressão etc.), em nome da satisfação financeira do responsável pela obra, ainda que este responsável não seja o próprio criador.

É possível argumentar que existe um direito fundamental de criar, de participar da criação de um patrimônio cultural, de livremente manifestar seu espírito criativo. Esta liberdade de criação “compreende o direito do indivíduo de gerar expressões intelectuais, sejam elas de caráter cultural (obras literárias ou artísticas), sejam elas de conteúdo científico ou técnico, sem qualquer restrição imotivada, isto é, sem necessidade de obter autorização ou licença e sem ficar sujeita a censura”¹⁷.

O objetivo desta liberdade de criação seria o de permitir que cada pessoa exerça sua criatividade sem barreiras, sem impedimentos indevidos. O que representa de logo uma contradição com características típicas dos direitos autorais, uma vez que em diversas hipóteses uma pessoa pode precisar de autorizações, de intermediários e de pagamentos para poder se basear em algo já criado e assim exercer sua criatividade.

Com base nessa última observação indaga-se sobre a necessidade de intermediários e intermediações em tempos de cultura de compartilhamento na sociedade de informação. A dúvida surgida é a de saber se as concepções tradicionais dos direitos autorais estão em compatibilidade com novas exigências sociais provocadas pela cibercultura ou se elas tolhem a criatividade, que estaria na essência da produção de conteúdo em ambiente virtual. O que passa a ser examinado.

3 Cibercultura e participação: novos modelos de direitos autorais para novas dimensões das liberdades de comunicação

Até então foi examinada a questão da liberdade de expressão, da liberdade de expressão na internet e de como os direitos autorais podem representar barreiras ao exercício dessas liberdades. O fato do sistema tradicional de proteção legal a conteúdo autoral criar limites às liberdades de expressão surge de seu cunho patrimonial, do fato deste sistema poder ser usado para satisfazer interesses patrimoniais. O *copyright*, expressão que representa o sistema norte-americano de tutela legal das criações autorais, deu cabimento a distorções em sua própria aplicação, já que tem como proposta uma clausura de possibilidades de uso de conteúdo cultural. Este modelo de direitos autorais surge como forma representativa de pretensões hegemônicas de uma classe dominante, resultando não exatamente de uma conquista de criadores, mas da uniformização dos esforços de livreiros e editores para conter a reprodução descontrolada de obras de arte, e assim preservar

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Página 4.

¹⁷ SANTOS, Manoel Pereira dos. **Direito de autor e liberdade de expressão**. In: SANTOS, Manoel Pereira dos (Coordenador). **Direito de Autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

seus interesses econômicos¹⁸. Então, apesar do conteúdo pessoal, está na essência do direito de autor, sua natureza econômica.

A conotação econômica dada aos direitos autorais, com seu esquema de autorizações, usos exclusivos e direitos reservados, interessa a uma determinada classe que, de início detinha os meios necessários para expressar as manifestações criativas. Os direitos reservados de uso de bens culturais se concentrados indevidamente permitem a criação de uma espécie de oligopólio cultural, pois seriam as empresas de transmissão e distribuição desse conteúdo que ditariam as regras do mercado de culturas, cabendo ao sistema legal não permitir que qualquer pessoa crie algo próximo, ou derivado do que já está sob “proteção”. Este raciocínio se enfraquece quando os donos dos veículos de intermédio (editoras, gravadoras dentre outros) enfrentam os novos meios de divulgação e expressão, como a internet, e novos comportamentos sociais típicos da cibercultura, como o dilúvio de informações e o compartilhamento de dados digitais.

Apesar de sua origem remeter a esquemas de espionagem militar, a internet surge para a sociedade civil como um instrumento que promete uma quase irrestrita liberdade de acesso à informação e um potencial até então inatingível de participação democrática, seja em discussões políticas, seja em produção artístico-cultural.

Numa determinada perspectiva o ciberespaço promete realizar ideais da modernidade, pois nele a igualdade se manifesta pela possibilidade de cada pessoa, independente de suas características, expressar informações, a liberdade surge por meio das possibilidades de acesso, navegação e comunicação, e a fraternidade vem como consequência das conexões promovidas em ambiente virtual¹⁹. É possível que estas promessas fiquem apenas em planos abstratos e não se materializem, até porque para isso seria necessário que cada cidadão do mundo possuísse meios para acessar a rede, o que não ocorre por causa de inúmeros problemas envolvendo a inclusão digital. Porém, os impactos da cibercultura nas liberdades de expressão e criação, bem como na forma de pensar os direitos autorais são bastante manifestos e significativos.

Se antes os donos dos meios necessários para se expressar possuíam mecanismos para criar uma espécie de oligopólio da comunicação, hoje com a internet é consideravelmente mais fácil driblar as grandes corporações e poder se expressar. Com um simples vídeo posto em um blog individual, um criador pode exibir sua produção, seja ela um curta, um clipe ou uma animação. Uma banda pode oferecer gratuitamente em seu website suas composições até então não registradas por uma grande empresa para poderem assim divulgar sua arte. Simples exemplos que demonstram que a internet potencializa as possibilidades de se expressar.

Não é apenas nos meios de comunicação que a cibercultura provoca impactos, mas também na própria forma de comercializar, de disponibilizar e apresentar uma modalidade de expressão artística. Tradicionalmente se entende que uma obra protegida por direitos autorais é aquela “que constitui exteriorização de uma determinada expressão intelectual, inserida no mundo fático em forma ideada e materializada pelo autor”²⁰. E que esta obra tutelável pelo direito requer esforço

¹⁸ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor e Copyright: Fundamentos Históricos e Sociológicos**. São Paulo: QuartierLatin, 2012. Página 156.

¹⁹ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999. Página 254.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Página 23.

intelectual de seu autor que produz um bem a ser inserido materialmente na realidade fática²¹. Porém, como antes já analisado, esta interpretação tradicional do objeto dos direitos autorais se torna no mínimo problemática na contemporaneidade imersa na cibercultura.

Um dos motivos dessa incompatibilidade seria a própria inexistência de suporte fático para afirmar que a obra deve estar materializada em algo. Isto porque o ambiente digital não requer materialização da arte para considerá-la como legítima manifestação do espírito criativo. Outro motivo seria o de que o modelo tradicional de tutela da produção artístico-cultural exigia um intermediário (o que fornecia o intermédio), e com a internet esta intermediação não é mais necessária, devolvendo ao artista (o criador propriamente dito) o controle sobre sua obra, caso assim o opte. Diversas características da cibercultura, (participação, coletividade, conectividade, virtualidade e outras) provocam um declínio do modelo de negócio baseado no esquema autor e intermediário²².

A internet e a cibercultura demonstram então não apenas um potencial para dinamizar o exercício de liberdades fundamentais, como também potencial para mexer na produção econômica, na forma como negócios são feitos, talvez principalmente naqueles negócios cujo objeto seja informação ou arte. A criatividade volta a ser incentivada pelas práticas da cibercultura, tornando-se um grande negócio seja com fins lucrativos, seja apenas para participar da produção de cultura. A cultura do digital “promete um mundo de criatividade incrivelmente diversa que pode ser fácil e amplamente compartilhada. E à medida que tal criatividade se aplicar à democracia, será possível que uma vasta parcela de cidadãos utilizem-na para expressar, criticar e contribuir com a cultura que os rodeia”²³. A colaboração propriamente dita, a participação e cooperação representam hoje objetivos do cidadão, não necessariamente interessado em obter ganhos patrimoniais com sua contribuição à cultura que o rodeia.

Exemplos como os do *Free Software*, do *Linux*, das tecnologias da informação com códigos abertos, demonstram como há pessoas interessadas em formas de criação coletiva e colaborativa, ainda que isto não traga benefícios financeiros. A interatividade promovida pelas tecnologias da informação e exigências sociais da cibercultura reformulam a relação entre a obra e aquele que tem acesso a ela, permitindo que este seja também criador em colaboração e exemplos como o do *Wikipédia* e do *Creative Commons* demonstram como há uma demanda social para tal²⁴.

Porém, todas essas promessas de liberdade, criatividade e colaboração vindas da cibercultura enfrentam uma imensa barreira legal, qual seja, a manutenção das regras tradicionais de proteção aos direitos autorais. Para que toda essa abertura democrática ao acesso à informação e liberdade de criação ocorra, é necessário repensar o tratamento jurídico dado ao conteúdo autoral produzido, pois novos modelos de negócio surgem e assim exigem sua legalidade. Diante dos impactos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico nos institutos jurídicos duas hipóteses

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Página 23.

²² LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Ed. 34, 1999. Página 139.

²³ LESSIG, Lawrence. Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005. Página 184.

²⁴ SANTOS, Manoel Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: SANTOS, Manoel Pereira dos (Coordenador). Direito de Autor e direitos fundamentais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. Página 147.

surtem, uma a de que as normas jurídicas não sofrerão mudanças, outra a de que o sistema jurídico adotará medidas adaptativas, criando novas respostas jurídicas a mudanças de comportamentos sociais, a exemplo da possível subversão ao modelo tradicional de propriedade intelectual²⁵.

Essa subversão não é uma eliminação de proteção legal à criação autoral, é apenas uma nova forma de tutelar, já que a cibercultura trouxe tantas transformações nas formas de se expressar. O que está em discussão aqui não é a necessidade de uma proteção legal, pois isso é de comum entendimento, mas sim o modelo de proteção oferecido pelos mecanismos legais tradicionais que podem, ao invés de incentivar a expressão criativa, reprimir iniciativas de produção de cultura.

Caso sejam mantidas regras de direitos autorais criadas antes da internet e da cibercultura, a manifestação criativa pode ser inibida para satisfazer interesses econômicos de grandes corporações que podem estar interessadas em preservar o modelo de intermediação paga entre cultura e público interessado. Isto porque as novas formas de expressão e criação padecerão de ilegalidade, ou clandestinidade (como ocorre com o download gratuito feito pela rede que pode de imediato ser taxado de “pirata” numa visão bem inicial dos fatos).

Na hipótese da legislação recair num excesso de regulação, prevendo punições excessivas para pequenas violações de direitos autorais, e se os empreendimentos inovadores passarem a ser constantemente fiscalizados ao ponto de requerer gastos volumosos com pagamentos e autorizações, haverá bem menos inovações e criatividade do que se houvesse uma alternativa à ilegalidade²⁶. Ou seja, em tempos de economia criativa, incentivos ao empreendedorismo e valorização da informação, a tutela jurídica tradicional da propriedade intelectual serviria como uma barreira, impedindo parcela considerável da sociedade civil de cooperar e criar culturas, ficando essas atividades (ou permanecendo) reservadas a quem tiver meios financeiros capazes de arcar com as despesas necessárias. Não seria adequado que essa parcela da sociedade civil, querendo participar de seu próprio patrimônio cultural, fique à margem da legalidade, ou não receba oportunidade de assim cooperar. A resposta para retirar essa ilegalidade passa por escolhas entre obedecer estritamente a legislação da forma como ela está, ou modificar a norma jurídica, e quando os malefícios da manutenção de tradições se sobrepõem a seus próprios benefícios, é caso de considerar a possibilidade de mudanças²⁷.

Alternativas para mudar a lógica da tutela jurídica da produção autoral já existem. Uma delas são as licenças *Creative Commons*. As licenças oferecidas por esta organização procuram atender os diversos interesses e opções da classe de artistas, criadores e produtores em geral, permitindo que o autor interessado receba a oportunidade de escolher dentre opções de licenças disponíveis²⁸. Com isto, o *Creative Commons* cria uma alternativa ao modelo tradicional, satisfazendo exigências da cibercultura de liberdade de escolhas e democratização das atividades

²⁵ LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Página 66.

²⁶ LESSIG, Lawrence. Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005. Página 192.

²⁷ LESSIG, Lawrence. Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005. Página 201.

²⁸ LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Página 85.

criativas, representando por outro lado uma mudança que parte não dos representantes do poder estatal, mas sim da sociedade civil²⁹.

Havendo alternativas, ainda que criadas extraoficialmente por instituições e vontades privadas, cabe preservar as liberdades de expressão e criação, ainda que em detrimento das regras tradicionais de proteção aos direitos autorais. Isto porque a manutenção destes pode interessar a grupos de pressão específicos (possivelmente não interessados em novos modelos de negócio que venham a prejudicar suas pretensões econômicas), e ainda porque tais liberdades compõem uma espécie de ideário comum aos praticantes da cibercultura.

Considerações finais

O objetivo do trabalho foi o de analisar se as liberdades de expressão sofrem alguma alteração com a cibercultura e o desenvolvimento de tecnologias da informação que permitem acesso constante à internet, que por sua vez promete liberdades. Teve como objetivo também o de analisar a forma como os direitos autorais podem se relacionar com o exercício das liberdades para ou tolhe-lo ou garanti-lo, a depender da forma como é vista e interpretada a tutela jurídica da propriedade intelectual.

No que diz respeito à liberdade de expressão, essa designação já não é mais suficiente para resumir todo um complexo de liberdades relacionadas com formas de manifestação. Liberdades de comunicação, de acesso à informação e cultura, e liberdade de criação também são objeto de tutela jurídica diferenciada, como o são as garantias constitucionais e os direitos previstos em instrumentos de direitos humanos. Apesar da complexidade, interessou ao trabalho criar uma linha de raciocínio pela qual a liberdade de exercer criatividade faz parte deste rol de liberdades garantidas de forma fundamental. Esta liberdade de criatividade é potencializada pelas práticas da cibercultura, pois a internet e respectivas tecnologias proporcionam e potencializam formas de participação, criação e quaisquer manifestações do espírito em seus ambientes virtuais.

Assim, é da natureza da internet criar um ambiente livre de barreiras, ou melhor, um ambiente cuja regulamentação exista, mas de forma compatível com contemporâneas exigências sociais. A vontade de exercer liberdades existe, instrumentos capazes de fazê-las ocorrerem também e um sentimento de regulação ainda que mínima também. O problema reside quando esta regulação ultrapassa limites da ideologia por trás da cibercultura, ao ponto de provocar supressões às liberdades legalmente garantidas. Uma destas formas de suprimir liberdades, especificamente a de expressar criatividade, está na aplicabilidade dos direitos autorais. Direitos que surgem como garantias aos criadores, mas que podem servir para satisfazer interesses econômicos de empresas que intermedeiam a relação entre criação e público interessado. Porém, com a internet este caminho pode ser disponibilizado pelo próprio autor da obra, recaindo sobre ele, o próprio criador do bem cultural o controle dos usos de sua produção.

O problema está na possível ilegalidade da subversão à tradição da tutela legal da propriedade intelectual, mas que pode ser driblada mediante alternativas,

²⁹ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Página 83.

sejam elas estatais, como possíveis reformas da legislação autoral, ou não-estatais, como iniciativas da sociedade civil (*free software*, *Linux*, *Creative Commons* dentre outras), que demonstram como alterações podem ocorrer com o objetivo de preservar liberdades e satisfazer aspirações contemporâneas intrínsecas à sociedade da informação. Enfim, há meios de garantir as liberdades de expressão em tempos de internet, sem que isto represente descontrole absoluto do espaço virtual, sem que isto represente ausência de direitos autorais, mas sim com alternativas legais e boa vontade política.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: editora universidade de Brasília, 1986.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Estatuto teórico da liberdade de expressão e comunicação**. In: LOIS, Cecília Caballeros e BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto (coordenadores). *A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski*. São Paulo: LTr, 2007. Páginas 156 a 180.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor e Copyright: Fundamentos Históricos e Sociológicos**. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

KRETSCHMANN, Angela. **O papel da dignidade humana em meio aos desafios do acesso aberto e do acesso universal perante o direito autoral**. In: SANTOS, Manoel Pereira dos (Coordenador). *Direito de Autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. Páginas 76 a 103.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

RIVERO, Jean. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Manoel Pereira dos. *Direito de autor e liberdade de expressão*. In: SANTOS, Manoel Pereira dos (Coordenador). **Direito de Autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. Páginas 129 a 158.

Recebido em 03 de março de 2017

Aceito em 28 de junho de 2017

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CIDADANIA E DIALÉTICA: VALORES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

HUMAN DIGNITY, CITIZENSHIP AND DIALECTICS: VALUES AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN AN INFORMATION SOCIETY

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho¹
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo²

Resumo: O século XXI é marcado por uma globalização perversa, fruto de contradições sociais, econômicas, políticas e ambientais, que tem como carro-chefe o consumismo. Um mundo da barbárie fruto da perda do sentido ético da existência humana. *Pari Passu* a um mundo tecnológico fantástico, é preciso discutir a dialética com vistas ao reconhecimento do outro como singular e universal. Nesse diapasão, insere-se o espaço digital com vistas ao equilíbrio social e ambiental. Assim, discute-se a cidadania e a dialética a partir do valor-fonte dignidade da pessoa humana, inserido no meio ambiente cultural à luz dos princípios constitucionais na sociedade da informação. Utiliza-se um método dialético de pesquisa e uma vasta pesquisa bibliográfica com o objetivo de estudar o problema central: a necessidade de valores e princípios constitucionais que interagem dialeticamente em uma sociedade da informação para alcançar uma sociedade justa, solidária e cidadã. Concluímos que o revigoramento dos instrumentos democrático-deliberativos em rede sedimenta bens culturais por meio de valores e princípios constitucionais norteadores da vida em sociedade por uma sociedade mais justa, fraterna e livre.

Palavras-chave: Dialética; Dignidade da Pessoa Humana; Cidadania; Princípios; Sociedade da Informação.

Abstract: The 21st century is marked by a perverse globalisation, the fruit of social, economic, political and environmental contradictions, which has consumerism as its flagship. It is a barbarous world, which is the fruit of the loss of an ethical sense in human existence. *Pari Passu* (in step with this) a fantastic technological world in which the dialectic, with a view to acknowledging the other as unique and universal, needs to be discussed. Into this scenario, a digital space with a view to social and environmental equilibrium is inserted. It is thus argued, as a central aim of this research into citizenship and dialectics based on the value sourced dignity of human beings, inserted into the cultural environment in the light of constitutional principles in an information society. A dialectic method of research is used along with a vast bibliographic research with a view to studying the central problem: the need for values and constitutional principles which interact dialectically in an information society to achieve a society that is just, in solidarity and with

¹ Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Pós-Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Advogado. Email: affonsodir@gmail.com. Telefone: (11) 99334-9892. Curriculum Lattes: <
<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4234908A6>>.

² Doutor em Direito do Estado pela UFPR. É pesquisador e professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. É professor adjunto nível AD-C do departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Email: ehlfigueiredo@yahoo.com.br. Telefone: (35) 3449-8106. Curriculum Lattes: <
<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4757693J5>>.

citizenship. It concludes that the invigoration of the governing democratic tools in network, deposit cultural goods by way of values and constitutional principles which orientate life in society for a society which is more just, fraternal and free.

Keywords: Dialectics; Human Dignity; Citizenship; Principles; Information Society.

Sumário: Considerações iniciais. 1 A democracia deliberativa-participativa como núcleo da sociedade da informação: soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana. 2 a cidadania calcada em valores e princípios constitucionais na sociedade da informação. Considerações finais. Referências.

Considerações Iniciais

O objeto da pesquisa é o protagonismo do cidadão frente ao Estado Democrático de Direito e sua rede de relações sociais que permite uma sociedade justa e solidária, tendo por baliza os princípios constitucionais e, no seu núcleo, o princípio da dignidade da pessoa humana como valor-fonte. No contexto da sociedade da informação do século XXI, os bens construídos culturalmente e dialogicamente pelo cidadão do mundo com vistas ao meio ambiente equilibrado e que promovam existência digna são o que há de mais relevante na atualidade para o Direito como campo ético. Nosso objetivo é vislumbrar uma globalização mais participativa a partir de valores e princípios norteadores da vida em sociedade.

A metodologia da pesquisa é de cunho qualitativo e utilizou-se da pesquisa bibliográfica como principal meio de pesquisa.

Identificamos como problema central a configuração de novos paradigmas na sociedade da informação e comunicação que vá além da globalização perversa, centrada no consumismo como regra, portanto a democracia participativa como espaço de inclusão.

Milton Santos (2001) apontava a necessidade de vislumbrarmos “uma outra globalização”, mais horizontalizada e com participação social por diferentes instâncias e atores sociais, em face da globalização perversa, calcada no “globalitarismo”³, em que alguns países centrais decidem os rumos das nações pelo mundo junto à exponenciação do capital, ao consumo ao extremo e a exploração e degradação do meio ambiente e das condições de vida das pessoas.

Há, como nunca, a exponenciação do capital, multiplicado inúmeras vezes, e esse processo se tornou possível, principalmente, pela Terceira Revolução Industrial, que permitiu um patamar de internacionalização da economia nunca antes experimentado e na qual se vê o Estado atuando para socorrer grandes corporações do sistema financeiro em detrimento de políticas públicas – dentre as quais as voltadas para a educação, para a saúde e para a habitação – direcionadas para a resolução de problemas sociais, segundo Oliveira (2007).

³ Milton Santos (2001) revela existir hoje uma espécie de totalitarismo em que as nações hegemônicas impõem sobre as camadas populares, sob o ponto de vista econômico, social e ambiental, um modelo de consumismo insustentável, a que atribui o termo “globalitarismo” (SANTOS, 2001).

Essa lógica acaba se perpetuando nos países de capitalismo tardio, em que a classe dominante, arraigada a uma cultura predatória, dita os rumos do povo a partir da sua concepção de mundo e valores “éticos”. Ampliam-se desigualdades de toda ordem e pessoas são obrigadas a migrar em busca da sobrevivência, *pari passu* ao mau uso do dinheiro público associado ao desenvolvimentismo.

Entre os dilemas existenciais do presente, encontramos a manipulação midiática por formas de expressões culturais de massa deformadas, que não realizam o ser quanto às suas necessidades proeminentes, como educação de qualidade, moradia, mobilidade urbana, saúde, lazer, acesso à cultura, à informação e ao conhecimento em rede, ou seja, uma pequena parcela da população é privilegiada e governos não priorizam a responsabilidade social em suas ações, mas unicamente o lucro e a manutenção de desigualdades como naturalizadas.

Embora o discurso oficial seja calçado em valores éticos (aos seus interesses), na prática se deseja unicamente o controle social sobre as multidões.

O povo, simbolicamente, é utilizado como conceito manipulado racionalmente com vistas ao consumo de bens e serviços. O campo político, por sua vez, se resume à demagogia, como um mal que aflige a sociedade. Não se reconhece o povo como cidadão e, portanto, capaz de autodeterminar-se. As classes dominantes não vislumbram o poder político como espaço de emancipação humana, mas como a pequena política do velho “pão e circo”.

Portanto, na sociedade complexa, falta um projeto nacional e transnacional de mudança efetiva quanto ao modo de vida sustentável, com vistas à valorização do patrimônio cultural brasileiro composto a partir de valores e princípios que permitam o pleno exercício dos direitos culturais e a valorização e difusão da diversidade de manifestações, como: produção, promoção, difusão e democratização do acesso aos bens culturais; valorização da diversidade étnica e regional; e formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura, nos termos do art. 215, incisos I a V da Constituição Federal.

O bem cultural, na concepção dialética do direito, é o que confere identidade a uma nação, a um país, a um mundo interligado em rede, indo além das formas de manifestação tradicionais, e revelando-se em valores e princípios. Nesse sentido, as mutações existenciais na sociedade complexa passam por novas formas de participação social e cultural entre o mundo real e virtual. Alcançam o direito como expressão da ética social. Passa-se a uma interpretação cíclica entre a superestrutura e infraestrutura social e, do choque dialético, advém um novo ser social, fruto da simbiose homem-máquina, um cidadão material que trabalha com a práxis como cultura material e imaterial, que fiscaliza o Estado, exige a revisão do próprio pacto político calçado na representação apenas, pois não vislumbra nela saída para a realização do bem comum sem a inclusão e o pertencimento da pluralidade de atores e instâncias sociais.

A sociedade da informação diz respeito ao modo de vida do sujeito em rede na produção da informação e conhecimento. Nesse sentido, a vida em sociedade passa a ser pautada pela simbiose homem-máquina (não apenas na relação voltada para a produção capitalista focada no controle sobre tempo e trabalho, mas na própria constituição do ser cibernético). Assim, os capitais humano e tecnológico ampliam-se e andam juntos pela necessidade de sobrevivência do ser, que transita entre o mundo real e virtual na produção e reprodução da informação e conhecimento com vistas à criação de um novo paradigma de existência mutante e flexível de vida. Entre as principais características do paradigma tecnológico temos:

1) A informação como matéria-prima, haja vista são tecnologias que atuam sobre a informação; 2) A informação como parte integrante da atividade humana, assim os processos de existência individual e social são moldados pelo meio tecnológico, isso ocorre devido à penetrabilidade produzidos pelos efeitos das novas tecnologias; 3) Identifica-se em qualquer sistema ou conjunto de relações por meio do uso das novas tecnologias uma lógica própria de redes; 4) O paradigma da tecnologia da informação baseia-se na flexibilidade, inerente ao sistema de redes, o que permite tornar não apenas os processos reversíveis, mas modificar as organizações e instituições a partir da reorganização dos seus componentes; 5) Há, portanto, a partir da revolução tecnológica uma crescente convergência de tecnologias determinadas a um sistema altamente integrado, desde a microeletrônica, as telecomunicações, a optoeletrônica, até os computadores, todos inter-relacionados aos sistemas de informação, sendo impossível distingui-los, isoladamente. (CASTELLS, 2009)

Dividimos o artigo em tópicos: inicialmente apresentamos a justificativa, metodologia, objeto, objetivo, problema da pesquisa a partir de um referencial teórico que discute o modelo atual de globalização perversa e as novas configurações sociais a partir da dialética da sociedade em rede. No primeiro tópico analisamos a democracia participativa inserida na sociedade da informação a partir de princípios como soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana, utilizamos como referencial teórico Castells, (1999); Campilongo, (2012); Lei 16050 de 2014 que conceitua o Direito à função social da cidade. No segundo tópico nos debruçamos sobre o tema da cidadania a partir de valores e princípios constitucionais na sociedade da informação tendo como referência Fiorillo, (2015); Ferreira Filho, (2012; 2015), Veloso, (2003), entre outros. Concluimos, rediscutindo o aprimoramento das instituições como possibilidade de termos mais inclusão e participação do cidadão na esfera pública, especialmente a partir de valores e princípios da sociedade da informação e comunicação, mediante um diálogo ético. Especialmente pelo exercício dos instrumentos democráticos-deliberativos-participativos como expressão da soberania popular e da dignidade da pessoa humana, mediante as diversas instâncias e atores sociais com vistas a uma sociedade justa e fraterna. Nesse diapasão a sedimentação de valores e princípios constitucionais como cultura emancipadora na sociedade da informação do século XXI passa pela ética dialética do direito a partir da busca por um meio ambiente culturalmente equilibrado, sustentável e que permita a todos uma existência digna. Portanto que vá além da globalização perversa e consumista.

1 A Democracia Deliberativa-Participativa como Núcleo da Sociedade da Informação: Soberania Popular, Cidadania e Dignidade da Pessoa Humana

A necessidade de rediscussão da democracia calcada apenas na representação para a legitimidade conferida pela soberania popular é primordial no entendimento ético-dialético, mediante a responsabilidade social de todos por uma sociedade mais justa, ambientalmente sustentável e fraterna. A formação e sedimentação de uma cultura interacional dialética e ambientalmente inclusiva se revela na constituição de um novo ser social (cibernético) nas mutações do novo milênio.

A compreensão das mudanças do presente, fruto da revolução científica, tecnológica⁴ e informacional, é primordial no processo democrático-participativo pela organização da sociedade a partir da realidade virtual, do meio ambiente comunicacional⁵ e das manifestações por justiça social, como por exemplo nas manifestações de junho de 2013.

Destacam-se, nesse sentido, as relações do sujeito como parte da comunidade local e global, tendo a rede como elemento integrador de valores constitucionalmente assegurados, entre os quais as liberdades de expressão, de pensamento, de locomoção e de manifestação⁶.

Numa sociedade em crise, a Política (espaço de participação do sujeito na *pólis*) se traduz em terreno primoroso de luta pelo exercício da cidadania e por novos direitos fundamentais, como o direito à função social da cidade, conforme previsão do art. 5º, §1º da Lei nº 16050/2014, a partir do atendimento às necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social, e ao acesso universal aos direitos sociais e desenvolvimento socioeconômico e ambiental, incluído: “o direito à terra urbana, à moradia digna, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao sossego e ao lazer”. (BRASIL, 2014). Além de um meio ambiente culturalmente sustentável (incluídos os bens culturais, econômicos, ambientais e tecnológicos disponíveis), ao passo que a negação ao cidadão da esfera pública pode representar o estrangulamento da própria política deliberativa-representativa estatal (sociedade civil organizada). Numa direção antidemocrática, o que repercute numa hipertrofia de poderes, a era da informação e comunicação traduz-se em desigualdades de toda ordem, inclusive quanto à retração das políticas públicas de Estado via negação do aprimoramento institucional à transparência, à moralidade pública, à eficiência.

Os resultados das interações sociais, quando se leva em conta o conjunto de decisões organizadas e os diversos sistemas sociais e suas influências mútuas, faz com que nem sempre o que foi planejado e implementado gere os resultados pretendidos. O futuro mostra-se contingente e mesmo um bom arcabouço de “melhores intenções” não é suficiente para concretizar medidas eficientes e eficazes.

⁴ “O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e o uso”. (CASTELLS, 1999, p. 69).

⁵ O meio ambiente comunicacional, expresso pelo cruzamento vertical-horizontal de relações assimétricas em simétricas entre potência e matéria, diz respeito às relações dialéticas na sociedade da informação expressas por valores e princípios fundamentais da Constituição do país.

⁶ A constituição Federal de 1988, em seu art. 5º incisos XV e XVI, trata da liberdade de locomoção e manifestação e, no art. 220, trata da manifestação de pensamento:

“Art. 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:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. (BRASIL, 2004).

A insatisfação⁷ aparenta ser um sentimento corriqueiro para as pessoas (CAMPILONGO, 2012).

A pressão social aumenta, por sua vez, diante da crise institucional e da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais como a cultura participativa, por exemplo: educação, lazer, saúde de qualidade (inclusive pelo acesso à instrumentalização pela tecnologia de informação e comunicação); segurança com respeito aos direitos humanos; moradia adequada; mobilidade urbana; garantias às liberdades civis no acesso à justiça e a existência compatível com o respeito à dignidade da pessoa humana (mediante inclusão das minorias aos bens culturais); respeito à privacidade e intimidade mediante punição de crimes virtuais; e luta pela sustentabilidade ambiental, com condições adequadas de ar, água, e o mínimo existencial para todos. Enfim, as condições de realização de uma vida que concilie os interesses individuais, econômicos, sociais e ambientais num mundo globalizado, informacional, digital, e que permita a responsabilidade social de todos como sujeitos de direitos e obrigações. Trata-se de um pensar e agir dialético que visa, em primeira instância, a incluir o outro e, como fim, a promover o respeito à dignidade do sujeito inserido na comunidade social, ambiental e planetária.

Esse processo inclui o movimento dialético⁸ das contradições e saltos qualitativos com vistas à cidadania como instrumento político-deliberativo-

⁷ Neste sentido, Campilongo afirma: “Uns reclamam por não terem sido ouvidos: faltou participação. Outros são vítimas das externalidades negativas: sofrem os efeitos imprevistos e indesejados de decisões que não lhes diziam respeito. Alguns se dão conta de que o processo decisório foi apenas simbólico: mudar para continuar tudo como sempre esteve. Muitos se apercebem de que, mesmo quando funcionam – ou exatamente por isso – os sistemas parciais distribuem riscos (e não benesses), ampliam diferenças antigas (mesmo quando pretendem reduzir desigualdades) e criam diferenças novas (a pretexto de ampliar a cidadania)” (CAMPILONGO, 2012, p. 8).

⁸ “Em nossos dias, utiliza-se bastante o termo ‘dialética’ (lat. dialectica, do gr. dialektike: discussão) para se dar uma aparência de racionalidade aos modos de explicação e demonstração confusos e aproximativos. Mas a tradição filosófica lhe dá significados bem precisos.

1. Em Platão, a dialética é o processo pelo qual a alma se eleva, por degraus, das aparências sensíveis às realidades inteligíveis ou ideias. Ele emprega o verbo *dialoghestai* em seu sentido etimológico de ‘dialogar’, isto é, de fazer passar o logos na troca entre dois interlocutores. A dialética é um instrumento de busca da verdade, uma pedagogia científica do diálogo graças à qual o aprendiz de filósofo, tendo conseguido dominar suas pulsões corporais e vencer a crença nos dados do mundo sensível, utiliza sistematicamente o discurso para chegar à percepção das essências, isto é, à ordem da verdade.

2. Em Aristóteles, a dialética é a dedução feita a partir de premissas apenas prováveis. Ele a opõe ao silogismo científico, fundado em premissas consideradas verdadeiras e concluindo necessariamente pela ‘força da forma’, o silogismo dialético que possui a mesma estrutura de necessidade, mas tendo apenas premissas prováveis, concluindo apenas de modo provável.

3. Em Hegel, a dialética é o movimento racional que nos permite superar uma contradição. Não é um método, mas um movimento conjunto do pensamento e do real: ‘Chamamos de dialética o movimento racional superior em favor do qual esses termos na aparência separados (o ser e o nada) passam espontaneamente uns nos outros em virtude mesmo daquilo que eles são, encontrando-se eliminada a hipótese de sua separação’. Para pensarmos a história, diz Hegel, importa-nos concebê-la como sucessão de momentos, cada um deles formando uma totalidade, momentos que só se apresentam opondo-se ao que os precedeu: ele o nega manifestando suas insuficiências e seu caráter parcial, e o supera na medida em que eleva a um estágio superior para resolver os problemas não-resolvidos. Na medida em que afirma uma propriedade comum do pensamento e das coisas, a dialética pretende ser a chave do saber absoluto: do movimento do pensamento poderemos deduzir o movimento do mundo. Logo, o pensamento humano pode conhecer a totalidade do mundo (caráter metafísico da dialética).

4. Marx faz da dialética um método. Insiste na necessidade de considerarmos a realidade socioeconômica de determinada época como um todo articulado, atravessado por contradições específicas, entre as quais a da luta de classes. A partir dele, mas graças, sobretudo, à contribuição de Engels, a dialética se converte no método do materialismo e no processo do movimento histórico que considera a Natureza: a) como um todo coerente em que os fenômenos se condicionam reciprocamente; b) como um estado de mudança e de

participativo. Nesse diapasão, o uso da linguagem é primordial como necessidade comunicativa de reconhecimento da diversidade cultural, e a lei como universalidade de condutas de convívio social baseadas em valores e princípios constitucionalmente válidos. Portanto, a mudança de paradigma começa no diálogo⁹ profícuo calcado na ética, nos direitos humanos fundamentais e na responsabilidade social do sujeito inserido no Estado Democrático¹⁰ brasileiro como cidadão, ensinamento que remonta à Grécia antiga como berço da civilização ocidental.

A cidadania na Grécia antiga estava relacionada à capacidade dos homens de exercerem direitos e deveres, seja mediante negócios ou responsabilidades jurídicas, administrativas. A expressão da máxima de cidadania era a vida boa, expressa na esfera pública pela atuação dos homens livres na *pólis*. (ARISTÓTELES, 1995). Aristóteles, em *A Política*, explica acerca da cidadania e seu exercício na *pólis*, onde os escravos e as mulheres não eram considerados cidadãos. Enquanto a virtude do homem de bem era mandar, a do cidadão envolvia qualidades como saber obedecer e mandar. Cidadão era aquele investido de certo poder e, portanto, tinha autoridade deliberativa e judiciária, decorrente da parte legal. A prudência a virtude seria natural no que manda. O filósofo aponta os governos viciados traduzidos na tirania para a realeza, a oligarquia para a aristocracia e a demagogia para a República (ARISTÓTELES, 1995). Vale ressaltar que, quando falamos em efetivação de Direitos e Garantias Fundamentais (como corolário da forma de governo republicana), temos como característica uma prudência (razão prática) que conduz à finalidade da vida boa para todos (bem comum), mediante um diálogo realizável na esfera pública como práxis político-deliberativa (ibid.). Tudo começa com a educação e cultura para a cidadania como direito público subjetivo como base imaterial da sociedade:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando

movimento; c) como o lugar onde o processo de crescimento das mudanças quantitativas gera, por acumulação e por saltos, mutações de ordem qualitativa; d) como a sede das contradições internas, seus fenômenos tendo um lado positivo e o outro negativo, um passado e um futuro, o que provoca a luta das tendências contrárias que gera o progresso (Marx-Engels)” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, p. 53-4).

⁹ “diálogo (gr. *dialogos*, de *dialogesthai*, lat. *dialogus*: conversar) I. Para Sócrates e Platão, o diálogo consiste na forma de investigação filosófica da verdade através de uma discussão entre o mestre e seus discípulos, cabendo ao mestre levá-los a descobrir um saber que trazem em si mesmos mas que ignoram. 2. Para o pensamento fenomenológico e existencialista, o diálogo é uma troca recíproca de pensamentos através da qual se realiza a comunicação das consciências. 3. O pensamento liberal reduziu o diálogo a um mero esforço de conciliação nas disputas concernentes às questões trabalhistas envolvendo o patronato e os sindicatos. a preocupação dominante sendo a de resolver tais problemas a fim de se evitar o confronto pelas greves. 4. Dialogar tanto pode significar aceitar o risco de não ver prevalecer seu ponto de acordo quanto ao essencial, quanto acreditar que para além dos interesses e das opiniões que opõem os homens entre si, exista um lugar comum dependendo de um outro registro do ser do homem (distinto do mundo sensível) e que seja possível tomar um caminho capaz de superar as particularidades individuais (e passionais) e impor uma universalidade (caminho da verdade)”. (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, p. 54).

¹⁰ “[...] o Estado brasileiro é democrático porque está baseado em fundamentos democráticos (*incisos I a V do art. 1º*), ou seja, na ‘soberania popular’ combinada com a ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, I e III, parágrafo único e principalmente preâmbulo da Carta Magna do Brasil), na soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana com pluralismo político exercido pelo ‘sufrágio universal e pelo voto direto secreto’ bem como pela livre criação de partidos políticos (arts. 1º, II, III e V, 14 e 17 da CF e 1º e 2º da Lei 4.737/65 – Código Eleitoral), e na cidadania combinada com a dignidade da pessoa humana em face da iniciativa popular, visando leis complementares e ordinárias (arts. 1º, II e III, e 61 e §2º da CF).” (FIORILLO, 2015, p. 25, grifo do autor)

ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

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. (BRASIL, 2004)

2 A Cidadania calcada em valores e princípios Constitucionais na Sociedade da Informação

A cidadania na sociedade complexa começa pela qualidade das instituições, ou seja, o grau de abertura democrática e a liberdade com vistas ao pertencimento à *pólis*. O sujeito de direito e obrigações inserido na comunidade, suas relações de poderes e responsabilidades. Quanto maior o grau de participação nas decisões sobre os rumos do país, maior a qualidade da democracia. Nesse diapasão, Ferreira Filho (2015) elenca variáveis que, a nosso entender, revelam uma aproximação entre democracia e cidadania:

1) grau de liberdade (freedom); 2) estado de direito (rule of law); e 3) igualdade. Outros já a concernem mais de perto como: 4) grau de participação e 5) responsabilidade, seja ‘vertical’ (*vertical accountability*) para o eleitorado, seja ‘horizontal’ (*horizontal accountability*) para com outros órgãos do Estado. O ponto crucial, porém, é a *responsiveness*: implementar as políticas desejadas pelo povo. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 62-3, grifo do autor)

Identificamos na soberania popular e cidadania o centro nervoso de todo o processo democrático na sociedade da informação. Esse poder-confiança reside na liberdade, dignidade e igualdade do povo em creditar à participação, à ética e à transparência valores essenciais à democracia, conforme acentua o autor: “Este princípio põe, como instância superior no Estado, o povo. Disto, há uma decorrência negativa: a evidente rejeição de qualquer outra titularidade; e uma, positiva: o povo como fonte de todo o poder, senão como exercente do poder” (FERREIRA FILHO, 2015, p. 63).

O povo não como ícone, mas como partícipe, cidadão. Não apenas formalmente, mas materialmente inserido na comunidade real-virtual. Nesse diapasão, identificamos a cidadania ativa, e não apenas passiva. O povo enquanto cidadão não diz respeito apenas à democracia semidireta (plebiscito, referendo, projeto de lei de iniciativa popular, *recall*, audiência pública), mas a uma dialética inclusiva, democrático-participativa de decisões acerca dos rumos do país, com responsabilidade social, ambiental, cultural, organizacional e virtual em rede quanto aos rumos da cidade, do país, do planeta e à sustentabilidade para o presente e para futuras gerações. A solidariedade na sociedade da informação está associada ao princípio da dignidade da pessoa humana e visa à cidadania material como direitos fundamentais de quarta dimensão. “A cidadania possui duas dimensões básicas distintas: uma, a cidadania ‘ativa’, que compreende o direito de votar e atuar na vida política [...]; outra, a cidadania ‘passiva’, a elegibilidade [...]”. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 63).

A questão da cidadania na sociedade complexa ultrapassa a fronteira de países. O sentimento de pertencimento de um povo e sua cultura ganha ares de

universalidade. Dessa concepção, decorre o entendimento do cidadão do mundo, seja ele imigrante ou nacional, como sujeito de direitos e obrigações e, portanto, detentor de direitos humanos fundamentais, o que difere da ideia de cidadania associada apenas ao nacional como detentor do exercício de direitos. Ora, a cada um como membro da comunidade global deve ser assegurado um conjunto de direitos existenciais mínimos cultural e ambientalmente sustentáveis.

Na sociedade da informação, a dialética social do direito alcança a todos. Isso fica evidente quando uma crise econômica e/ou político-institucional de determinado país ou continente afeta a vida de todos. Os problemas sociais, ambientais e políticos devem ser objeto de cuidado de todos os membros da comunidade global. A vida humana é comum a todos, e diz respeito à sobrevivência da própria espécie. Portanto, há o dever-moral kantiano de preservação como imperativo categórico. Haja vista, o homem é um fim em si mesmo (KANT, 2008) e, portanto, quando há violação à dignidade de um “ser”, simbolicamente, ocorre a de todos os “seres” como membros do mesmo planeta. Há, por parte do homem, a responsabilidade como livre e racional no agir consciente e organizado da preservação do planeta.

A democracia como valor universal é expressão da própria soberania do cidadão material. A dialética do direito alcança o conjunto de bens materiais e imateriais inerentes à própria espécie humana, num mundo complexo e de contradições, e permite o salto qualitativo a partir de valores¹¹ e princípios¹² que norteiam os seres humanos, como a justiça, a solidariedade, a dignidade, a igualdade, a liberdade e o amor para a realização da cidadania¹³ material pela *ética dialógica do direito*¹⁵.

¹¹ “[...] a) valores são qualidades puras, que atribuímos às coisas, às pessoas ou ao comportamento humano. Como qualidades puras, os valores existem de um modo todo peculiar: valendo, ou como dizem alguns filósofos, os valores não existem, mas valem. Como os objetos ideais, também os valores têm uma existência fora do tempo e do espaço, isto é, são intemporais e inespaçiais. São objetivos, isto é, sua existência independe de apreciação subjetiva de cada um [...]

[...] Outra característica dos valores é implicarem sempre uma estimativa, isto é, um íntimo e espontâneo movimento espiritual de adesão ou repulsa, de aprovação ou desaprovação. [...] Os valores são também apreendidos por intuição: uma intuição estimativa, uma percepção estimativa direta do valor. [...] os valores apresentam-se numa hierarquia, isto é classificam-se numa ordem de dignidade crescente ou decrescente. b) As relações entre o Direito e os valores são já evidentes, pois o Direito é um conjunto de regras de organização, ou de conduta. Os valores que ao Direito cumpre realizar são vários, mas o valor jurídico, por excelência, é a Justiça [...] a Liberdade, e ainda a Segurança dos direitos e dos cidadãos. Não se compreende sociedade civilizada sem Ordem, Segurança, Liberdade e Justiça.” (TEIXEIRA, 1991, p. 60-64)

¹² “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. O modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom).” (ALEXY, 2008, p. 116-153)

“Tais princípios podem estar expressa ou implicitamente positivados. Nesta última categoria encontra-se, na órbita constitucional, o princípio da proporcionalidade (que veda, ao mesmo tempo, excessos e omissões), sem cujo manejo lúcido torna-se inviável alcançar uma aplicação tópico-sistemática do Direito, situada para além da subsunção tradicional típica das correntes que mantém a dicotomia coisificador e fixista entre sujeito e objeto.” (FREITAS, 2010, p. 273-274).

¹³ “[...] o conceito de cidadania desenvolve-se a partir do conceito rousseauniano de autodeterminação.” (HABERMAS, 2011, p. 284)

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012) traz, entre os principais direitos de solidariedade,

[...] o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade. A eles alguns acrescentam o direito dos povos a dispor deles próprios (direito a autodeterminação dos povos) e o direito à comunicação (FERREIRA FILHO, 2012, p. 76).

Portanto, são direitos difusos. Assim, entendemos haver uma relação entre qualidade da vida humana, direitos e solidariedade expressa na cidadania material. Assegura-se ao indivíduo sua identidade e intimidade, mas é primordial o entendimento do sujeito de direito como partícipe da comunidade na qual está inserido mediante a vida boa. Portanto, ele deve ser respeitado individualmente (com sua singularidade) e como cidadão (com direitos e deveres quanto ao exercício e respeito à pluralidade) pelo Estado e por terceiros.

O Estado Democrático de Direito no Brasil se baseia nos fundamentos dos incisos I a V do art. 1º, conforme destaca Fiorillo (2015). Quais sejam: soberania popular, dignidade da pessoa humana e cidadania, entendido o princípio democrático em sua amplitude pela conciliação entre valores sociais do trabalho, livre-iniciativa e existência digna. Ainda, a democracia social e cultural e dos meios de comunicação social visariam à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Entre os fundamentos democráticos do Estado de Direito, o autor identifica: 1) soberania popular combinada com dignidade da pessoa humana – nesse sentido, a dignidade humana inclui os direitos sociais (piso mínimo vital) nos termos do art. 1º, I e III, parágrafo único da CF de 1988; 2) soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana – com pluralismo políticos (sufrágio universal) e criação de partidos políticos, entendida a pessoa humana no pleno gozo dos direitos constitucionais, e não apenas o sujeito nacional, (art. 1º, II e III, 14 e 17 da CF de 1988 e 1º e 2º da Lei nº 4737/65- Código eleitoral); 3) cidadania combinada com dignidade da pessoa humana em face da iniciativa popular, com vistas às leis complementares e ordinárias (art. 1º, II e III e 61 e §2º da CF de 1988); 4) valores sociais do trabalho e livre-iniciativa com vistas à existência digna (art. 1º, III e IV e 170 da CF de 1988); 5) democracia social vinculada à cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III e 6º da CF de 1988), incluído o direito à vida em todas as suas formas; 6) democracia cultural adaptada à cidadania e à dignidade da pessoa humana (arts. 1º, I e III, 215 e 216 da CF/88); 7) democracia dos meios de comunicação social visando ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III e 220 a 224 da CF de 1988) (FIORILLO, 2015).

¹⁴ Fábio Konder Comparato considera os “[...] princípios éticos cardeais da verdade, da justiça e do amor” atuando “[...] igualmente em todas as dimensões da dignidade da pessoa humana [...]”. E desdobram-se “[...] e especificam-se nos princípios de liberdade, igualdade e solidariedade” (2006, p. 520-521).

¹⁵ *A Ética Dialógica do Direito* advém da concepção da realização da força normativa constitucional e sua efetivação com base em valores e princípios. (OLIVEIRA SOBRINHO, 2015)

No século XXI, a concepção que contempla cidadania e dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico passa pela dialética do direito expresso em bens culturalmente construídos na sociedade da informação. Nesse sentido, destacam-se: a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX); locomoção (art. 5º, XV), pensamento, reunião para fins pacíficos (art. 5º, XVII); e manifestação (art. 5º, XVI), conforme previsão da Constituição de 1988. Em síntese, os elementos nucleares da cidadania e dignidade da pessoa humana são, respectivamente, os valores da solidariedade e liberdade. Expressos implicitamente no princípio democrático ladeado da dignidade da pessoa humana e cidadania material com vistas aos objetivos da República estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, marginalidade e desigualdades; a promoção do bem de todos sem preconceitos e discriminação. (art. 3º, I a IV da Constituição Federal de 1988). (BRASIL, 2004)

O Estado Democrático de Direito procura estabelecer os direitos do cidadão e da sociedade, que na visão de Velloso (2003) podem ser classificados como direitos de 1ª, 2ª e 3ª gerações¹⁶ e que terminam por se constituir no arcabouço legal dos direitos humanos e sociais, responsável também por boa parte do rumo da ordem econômica e social dos países. Por outro lado, são visíveis as dificuldades de se assistir ao encontro harmônico entre a teoria e a prática de uma forma pacífica e perene.

Dessa forma, destaca-se o conjunto de bens materiais e imateriais na formação cultural de um povo como cidadão por meio de educação, ciência, tecnologia e sedimentação de um meio ambiente culturalmente sustentável, com vistas à qualidade de vida mediante a existência digna para todos, à justiça social e ao patrimônio cultural e meio ambiente cultural que permitam a emancipação humana numa sociedade complexa e plural. A mudança dialética que permite o salto qualitativo começa com a valorização da educação e cultura de um povo, bem como com a difusão de manifestações em sua diversidade em rede nas palavras, pensamentos e opiniões de cada cidadão como parte da comunidade da informação e mesmo no direito à manifestação pacífica nas ruas.

Fiorillo (2015) apresenta o Estado Democrático de Direito associado à concepção de meio ambiente cultural ambiental na sociedade da informação. Destacamos aqueles relativos aos direitos culturais, como bens de natureza material e imaterial, expressos nos artigos 215 (garantia do Estado ao pleno exercício dos direitos culturais, acesso às fontes culturais, e apoio à valorização e difusão das manifestações culturais) e 216 (patrimônio cultural, como bens materiais e imateriais, tomados individualmente e em conjunto como sedimentado pela ação, identidade, memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira), incluídas as formas de expressão (inciso I); os modos de criação, de fazer e de viver

¹⁶ “Os direitos de 1ª geração constituem herança liberal. São os direitos civis e políticos: a) direitos de garantia, que são as liberdades públicas, de cunho individualista: a liberdade de expressão e de pensamento, por exemplo; b) direitos individuais exercidos coletivamente: liberdades de associação: formação de partidos, sindicatos, direito de greve, por exemplo. Os direitos de 2ª geração são os direitos sociais econômicos e culturais, constituindo herança socialista: direito ao bem-estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação são exemplos desses direitos. Os de 3ª geração são direitos de titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesses coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito ao meio-ambiente.” (VELLOSO, 2003, p. 4)

(inciso II); as criações científicas, artísticas e tecnológicas (inciso III); as obras, objetos, documentos, edificações e espaços destinados às manifestações artístico-culturais (inciso IV) e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagísticos, arqueológico, ecológico, científico e paleontológico (inciso V). Entre outros direitos, como:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2004)

Na sociedade da informação do século XXI, de acordo com Fiorillo (2015), o meio ambiente digital como parte do meio ambiente cultural passa a ser objeto de tutela jurídica.

As relações dialéticas presente-futuro, intergeracional, espaço-temporal e homem-máquina são potencializadas pelas redes de informação e comunicação que permitem rapidez, fluidez, flexibilidade e necessidade das ações quanto às necessidades humanas de existência digna para todos, pelo equilíbrio entre meio ambiente e o processo civilizatório em curso pelo Direito.

A tecnologia a serviço das necessidades humanas potencializadas pelo universo digital permite à própria humanidade definir suas prioridades de governança e transparência em sintonia com os desejos dos cidadãos em rede.

Destarte, a aproximação entre o denominado direito eletrônico (ou informático, segundo alguns autores) e o direito ambiental se faz necessária na medida em que se evidencia duas grandes características da chamada 'contemporaneidade': a intensidade das trocas sociais que ocorrem por meio das redes informacionais e a busca de patamares de desenvolvimento capazes de produzir menor impacto ambiental. (FIORILLO, 2015, p. 123).

Evidentemente, as relações sociais na era da informação transitam entre um mundo real e virtual, e visam a um universo de troca de informações, criação e desenvolvimento de potencialidades humanas que resultam na sedimentação de processos culturais expressos em valores e princípios que, dialeticamente, interagem com a constituição, assegurando a interpretação principiológica calcada na dignidade humana, cidadania, justiça, solidariedade, igualdade, liberdade e segurança. São parte de um meio ambiente cultural não apenas de um país, mas da própria humanidade e, portanto, dizem respeito a práxis democrático-participativa que se revela na afirmação dos direitos humanos fundamentais expressos na cidadania material. Os bens culturais são o que de mais precioso se extrai desse processo dialético, afirmando-se como espaço de pertencimento, sedimentação de valores e princípios.

Destaca-se nesse sentido a necessidade de tutela do meio ambiente cultural sustentável na sociedade da informação, como direito fundamental:

[...] o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é elemento importante para obtenção de padrões de vida digna e saudável, no

que autoriza a superação da oposição entre objetivos econômicos e estratégias de conservação da natureza, estimulando a busca de padrões sustentáveis de desenvolvimento. (FIORILLO, 2015, p. 124)

A justiça, enquanto ética do humano, é um campo aberto à filosofia do direito e ao futuro do constitucionalismo. Justiça que, de acordo com Vaz (2002, p. 303), “deve ser considerada a categoria universal suprema que preside inteligivelmente ao exercício da vida ética em sua dimensão intersubjetiva ou enquanto vida na comunidade ética”. Desmistifica-se assim o moralismo representado pela simbiose da moral pública com a moral privada, em especial na contribuição para o conhecimento pelo juízo reflexivo. No entanto, é preciso levar em conta, ainda, o fato de que uma justiça legalista não representa, pela distância entre a norma e o caso concreto, o direito justo. Em especial sob o aspecto positivista, a justiça não se realiza.

A perspectiva, a ética do justo, envolve a necessidade de mudanças por fóruns de instâncias democráticas que rediscutam prioritariamente as liberdades civis como a regra, e não a exceção no Estado Democrático de Direito¹⁷. O sujeito na sociedade da informação tem uma responsabilidade social como membro da comunidade globalizada.

O resgate da ética como virtude constitui-se em um dos maiores desafios do cotidiano como cultura deliberativa-participativa pelas próprias dificuldades de construção da democracia e de instituições justas sem o entendimento do ser cibernético como cidadão do mundo. Ética com emancipação humana aos cidadãos da *pólis*. Eis o que deveria ser a finalidade primeira da justiça. Para atingir tal fim, seria essencial dispensar um tratamento de vida digno a todos, sem discriminações étnicas, sociais, culturais, de preferências sexuais ou afetivas, de idade ou de sexo. Além do formalismo das Constituições, é necessário realizar a materialização dos direitos humanos básicos – alimentação adequada, saúde preventiva e curativa, educação de qualidade, moradia digna e renda mínima, meio ambiente cultural equilibrado que permita uma existência adequada e mesmo a forma ética dialógica cultural do Direito sedimentada sobre valores e princípios democráticos do cidadão em face do Estado, e vice-versa.

Considerações Finais

Há que se atentar primordialmente para a sociedade da informação como espaço ético-político e de responsabilidade social para com o outro pelo reconhecimento da alteridade (gerações presentes e futuras e o compromisso com o meio ambiente cultural sustentável).

Concluimos o estudo em foco rediscutindo a necessidade de aprimoramento das instituições pela participação cidadã na sociedade em rede com vistas à

¹⁷ Na visão de Habermas (2004, p. 123), “Ninguém pode ser livre à custa da liberdade de um outro. Pelo fato de as pessoas só se poderem individualizar pela via da socialização, a liberdade de um indivíduo une-se à de todos os outros, e não apenas de maneira negativa, por meio de limitações mútuas. Delimitações corretas, mais que isso, são o resultado de uma auto legislação exercida em conjunto. Em uma associação de livres e iguais, todos precisam entender-se, em conjunto, como autores das leis às quais se sentem individualmente vinculados como seus destinatários. Por isso o uso público da razão legalmente institucionalizada no processo democrático representa aqui a chave para a garantia de liberdades iguais”.

soberania popular e a dignidade da pessoa humana expressas na pluralidade de instâncias e atores sociais.

O revigoramento dos instrumentos democrático-deliberativos em rede sedimenta bens culturais por meio de valores e princípios constitucionais norteadores da vida em sociedade por uma sociedade mais justa, fraterna e livre.

A política e a dialética são campos propícios para a discussão da responsabilidade social do indivíduo inserido na comunidade global e mesmo das corporações no século XXI.

A sedimentação de valores e princípios constitucionais como cultura emancipadora na sociedade da informação do século XXI passa pela ética dialética do direito a partir da busca por um meio ambiente culturalmente equilibrado, sustentável e que permita a todos uma existência digna com liberdade, igualdade e dignidade. Esse desafio presta-se a tornar a ética como norteadora do espaço da política na compreensão nas relações subjetivas, interpessoais e, institucionais na sociedade da informação diante da crise da pós-modernidade, na busca por justiça, diante do dilema inclusão-exclusão. No paradoxo entre o poder global-local.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.

_____. **Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014**. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/2014-07-31_-_lei_16050_-_plano_diretor_estrategico_1428507821.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2015

CAMPILONGO, Celso Fernandes; **Interpretação do direito e movimentos sociais**: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. A Sociedade em Rede. v. 1. 5ª. ed. São Paulo: Paz e Terra 999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios Constitucionais do Direito da Sociedade da Informação (a tutela jurídica do meio ambiente digital)*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2004.

JAPIASSÚ, Hilton F. & MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos: texto integral**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

OLIVEIRA. Francisco de. *Seminário Mutações – Novas Configurações do Mundo, última parte da trilogia de conferências intitulada Cultura e Pensamento em tempos de Incerteza*. SESC/SP. Setembro/outubro de 2007.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. **A Pobreza na cidade de São Paulo como negação aos Direitos Humanos Fundamentais: a ética dialógica do Direito**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito, FADISP, 2015.

SANTOS, Milton; **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles; GARCIA, Maria (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima; **Ética e direito**; São Paulo: Edições Loyola, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; **Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil**; Universidade Carlos III; Palestra proferida em março de 2003; Madrid (Espanha): Universidade Carlos III, 2003. Disponível em <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf>. Acesso em 28 fev.2013.

Recebido em 08 de janeiro de 2017

Aceito em 16 de agosto de 2017

FEMINISMO: RECONHECIMENTO E IGUALDADE SOB A PERSPECTIVA DE SOCIEDADES MULTICULTURAIS

FEMINISM: RECOGNITION AND EQUALITY UNDER THE PERSPECTIVE OF MULTICULTURAL SOCIETIES

*Laura Venturini da Luz*¹
*Marcio Renan Hamel*²

Resumo: Este artigo se propõe estudar e debater o feminismo, através da luta das mulheres, sobretudo por reconhecimento como sujeito de direitos, e por igualdade, numa perspectiva multicultural. O machismo histórico ainda não foi desentranhado por completo da sociedade atual, e é temeroso que não se esteja próximo de alcançar tal objetivo, o que resulta na desigualdade de gênero em diversos âmbitos da sociedade. As mulheres uniram-se no passado, visando o fim da opressão masculina, a conquista de direitos de cidadania, sendo que obtiveram êxito em questões pontuais, porém não é possível afirmar que hoje exista uma sociedade com igualdade entre homens e mulheres. É de extrema importância estudar o feminismo, a fim de compreender a sua origem, e concepção, possibilitando o reconhecimento de que as mulheres são, ainda hoje, uma minoria social.

Palavras chave: Direitos. Feminismo. Multiculturalismo.

Abstract: This article proposes to study and to discuss about feminism, through of women fight, especially by recognition as a subject with rights, and by equality, in a multicultural perspective. The historic male chauvinism has not been removed completely from modern society, and it is fearful, that it is not be close to reaching this goal, resulting in gender inequality in several sectors of society. Women teamed up in the past, aiming at the end of male oppression, the conquest of citizenship rights, and they have been successful on relevant issues, however it is not possible to affirm that exists today a society with equality between men and women. It is very important to study feminism, in order to understand its origin and conception, making possible the recognition that women are even today a social minority.

Keywords: Feminism. Multiculturalism. Rights.

Sumário: Considerações Iniciais. 1 Histórico do papel da Mulher. 2 O feminismo em Kymlicka. 3 O reconhecimento na perspectiva de sociedades multiculturais. Considerações finais. Referências

¹ Mestre em Direito pela UPF. Graduada em Direito pela UPF. Advogada e pesquisadora. Endereço eletrônico: laura.vluz@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito pela URI/Santo Ângelo/RS. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Uff/RJ. Mestre em Desenvolvimento pela Unijuí/RS. Especialista em Direito Privado pela Unijuí/RS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UPF e em Filosofia pela UPF. Advogado em Passo Fundo/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito UPF. Endereço eletrônico: hamel@via-rs.net.

Considerações Iniciais

Ao longo da história, sobretudo nas últimas décadas, as mobilizações sociais vêm ganhando força, com o intuito de busca por igualdade e reconhecimento, principalmente por grupos considerados minorias sociais pelas diferenças de raça, religião, sexualidade, gênero, dentre outros. A igualdade é buscada através do reconhecimento e aceitação das diferenças, para assim se almejar a universalização das culturas, com respeito às características de cada grupo, ou seja, a busca pela igualdade enquanto sujeitos de direito com respeito ao multiculturalismo.

As democracias liberais enfrentam grandes dificuldades para responder aos anseios sociais de tantos grupos diversos e peculiares, uma vez que estão fundadas em ideais de igualdade e liberdade. Trata-se de uma problemática de difícil solução, sendo necessário questionar quais as medidas e ações que podem ser tomadas para que os excluídos não se tornem mais excluídos ainda, mas que sejam incluídos e empoderados, juntamente com, a maioria, numa afirmação do multicultural de igualdade e reconhecimento.

A conquista efetiva de diversos direitos conferidos às mulheres é muito recente no Brasil, e decorreu de muitas lutas femininas, mobilizações e embates travados em uma época onde a mulher era tratada como propriedade de seu pai ou de seu marido. Uma sociedade opressora e patriarcal, e que apesar de distante, ainda é possível vislumbrar seus resquícios, entranhados na cultura da sociedade atual.

Nesse panorama de construção das democracias liberais que será abordado um grupo minoritário, que há muito vem lutando por afirmação de direitos, pela igualdade e reconhecimento enquanto sujeito de direito – as mulheres. É de ressaltar que, apesar da evolução das sociedades como um todo, das conquistas de democracia e ideais liberais, da consolidação da dignidade da pessoa humana como princípio máximo da Constituição Federal de 1988, as mulheres, enquanto grupo, permaneceram minoria social, tendo em vista que a realidade que se apresenta nos dias atuais é ainda de desigualdades.

Dito de outra forma, em que pese se reconheça os inúmeros direitos conquistados pelas mulheres no decorrer dos anos, elas ainda são as maiores responsáveis pelo cuidado doméstico e criação dos filhos, ainda são minoria no cenário político brasileiro, seus salários são inferiores aos dos homens, ou seja, permanece uma situação fática desigual.

Para possibilitar uma compreensão mais abrangente sobre a temática, o presente artigo irá abordar, primeiramente, a evolução histórica da mulher nas em algumas civilizações, principalmente naquelas que tiveram influência mais direta com a construção do direito que se vivencia hoje.

Também será objeto de análise alguns aspectos da teoria política feminista de Will Kymlicka³, que permitirá a discussão de algumas razões pontuais, pelas quais ainda hoje existe a desigualdade de gênero, apesar de todos os esforços em sentido contrário.

Superado os principais aspectos da teoria política feminista, o estudo segue para a compreensão das lutas feministas, de forma pontual, através de uma breve linha histórica que consiga demonstrar gradativamente o avanço da posição da

³ Will Kymlicka é professor do Departamento de Filosofia da Universidade de Ottawa e diretor de pesquisa do Centro Canadense de Filosofia e Políticas Públicas da mesma Universidade. É autor do livro intitulado *Filosofia Política Contemporânea*, cujo capítulo sete é especificamente sobre o feminismo.

mulher na sociedade e suas conquistas, desde seu surgimento até a sociedade contemporânea.

É sob a ótica de sociedades multiculturais que o feminismo deve ser discutido, uma vez que todas as lutas e movimentos das mulheres almejam o reconhecimento, enquanto sujeitos de direitos, pois a simples distinção de gênero não autoriza tratamento desigual. E ainda que a Constituição Federal de 1988 já tenha declarado a igualdade entre homens e mulheres, isso não esgota a questão, tendo em vista que é necessário lutar pela sua efetivação.

O presente estudo utilizou-se do método dedutivo tendo em vista que partiu da premissa geral de desigualdade entre homens e mulheres, utilizando-se das contribuições de Kymlicka para corroborar com tal afirmação, na perspectiva da sociedade multicultural buscando problematizar a integração e reconhecimento dos sujeitos.

1 Histórico do papel da mulher

Para entender o papel da mulher na sociedade contemporânea, é primordial voltar os olhos ao passado, sobretudo a algumas civilizações que influenciaram que deixaram sua herança no direito atual, tais como a civilização grega e a romana.

Na antiga civilização grega, existia certo descompasso entre a mulher e a democracia, tendo em vista que seus filósofos influentes e governantes apregoavam que o governo da *polis* e a guerra não eram atividades nas quais deveriam participar; de outro lado, a mulher grega desempenhava um papel de destaque na arte, na cultura e também nas relações sociais⁴.

É possível compreender melhor através do pensamento de Aristóteles, que afirmava que a mulher além de ser inferior ao homem, à ele devia obediência, argumentando ainda que o homem era a razão, o racional, aquele que comanda, e a mulher, por sua vez, seria aquela que não tem capacidade de decisão, o ser irracional⁵. Através dessa manifestação do pensamento do filósofo mencionado, ele atribui unicamente ao homem a capacidade de poder decidir, retirando toda a autonomia da mulher, de onde se depreende que esta deveria sempre ser dependente de um homem para direcionar sua vida.

No império romano há a figura marcante e imponente do *pater familias*, sendo o regime dominante no âmbito familiar o patriarcal. Considerando a influência marcante do direito romano na formação, não só do direito moderno, mas sobretudo, do direito brasileiro⁶, tal afirmação, por si só, já esclarece muitas questões da sociedade atual.

Na antiga sociedade romana, via de regra, as mulheres ficavam reduzidas à condição de donas de casa, cuidando de sua prole e serva sexual do homem, destacando que a única classe de mulheres que conseguia quebrar esse padrão, eram as prostitutas. que em certa medida, tinham uma espécie de liberdade para transitar em as várias classes, ricos e pobres, servos e senhores⁷. Merece destaque especial, o

⁴ VIEIRA, Judivan J. **A mulher e sua luta épica contra o machismo**. Brasília: Thesaurus, 2012, p. 37.

⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. **Importância e atualidade do direito romano**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66470/69080>>. Acesso em 22 jun. 2015.

⁷ VIEIRA, Judivan J. **A mulher e sua luta épica contra o machismo**. Brasília: Thesaurus, 2012, p. 47.

fato de que algumas romanas, donas de casa, utilizavam de sua capacidade para se tornarem conselheiras de reis e imperadores, algumas até governavam às sombras do marido⁸.

Das civilizações antigas, às que merecem destaque são a Grega e a Romana, até pela impossibilidade de aprofundamento do tema nesse aspecto, uma vez que o objetivo do presente estudo é outro. Assim, serão destacados alguns pontos importantes na história das mulheres no ocidente.

Imperioso destacar a inquisição da igreja católica, na idade média, que foi absolutamente implacável com as mulheres que ousassem desafiar os princípios e dogmas por ela pregados. Apesar disso, foi nas primeiras décadas do século XIX que se pode visualizar, o surgimento das primeiras ideias e movimentos feministas, enquanto ação organizada de mulheres, tendo como marco inicial, as “*sufrajetes*” como ficaram conhecidas o grupo de mulheres lutou pelo direito ao sufrágio feminino, razão pela qual promoveram diversas manifestações em Londres, tendo sido presas algumas vezes. O direito ao voto feminino foi conquistado em 1918 no Reino Unido⁹.

Já no Brasil o movimento pelo direito ao voto feminino foi iniciado em 1910, com Bertha Lutz, importante cientista e bióloga, sendo uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, que realizou campanhas públicas em prol do sufrágio feminino¹⁰. Em 1932, com o novo Código Eleitoral Brasileiro, as mulheres conquistaram esse direito primordial de cidadania e democracia.

Merecem destaque alguns marcos importantes do feminismo, mulheres que se destacaram na história de suas épocas, em razão de terem quebrado alguns paradigmas e conquistado direitos, se passará a questões consideradas fundamentais para a compreensão da temática.

Essa linha histórica será iniciada por Joana Darc, francesa, que com apenas 17 anos ganhou a confiança do soberano da França, sendo por este designada para comandar as tropas francesas visando a expulsão dos ingleses na chamada guerra dos cem anos. Joana obtém êxito na primeira missão, sendo convocada, em 1430, para mais uma batalha, porém, a França acaba derrotada e Joana é aprisionada e entregue aos ingleses¹¹.

Foi acusada de feitiçaria e heresia, sendo julgada pelo mais elevado tribunal da igreja católica, a santa inquisição e condenada a ser queimada viva em praça pública, o que veio a se cumprir em 30 de maio de 1431. Vinte e cinco anos após essa data a igreja católica reabilita Joana Darc de todas as acusações, transformando-a na primeira heroína da nação francesa.

Na Inglaterra, Mary Shelley escreve Frankenstein, em 1816, romance de grande sucesso, que veio a influenciar a literatura e cultura popular ocidental, dando origem a um novo gênero de horror. Até hoje é conhecida a história de Frankenstein, mas a grande maioria desconhece que tal romance fora escrito por uma mulher¹².

Em termos de educação, pode-se mencionar a primeira lei sobre a educação das mulheres, criada no Brasil em 1827, garantindo acesso aos estudos elementares.

⁸ Ibidem, p. 51.

⁹ PINTO, Celi Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2015.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ RASMUSSEN, Lucimara. MANENTE, Luiz Clério. **Mulheres que fizeram história**. Campinas, SP: Pontes Editoras, 2014, p. 100.

¹² VIEIRA, Judivan J. **A mulher e sua luta épica contra o machismo**. Brasília: Thesaurus, 2012, p. 29.

Fato de extrema relevância, tendo em vista que, somente através da educação que a mulher foi capaz de se desenvolver e buscar sair de uma condição de inferioridade.

Há que lembrar-se também de Anita Garibaldi, considerada uma das mulheres mais fortes e corajosas de todos os tempos¹³. Tornou-se um ícone brasileiro, casou-se com Giuseppe Garibaldi, um revolucionário italiano e passou a acompanhá-lo nos combates, participando ativamente dos mesmos. Anita morreu em 1849, com apenas 28 anos de idade, ressaltando que no ano de 2012 foi sancionada a Lei 12.615, que determinou que seu nome fosse inscrito no Livro dos Heróis da Pátria¹⁴.

Passados mais de cinquenta anos da primeira lei que dispunha sobre a educação feminina, apenas em 1879 as mulheres tem autorização do governo para estudar em instituições de ensino superior¹⁵, ressaltando que, apesar da permissão, as mulheres que optavam por esse caminho enfrentavam duras críticas da sociedade da época.

No século XVIII, com a revolução industrial as mulheres passaram a cumprir jornadas de trabalho absurdas de até dezessete horas, submetidas à humilhações e maus tratos, além de receber um salário 60% menor que os dos homens, e é em razão disso, que nos Estados Unidos e na Europa vão surgir as primeiras manifestações de mulheres exigindo melhores condições de trabalho.

Nesse contexto de reivindicações, que em 1857 operárias têxteis de uma fábrica de Nova Iorque, entram em greve, exigindo a diminuição da carga horária, em represália, trancam-nas na fábrica e ateiam fogo em, aproximadamente, cento e trinta mulheres quem vêm a morrer queimada. Em 1910, na Dinamarca, ocorre a conferência internacional das mulheres e é decidido, em homenagem a estas vítimas, comemorar o dia 8 de março, como o dia internacional da mulher¹⁶.

Através desse pequeno apanhado histórico, retratando alguns fatos e mulheres que modificaram a cultura da época, é possível se ter uma ideia, do quão recente são as conquistas dos direitos das mulheres. Essa também é uma das razões pelas quais o machismo ainda é presente nas sociedades contemporâneas.

2 O feminismo em Kymlicka

Necessário esclarecer que o referido autor, em seu livro *Filosofia Política Contemporânea*, aborda as teorias de justiça e de comunidade através das grandes escolas do pensamento político contemporâneo, a análise proposta por este artigo, fica restrita ao último capítulo do livro, intitulado “feminismo”.

O autor esclarece existirem diversas correntes e concepções de teoria política dentro do feminismo, sendo que restringe a sua abordagem a três principais críticas femininas sobre a forma como as teorias políticas dominantes foram relapsas em atender ou preocuparem-se com os interesses das mulheres, quais sejam,

¹³ RASMUSSEN, Lucimara. MANENTE, Luiz Clério. **Mulheres que fizeram história**. Campinas, SP: Pontes Editoras, 2014, p. 99.

¹⁴ *Ibidem*. P. 29.

¹⁵ BPW, Business Professional Women. Disponível em <www.bpwsp.org.br/index.php?pg=biblioteca/mulheres-01>. Acesso em Agosto de 2016.

¹⁶ RASMUSSEN, Lucimara; MANENTE, Luiz Clério. **Mulheres que fizeram história**. Campinas, SP: Pontes Editoras, 2014, p. 20.

discriminação sexual neutra quanto ao gênero; distinção público-privada e a ética do cuidado.

Igualdade sexual e discriminação

As mulheres tinham seus direitos civis e políticos restritos com a justificativa de que, por natureza, eram inaptas para atividades políticas e econômicas fora do lar. Assim, encontravam o fundamento na natureza para o confinamento das mulheres na vida privada e para “sujeição legal e costumeira das mulheres aos seus maridos” na família.

Os teóricos contemporâneos, progressivamente, abandonaram a suposição de inferioridade natural das mulheres. Passaram a aceitar, que, da mesma forma que os homens, elas deveriam ser vistas como seres livres e iguais, capazes de autodeterminação e de senso de justiça, portanto, livres para adentrar no domínio público.

Foram adotados estatutos antidiscriminação, pelas democracias liberais com objetivo de assegurar que as mulheres tenham igual acesso à educação, ao emprego, aos cargos públicos, e demais direitos. Contudo os referidos estatutos não foram capazes de propiciar a igualdade sexual, sendo compreendida a discriminação sexual como o uso arbitrário ou irracional do gênero na concessão de benefícios ou posições.

Ainda hoje existe a expectativa de que as mulheres tomem conta dos filhos, assim os homens sempre terão melhores oportunidades do que as mulheres em termos de competição no mercado de trabalho, justamente porque eles, na sua grande maioria, não têm a incumbência de cuidar dos filhos, mas ao contrário, tem uma mulher em casa que realiza tal tarefa, permitindo, assim, que ele possa crescer profissionalmente.

Nesse contexto, não há discriminação na seleção ou nos critérios das vagas de emprego, para as candidatas do sexo feminino. Os empregadores podem não dar atenção ao gênero dos candidatos, podem inclusive desejar contratar mais mulheres. O problema é que muitas mulheres carecem de qualificação relevante para o trabalho, isto é, serem livres da responsabilidade pelo cuidado dos filhos, sobretudo em cargos de grande responsabilidade, onde as atribuições são incompatíveis para mulheres que tenham filhos.

Na situação que o autor descreve há neutralidade quanto ao gênero, tendo em vista que o gênero dos candidatos não foi observado no momento da seleção, porém não há igualdade sexual, pois o trabalho foi definido sob o pressuposto de que seria preenchido por homens que tivessem mulheres em casa cuidando de seus filhos, em razão das atribuições e responsabilidades.

Existe uma linha de pensamento chamada “abordagem diferenciada”, que, de forma bem sucinta, nada mais é do que aceitar a existência de casos legítimos em que se possa perpetrar um tratamento diferencial em razão do sexo, sendo que os próprios defensores desta teoria admitem que, normalmente o que ocorre na prática é a diferenciação arbitrária e não a abordagem diferenciada. A essência da abordagem diferenciada é conferir as mulheres o acesso a determinados benefícios e a cargos que apenas os homens teriam acesso.

O autor faz uma crítica à abordagem diferenciada, utilizando o exemplo dos cargos de trabalho, no sentido de que, não muda muito a decisão por um candidato à vaga de emprego não ter sido tomada com base em questões de gênero, o que importa é o fato de que, quase todos os papéis e posições importantes foram estruturadas de acordo com a preferência de gênero, no caso, o masculino.

Essas questões levantadas pelo autor são neutras quanto ao gênero, em razão de que não se verifica uma exclusão arbitrária na busca dos objetivos que a sociedade definiu como valiosos, porém os objetivos que estão sendo buscados de maneira neutra quanto ao gênero baseiam-se nos interesses e valores pré-estabelecidos e que nesse momento não levaram em conta as peculiaridades das mulheres.

Além disso, vale ressaltar que a sociedade contemporânea restringe o acesso a contracepção e ao aborto, define o pagamento de trabalhos, de maneira que os tornem incompatíveis com o parto e a criação dos filhos e que não prevê compensação econômica pelo trabalho doméstico.

Quanto maior for a desigualdade sexual em uma sociedade, mais as instituições sociais irão refletir os interesses masculinos e menos discriminação arbitrária haverá, ou em outras palavras, a desigualdade é subjetiva e velada. Nenhuma das democracias ocidentais contemporâneas corresponde exatamente a um modelo de sociedade patriarcal, onde há a sujeição da mulher de forma aberta, mas todas compartilham algumas das suas características essenciais.

O autor argumenta como uma das alternativas à essa problemática em especial, conceituar novamente a desigualdade sexual como um problema, não de discriminação arbitrária, mas de dominação velada. Uma vez identificado o problema como sendo de dominação, a questão não se resolve pela ausência de discriminação, mas pela presença de poder, no sentido de emancipação e autodeterminação.

A igualdade, nesse aspecto, não se traduz em possibilitar igualdade de oportunidade na busca papéis definidos pelo gênero dominante, mas sobretudo, em possibilitar o exercício da igualdade na criação e definição dos papéis e objetivos de uma sociedade, no sentido de incluir as mulheres nesse processo.

O público e o privado

O ponto principal, nesta segunda crítica, é a distribuição desigual do trabalho doméstico. A justiça tendo como palco o domínio público, no qual homens adultos discutem questões políticas e de cidadania, sendo que as relações familiares, por outro lado, são privadas, governadas pelas mulheres em razão de um costume geral.

A negligência da família esteve presente, até mesmo, em boa parte do feminismo liberal que “aceitou a divisão entre as esferas pública e privada e escolheu buscar a igualdade primariamente no domínio público”. A grande maioria das mulheres enfrenta a dupla jornada, ou ainda, tem que optar entre família e carreira, escolha esta que os homens raramente precisam passar.

O autor ressalta, dessa forma, que a família, segundo a crítica feminista está no centro da desvalorização cultural e da dependência econômica em razão dos papéis culturalmente estabelecidos e divididos, sendo a mulher no ambiente no ambiente privado e o homem no ambiente público.

A família, portanto, é um *locus* importante para a luta por igualdade sexual, luta que deve ir além da busca pela conquista do espaço público. Porém, confrontar a injustiça da esfera privada exigiria mudanças substanciais na vida familiar.

Uma ética do cuidado

A última crítica feminista tem relação direta com a divisão do público e do privado, tendo em vista que se origina a partir desta visão, traduzindo-se no argumento de que as tarefas de regulamentar a ordem social, governar e administrar outras instituições públicas monopolizadas pelos homens como seu domínio

privilegiado e as tarefas de sustentar as relações sociais privatizadas foram impostas ou deixadas às mulheres. Os gêneros foram concebidos em termos de projetos diferentes.

Com a distinção de público/privado e o conseqüente banimento das mulheres à esfera doméstica é que os homens e mulheres passaram a ser associados com modos diferentes de pensamento e sentimento. Por toda a história da filosofia ocidental, é possível encontrar teóricos políticos que distinguem as disposições particularistas, emocionais e intuitivas, que dizem ser exigidas para a vida doméstica da mulher e o pensamento imparcial, desapaixonado e racional que dizem ser exigido para a vida pública do homem. Este paradoxo foi utilizado historicamente para justificar o patriarcado.

As primeiras feministas argumentaram que a natureza emocional particularista das mulheres era simplesmente o resultado do fato de que às mulheres era negada a oportunidade de desenvolver plenamente suas capacidades racionais, inclusive, a maioria das feministas contemporâneas, argumenta que toda a tradição de distinguir moralidade masculina e moralidade feminina, é um mito cultural que não tem nenhuma base empírica.

Portanto, todas as considerações feitas, com relação às três críticas da teoria política feminista às demais teorias, tiveram como base a obra de Will Kymlicka¹⁷, sendo possível vislumbrar que suas críticas são plenamente aplicáveis à sociedade contemporânea brasileira, uma vez que a divisão do público/privado ainda é uma realidade que deve ser discutida, as mulheres continuam sendo mais cobradas para a criação dos filhos e cuidado da casa, como se esta fosse sua incumbência natural. Kymlicka traz questões pontuais que devem ser problematizadas para que se possa avançar em termos de igualdade entre homens e mulheres

3 O reconhecimento na perspectiva de sociedades multiculturais

Após a abordagem do contexto histórico das mulheres, estabelecendo uma evolução com relação aos seus direitos e aos papéis que exerceu nas diversas sociedades, bem como suas conquistas, foi possível estabelecer a relação desses acontecimentos com a forma pelas quais as mulheres se reconhecem na sociedade moderna, por meio das críticas elaboradas pela teoria política feminista às teorias de justiça. Sobretudo, foi possível identificar que as mulheres, ainda hoje, são vistas e se reconhecem como uma minoria social, tendo em vista que não conseguiram a igualdade de direitos, estão vivenciando esse processo.

Na leitura de Hall, a formação das identidades culturais a partir da modernidade recebe um novo aspecto, considerando que com a globalização as sociedades entram em mudanças constantes, ante a aceleração dos processos globais. Aqui, o sociólogo frisa as mudanças na identidade cultural na pós-modernidade, o que conflui para um novo arranjo social da atualidade¹⁸.

Conforme esclarece Nancy Fraser, as reivindicações pelo reconhecimento das diferenças “figuram em posição de destaque nas lutas pelo multiculturalismo em

¹⁷ KYMLICKA, Will. **Filosofia política Contemporânea**: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 303 a 373.

¹⁸ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva *et al.* Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

estados poliétnicos e multirreligiosos, assumindo um lugar importante dos novos movimentos sociais, como o feminismo [...]”¹⁹. A autora esclarece que os conflitos culturais adquiriram um status paradigmático e as atuais lutas por reconhecimento estão acontecendo apesar de uma interação e uma comunicação transcultural cada vez maior.

As lutas por reconhecimento tomam cada vez mais a forma de comunitarismos, que na leitura de Fraser, não integram, mas tendem a estimular o separatismo e a formação de enclaves de grupo, o chauvinismo e a intolerância, o patriarcalismo e o autoritarismo. Assim, “o modelo de identidade tem início com a idéia hegeliana de que a identidade se constrói dialogicamente, por meio de um processo de reconhecimento mútuo”²⁰.

Dessa forma, Fraser aponta para a idéia de que o não reconhecimento é uma relação institucionalizada de subordinação social, de forma que a reparação para tal situação significa transformar as instituições sociais, transformar os valores que regulam a interação, os quais impedem a paridade de participação em todas as instâncias institucionais.

O feminismo, de modo geral, é a tomada de consciência pelas mulheres, da situação desigual em que se encontram bem como representa a luta e mobilização das mulheres pelos seus direitos, pela liberdade de todas as mulheres, enfim como movimento político e intelectual das mulheres²¹. Assim, o objetivo maior é o reconhecimento enquanto sujeito de direitos, e é nessa perspectiva que haverá a ingerência do multiculturalismo, tendo em vista que, busca analisar as culturas minoritárias visando não apenas a proteção desses grupos, mas também a sua inclusão na sociedade.

Para Habermas, feminismo, multiculturalismo e o nacionalismo são fenômenos aparentados entre si, onde as mulheres, as minorias étnicas e culturais, as nações e culturas, todas se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando pelo reconhecimento de identidades coletivas. Dessa forma, “embora o feminismo não seja a causa de uma minoria, ele se volta contra uma cultura dominante que interpreta a relação dos gêneros de uma maneira assimétrica e desfavorável à igualdade de direitos”²².

Conforme o filósofo alemão, tanto a auto compreensão cultural das mulheres quanto a contribuição que elas deram à cultura comum estão distante de contar com o devido reconhecimento. Com isso, pode-se dizer que “a questão que envolve a luta pelas identidades na contemporaneidade diz respeito ao enfraquecimento da idéia de Estado-nação, bem como do objetivo monopolista de demarcar a fronteira entre ‘nós’ e ‘eles’”²³.

¹⁹ FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.601.

²⁰ *Ibidem*, p.605.

²¹ BIROLI, Flávia. MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Feminismo e Política: uma introdução**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 20.

²² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.238.

²³ HAMEL, Marcio Renan. **Direitos humanos e multiculturalismo sob a perspectiva da ética do discurso**. Curitiba: Juruá, 2005. p.50.

De acordo com a teoria multicultural de Kymlicka²⁴, existem três tipos de direitos destinados, especialmente à garantir a proteção das minorias e promover a sua inclusão social, quais sejam, os direitos de auto governo; os direitos especiais de representação e os direitos poliétnicos.

Os direitos de autogoverno são verificados quando nações minoritárias reivindicam, de alguma forma, de autonomia política, ou ainda jurisdição territorial. Já os direitos especiais de representação visam a garantia e a participação das minorias no processo político através de ações afirmativas²⁵. Por fim, os direitos poliétnicos se destinam a fomentar a integração das minorias na sociedade, de acordo com suas particularidades, seu orgulho cultural.

Como bem assinala Touraine, não é a produção que triunfa sobre a reprodução, não se tratando de se fixar em uma diferença que em si mesmo é hierarquicamente neutra, mas trazer à tona as unidades sociais e culturais que constroem relações hierarquizadas de desigualdades. Ao invés de medir as diferenças entre os atores, cabe identificar a unidade na qual eles intervêm e a importância que ocupam²⁶.

Dos três direitos supramencionados, o que mais se adequa com a abordagem deste estudo é o segundo, que trata justamente da garantia de participação das minorias nos processos políticos. Porém, para que se possa chegar a esse nível de participação, é de extrema importância que as mulheres se reconheçam como sujeito de direitos, que se apropriem das suas histórias, que se emancipem e exerçam os seus direitos já estabelecidos, bem como que permaneçam na luta por uma sociedade mais igualitária.

Considerações Finais

A globalização é uma característica permanente nas sociedades contemporâneas, sendo através dela que as diferenças entre minorias e majorias se tornam ainda mais abissais, havendo a necessidade de se discutir a melhor forma de integrar as várias culturas existentes em um mesmo lugar, cada uma com características tão peculiares, sejam elas pelo gênero, pela língua, dentre outras.

O processo histórico de dominação que as mulheres vivenciaram ao longo dos anos, refletiu hodiernamente para que se tornassem um grupo, em condições desiguais de direitos e garantias, conforme ficou visível com a abordagem da teoria política feminista, que trouxe uma “luz” para a compreensão da temática pretendida.

Portanto, ao final do presente estudo é possível vislumbrar que a restrição e negação de direitos não contribui, em nada, para o reconhecimento das mulheres enquanto sujeito, enquanto ser humano, situação que não se coaduna com as democracias liberais. Tendo em vista que as mulheres foram tradicionalmente excluídas da participação política, não basta apenas possibilitar a participação, mas é

²⁴ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. In: LOPES, Ana Maria D'ávila. **Multiculturalismo, minorias, e ações afirmativas**: promovendo a participação política das mulheres. Acessado em http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo. Em 15 jun. de 2015.

²⁵ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. In: LOPES, Ana Maria D'ávila. **Multiculturalismo, minorias, e ações afirmativas**: promovendo a participação política das mulheres. Acessado em http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo. Em 15 jun. de 2015.

²⁶ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007. p.218.

necessário realizar ações afirmativas para incluí-la nesse ambiente, ou melhor, possibilitar condições para que haja maior participação política das mulheres.

O multiculturalismo vem mostrar que o sujeito precisa ser reconhecido por outro sujeito, como igual, independente das diferenças culturais, de gênero, de língua, dentre outras. O reconhecimento, a autonomia e a liberdade são condições de possibilidade para o pleno desenvolvimento dos seres humanos, sobretudo das mulheres.

Numa perspectiva multiculturalista o que se busca é a diversidade dentro da unidade, uma forma de política identitária que procura fortalecer e promover os interesses de grupos específicos da sociedade, ou seja, das mulheres enquanto uma minoria social, diante da injustiça e desigualdade que vivenciam para que possam ser fortalecidas e conscientizadas de que são integrantes com relação à sua identidade e vivência comum.

Desta forma, é a abordagem multiculturalista que permite que se reconheça a diferença, no sentido de uma identidade coletiva, ou vivência em comum das mulheres, que precisam se afirmar e reconhecer como grupo, como coletivo. Para que haja a inclusão, o reconhecimento e relações mais igualitárias é preciso antes reconhecer e fortalecer as diferenças que as unem através de suas vivências em comum.

Referências

BIROLI, Flávia. MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Feminismo e Política: uma introdução**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BPW, Business Professional Women. Disponível em <www.bpwsp.org.br/index.php?pg=biblioteca/mulheres-01>. Acesso em Agosto de 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Importância e atualidade do direito romano**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66470/69080>>. Acesso em 22 jun. 2015.

FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva *et al.* Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HAMEL, Marcio Renan. Direitos humanos e multiculturalismo sob a perspectiva da ética do discurso. Curitiba: Juruá, 2005.

KYMLICKA, Will. Cidadania multicultural. In: LOPES, Ana Maria D'ávila. **Multiculturalismo, minorias, e ações afirmativas: promovendo a participação**

política das mulheres. Acessado em http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo. Em 15 jun. de 2015.

_____. **Filosofia política Contemporânea**, uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINTO, Celi Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2015.

RASMUSSEN, Lucimara. MANENTE, Luiz Clério. **Mulheres que fizeram história**. Campinas, SP: Pontes Editoras, 2014.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.

VIEIRA, Judivan J. **A mulher e sua luta épica contra o machismo**. Brasília: Thesaurus, 2012.

Recebido em 30 de agosto de 2015

Aceito em 29 de julho de 2017

O DIREITO À CULTURA NO BRASIL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CULTURE RIGHT IN BRAZIL AND THE SUPREME COURT

*Luiz Carlos Ormay Júnior*¹
*Antonio Hilário Aguilera Urquiza*²

Resumo: Este trabalho pretende examinar como o Supremo Tribunal Federal se posicionou em casos que envolviam direitos culturais. Para enfrentar o tema proposto, primeiro serão expostas algumas considerações sobre cultura, adotando ao final o conceito formulado por Marilena Chauí. Em um segundo momento passa-se a analisar os direitos culturais sob a perspectiva internacional, pontuando os principais tratados internacionais e aspectos que envolvem o tema no âmbito da Organização das Nações Unidas. Após isso, é feita incursão no ordenamento brasileiro a fim de se demonstrar qual a proteção constitucional e extravagante que se dá à cultura no Brasil. Ao final, serão analisados três casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o direito à cultura e tiveram grande repercussão, sendo eles o caso do índio *macuxi* intimado a depor em CPI, a farra do boi e a vaquejada.

Palavras-chave: Direito à cultura; Brasil; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This work intends to examine how the Supreme Court took a position on case involving cultural rights. To address the theme, it will first be exposed some thoughts on culture, adopting the concept formulated by Marilena Chauí. In a second step it will be analyzed the cultural rights under international perspective, punctuating the main international treaties and aspects involving the issue within the United Nations. After that, it will be looked into the Brazilian legal system in order to demonstrate the constitutional and extravagant protection given to the culture in Brazil. At the end, it will be analyzed three cases judged by the Supreme Court involving the right to culture that had great repercussion, being the *macuxi*'s

Keywords: Brazil; Cultural Rights; Supreme Court.

Sumário: Considerações Iniciais. 1. Alguns aspectos sobre a cultura. 2. O Direito à Cultura na perspectiva Internacional. 3. O Direito à Cultura no Brasil: Um panorama legislativo dos direitos culturais. 4. O Supremo Tribunal Federal e os Direitos Culturais. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

¹ Advogado, Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo CERS, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. E-mail: luiz_ormay@hotmail.com.

² Professor da Pós-Graduação em Direitos Humanos, Pós-graduação em Antropologia e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Mestrado em Tecnologia da Educação pela Universidade de Salamanca – Espanha, Mestrado em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Doutorado em Antropologia pela Universidade de Salamanca – Espanha, vinculado ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. E-mail: hilarioaguilera@gmail.com

Considerações Iniciais

O presente trabalho tem como objetivo expor como o direito à cultura foi tratado no Brasil em casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que tiveram grande repercussão. Os casos escolhidos foram o *Habeas Corpus* 80.240, o Recurso Extraordinário 153531/SC e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, sendo que o primeiro tratou do direito à cultura de indivíduo indígena e os dois segundos do conflito entre manifestação cultural e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A cultura é uma temática complexa e é estudada pelas mais diversas áreas, por isso o primeiro passo antes de se adentrar o assunto principal do artigo é realizar uma incursão sobre os aspectos do direito à cultura no âmbito internacional, trazendo os principais instrumentos normativos e marcos referenciais dos direitos culturais confeccionados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

O segundo passo é trazer de que maneira o direito à cultura é tratado no Brasil, isto é, mostrar quais são os diplomas normativos que regulamentam os direitos culturais no país. Para tanto, serão analisadas as disposições que tratam de cultura na Constituição Federal de 1988 e o Plano Nacional de Cultura.

Ao analisar a carta da república se vê que inúmeros avanços foram alcançados no que tange os direitos culturais, da forma que ela inclusive aponta um rol de patrimônios culturais do país. Além disso, garante também a preservação de manifestações culturais e inclusive o direito do modo de viver do indivíduo.

Por último, será analisado o resultado de três julgamentos de grande repercussão que envolviam direitos culturais julgados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo eles o caso do índio *macuxi* que foi intimado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito para depor, o caso da “farra do boi” e o caso da “vaquejada” a fim de se compreender como se posiciona a mais alta corte do país em casos de conflito dos direitos culturais e outros direitos.

1. Alguns Aspectos sobre a Cultura

De maneira histórica, o primeiro conceito de cultura que se tem notícia tem relação direta com a natureza, sendo que seu significado original aponta para a ideia de lavoura, agricultura, um processo que inicialmente se viu apenas como material, mas que depois sofreu mutação e foi ampliado para questões imateriais, propriamente relacionada ao espírito humano. Terry Eagleton³ faz a diferenciação entre esses dois “aspectos de cultura”:

Com base em suas raízes etimológicas no trabalho rural, a palavra primeiro significa algo como “civilidade”; depois, no século VIII, torna-se mais ou menos sinônimo de “civilização”, num sentido de processo geral de progresso intelectual, espiritual e material. Na qualidade de ideia, civilização equipara significativamente costumes e moral: ser civilizado não inclui não cuspir no tapete assim como não decapitar prisioneiros de guerra.

³ EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2000, p. 19.

O que se vê é que cultura na verdade é uma transcendência entre o artificial e o natural, vez que vai além do ser humano ao mesmo passo que só pode ser interpretada de forma humanamente significativa. Ela se desenvolve a partir do contato entre os indivíduos e acaba influenciando diretamente no desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, e, por não ser algo que surge apenas de uma pessoa, a cultura assume um caráter de importância social.

Por mais que cultura seja um termo extremamente difícil de se definir, Marilena Chauí⁴ consegue sintetizar de maneira impar uma conceituação:

Cultura é a capacidade de decifrar as formas da produção social da memória e do esquecimento, das experiências, das ideias dos valores, da produção das obras de pensamento e das obras de arte e, sobretudo, é a esperança racional de que dessas experiências e ideias, desses valores e obras, surja um sentido libertário, com força para orientar novas práticas sociais e políticas das quais possa nascer outra sociedade.

A autora complementa lembrando que:

O direito à cultura é o direito (i) de produzir cultura, (ii) de participar das decisões quanto ao fazer cultural, (iii) de usufruir dos bens a cultura, criando locais e condições de acesso aos bens culturais para a população (iv) de estar informado sobre os serviços culturais (v) à formação artística pública e gratuita nas escolas e oficinas de cultura, (vi) à experimentação do novo nas artes e nas humanidades e (vii) a espaços de reflexão, debate e crítica⁵.

Muito em bora seja extremamente rica a concepção de cultura em diversos sentidos, para os fins desse trabalho devemos pensar em cultura como bem jurídico, se utilizando para tanto da definição ora transcrita.

2 O Direito à Cultura na Perspectiva Internacional

A construção do direito à cultura como um bem jurídico tutelado como direito humano se deu ao longo do século XX, e deve ser vista como um movimento exógeno, isto é, foi construído e implementado no cenário internacional para depois ganhar lugar no ordenamento jurídico interno brasileiro. Após as inúmeras violações aos direitos mais básicos do ser humano cometidas durante a Segunda Guerra Mundial os movimentos em favor dos direitos humanos e a preocupação com a manutenção da paz no mundo se intensificaram, resultando na criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

Esse novo cenário trouxe importantes avanços de modo que se mobilizou nações através de conferências, encontros, criação de entidades internacionais e celebração de tratados internacionais a fim de ampliar a tutela aos direitos humanos.

⁴ CHAUÍ, Marilena. *Cidadania Cultural*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 08.

⁵ CHAUÍ, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo, Cortez, 1989, p. 70.

Todo esse *animus* internacional foi fundamental para a consolidação da proteção aos direitos humanos, pois como lembra Amartya Sen⁶:

A legislação é um campo importante para os direitos humanos, mas existem outros meios também importantes e efetivos para o avanço do reconhecimento dos direitos humanos, já que sua força ética está mais ligada ao reconhecimento social que à positividade.

Em decorrência disso, os direitos humanos passaram a ser considerados universais, indivisíveis e interdependentes, como se vê da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, que aconteceu em 1993, que resultou na Declaração e Programa de Ação de Viena⁷ que registra:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Todavia, bem antes de 2003, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁸ já previa em seu artigo 27⁹ que todas as pessoas têm o direito de participar livremente da vida cultural em comunidade, podendo também fruir das artes e inclusive participar de todo o processo científico e de seus benefícios. Em 1966, esse direito foi reafirmado por meio do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que em seu artigo 15¹⁰ reconhece o direito a participação da vida cultura, ao progresso científico e suas aplicações.

Já na década de 70, no ano de 1976, a Recomendação sobre a Participação dos Povos na Vida Cultural criou importantes conceitos como o de que a cultura e participação na vida cultural são aspectos complementares e que cultura não é meramente acumulação de trabalhos e conhecimento que a elite produz, mas sim de tudo aquilo que resulta da atividade humana. Além disso, existem diversos outros instrumentos internacionais que tratam da questão do direito à cultura, como por exemplo a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 343.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração e Programa de Ação de Viena. Viena, 1993. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 12 de Outubro de 2016.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em <http://www.un.org/spanish/depts/dpi/portugues/Universal.html>. Acesso em 13 de Outubro de 2016.

⁹ Art. 27 – Toda pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.

¹⁰ Art. 15 – Os estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

a) Participar da vida cultural;

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Contudo, os dois grandes marcos internacionais relativos ao direito à cultura são a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade de Expressões Culturais de 2005. Todavia, mesmo com a extensa gama de instrumentos internacionais que visam tutelar os direitos culturais, quando se compara com outras categorias de direitos se vê que a cultura poderia ser melhor tutelada.

Um dos motivos dessa preterição é a dificuldade em se definir na prática exatamente o que é cultura e quais são seus limites, vez que cultura envolve tanto aspectos materiais como imateriais. Prova disso é que direitos que são mais facilmente especificados, como o direito autoral e o direito ao patrimônio cultural recebem melhor tutela que os relacionados à identidade cultural dos povos.

Com intuito de mudar esse cenário, houve esforço no âmbito internacional para se buscar definir o que é cultura com fins de melhor protegê-la, e a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2002 é um resultado disso, que apresenta que:

[...] no seu sentido mais amplo, a cultura pode ser considerada atualmente como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social. Ela engloba, além das artes e das letras, os modos de vida, os direitos fundamentais do ser humano, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.¹¹

A Organização das Nações Unidas exerce fundamental papel na proteção do direito à cultura no âmbito internacional, tendo inclusive registrado no Relatório Mundial da Unesco a latente necessidade de se investir na diversidade cultural e no diálogo entre culturas:

A diversidade vem suscitando um interesse notável desde o começo do novo século. Porém os significados que se associam a esta expressão “cômuda” são tão variados como mutáveis. Para alguns a diversidade cultural é intrinsecamente positiva, na medida em que se refere a um intercâmbio de riqueza inerente a cada cultura do mundo e, assim, aos vínculos que nos unem nos processos de diálogo e de troca.

Por conseguinte, o desafio fundamental consistiria em propor uma perspectiva coerente da diversidade cultura e, assim, classificar que, longe de ser ameaça, a diversidade pode ser benéfica para a ação da comunidade internacional.¹²

Um ponto importante da tutela do direito à cultura reside no fato de que se faz necessário construir um diálogo intercultural sobre a dignidade humana a fim de

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Viena, 2002. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em 12 de Outubro de 2016.

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Relatório Mundial da UNESCO*. Viena, 2010. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001847/184755por.pdf>. Acesso em 20 de Outubro de 2016, p. 03.

evitar falsos universalismos no que diz respeito aos direitos humanos. Roy Wagner¹³ bem descreve essa necessidade de amparo a diversidade cultural:

A combinação dessas duas implicações da ideia de cultura – o fato de que nós mesmos pertencemos a uma cultura (objetividade relativa) e o de que devemos supor que todas as culturas são equivalentes (relatividade cultural) – leva a uma proposição geral concernente ao estudo da cultura. Como sugere a repetição da raiz “relativo”, a compreensão de uma outra cultura envolve a relação entre duas variedades do fenômeno humano, ela visa a criação de uma relação intelectual entre elas, uma compreensão que inclua ambas. A ideia de “relação” é importante aqui, pois é mais apropriada à conciliação de duas entidades ou pontos de vista equivalentes do que noções como “análise” ou “exame” com suas pretensões de objetividade absoluta.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural busca valorizar essa interculturalidade e promover a diversidade cultural a fim de que se preserve as diversas culturas e suas manifestações culturais:

Artigo 2 – Da diversidade cultural ao pluralismo cultural. Em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública.

Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance. Artigo 5 – Os direitos culturais, marco propício da diversidade cultural Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. O desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Toda pessoa deve, assim, poder expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na sua língua materna; toda pessoa tem direito a uma educação e uma formação de qualidade que respeite plenamente sua identidade cultural; toda pessoa deve poder participar na vida cultural que escolha e exercer suas próprias práticas culturais, dentro dos limites que impõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.¹⁴

¹³ WAGNER, Roy. A invenção da cultura. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 29.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). Declaração *Universal sobre a Diversidade Cultural*. Viena, 2002. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em 12 de Outubro de 2016.

Desde o final da Segunda Guerra Mundial o Direito Internacional vem exercendo fundamental papel na tutela dos direitos culturais, se utilizando como princípio o direito universal da liberdade de autodeterminação dos povos, que é um instrumento de garantia de soberania. O que se vê com os inúmeros instrumentos normativos internacionais e outras incontáveis declarações e recomendações é que os direitos culturais têm sua tutela constantemente aprimorada.

Todavia, os direitos culturais são extremamente complexos e quase sempre os debates a seu respeito necessitam ser feitos também de maneira regionalizada levando em conta as peculiaridades de cada lugar, até porque, podem existir manifestações culturais que abarcam um país inteiro ao mesmo tempo que existem aquelas que se limitam a determinada área de uma cidade. Assim, é importante saber como os direitos culturais são vistos pelo ordenamento brasileiro, principalmente como a Constituição Federal de 1988 trata do assunto.

3 O Direito à Cultura no Brasil: um panorama Legislativo dos Direitos Culturais

Quando Gilberto Gil¹⁵ foi Ministro da cultura, ele fez uma divisão didática da cultura em três dimensões. A primeira delas é a simbólica ou antropológica, que define cultura humana como o conjunto de modos de viver, que variam de tal forma que só é possível falar em culturas.

A segunda, a dimensão cidadã, que se funda no princípio de que os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, subsiste na premissa de que colocar em prática os direitos culturais é vital para o desenvolvimento humano e promoção da paz. Por fim, a dimensão econômica vê a cultura como um dos segmentos mais dinâmicos que gera trabalho e riqueza.

Jorge Miranda¹⁶ em um de seus brilhantes ensinamentos lembra que a Constituição de um Estado é um fenômeno cultural por não poder ser compreendida desentranhada da cultura da comunidade de onde provém e por ser, em si mesma, uma obra e um bem de cultura.

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988 os direitos culturais apareciam de forma bastante tímida, geralmente vinculados ao direito à educação. No entanto, na Carta de 88 eles passaram a ser valorizados, contando com dispositivos específicos destinado à sua tutela, inclusive com a determinação de que é dever do Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais juntamente com o acesso às fontes da cultura nacional devendo também valorizar a difusão das manifestações culturais.

Esses deveres são previstos nos artigos 215 e 216¹⁷ da Constituição Federal, podendo assim se falar em dois níveis de proteção trazidos pela Carta da República.

¹⁵ GIL, Gilberto. Discursos do Ministro da Cultura Gilberto Gil. Brasília: Ministério da Cultura, 2003.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2006, p. 03.

¹⁷ 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.

O primeiro nível está presente no artigo 215, e pode ser visto como a vertente procedimental do direito à cultura.

Para essa vertente procedimental, o Estado brasileiro tem o dever constitucional de garantir aos cidadãos o exercício e acesso à cultura, devendo também proteger as manifestações de culturas populares. Já o segundo nível, de caráter substancial, além de definir o que compõe o patrimônio cultural brasileiro, também adota uma visão pluralista de sua formação vez que considera a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Além disso, com a promulgação da Emenda Constitucional 48 de 2005, foi acrescido no artigo 215 da Constituição a obrigação de criar um plano de cultura plurianual com basicamente dois objetivos: desenvolver a cultura do país e integrar as ações do Poder Público relativas a cultura.

O resultado dessa obrigação constitucional foi a criação da Lei 12.343 de 2010, chamada de Plano Nacional de Cultura – PNC. Nesse instrumento normativo ficam estipulados os princípios e os objetivos que irão determinar a atuação do Estado na área da cultura, e algumas dessas estipulações merecem destaque.

Em relação aos princípios, podem ser destacados a liberdade de expressão, criação e fruição, diversidade cultural, respeito aos direitos humanos, direito à memória e às tradições, já quanto aos objetivos merece menção a disposição de reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira, proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial, universalizar o acesso à arte e à cultura, reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores.

Em adição a isso, o artigo 23 da Constituição Federal¹⁸ em seus incisos III, IV e V também trata da cultura, ao determinar a competência comum de todos os entes federativos a proteção de bens culturais e ainda, a obrigação de promover acesso à cultura. No mesmo sentido, o artigo 24 da Carta Magna¹⁹ estipula competência concorrente da a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a proteção do patrimônio cultural e sobre cultura, demonstrando uma clara intenção de proteger ao máximo as diversas formas de expressão de cultura e ainda dar o condão de adaptar essa legislação às necessidades regionais.

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.

¹⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

¹⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

A competência concorrente trazida pela Constituição decorre da própria característica sócio geográfica do Brasil, isto é, por ser um país de dimensões continentais, os costumes e as manifestações culturais podem ser extremamente diferentes em cada região, sendo necessário assim dar autonomia para cada um dos Estados poder adaptar a legislação as suas peculiaridades.

Essa distribuição de competência, com a possibilidade dos Estados legislarem sobre cultura, deve ser vista com bons olhos, até porque é uma importante forma de democratizar a cultura e privilegiar todas as formas de manifestações culturais, permitindo que mesmo as culturas que não possuem expressividade o suficiente para movimentar o legislativo federal consigam tutela legislativa. Acontece que em muitos casos, por mais legítima que sejam as manifestações culturais, elas acabam ofendendo outros direitos.

Na prática, em algumas situações os Estados produzem legislação para regulamentar festas populares, todavia, esse tipo de atividade envolve práticas que violam outros tipos de direitos, geralmente envolvendo o meio ambiente. Além disso, não é incomum acontecer disputas judiciais que envolvam os direitos culturais.

Nesses casos, seja sobre as situações de Leis Estaduais que disciplinam atividades culturais regionais ou casos onde a peculiaridade cultural do indivíduo deve ser levada em conta, o Supremo Tribunal Federal é acionado a fim de resolver os impasses surgidos. Dessa maneira, se mostra importante saber qual a posição adotada pela mais alta corte do país quando se encontra diante de conflito entre direitos culturais e outros direitos, e ainda mais importante, como o Pretório Excelso trata os direitos culturais.

4 O Supremo Tribunal Federal e os Direitos Culturais

O Supremo Tribunal Federal é a corte mais alta do Brasil, e dentro do ordenamento jurídico brasileiro cabe a ele analisar em último grau os recursos que envolvem matéria constitucional e ainda exercer o controle de constitucionalidade concentrado por meio de ações objetivas como ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. De fato, como lembra a festejada doutrina de José Afonso da Silva²⁰, “a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Durante a história, o Pretório Excelso foi chamado a decidir questões envolvendo direitos culturais diversas vezes, no entanto, algumas situações mereceram destaque pois causaram grande impacto em toda a sociedade brasileira e também entre juristas e estudiosos. Neste artigo serão tratados o Habeas Corpus 80.240²¹ onde foi questionada a legitimidade da intimação de um indígena para prestar depoimento na condição de testemunha em uma Comissão Parlamentar de

²⁰ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 565.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n 80.240*. Impetrante: Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Outra. Paciente: Jerônimo Pereira da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Outubro de 2005. Diário da Justiça 32/50.

Inquérito, o Recurso Extraordinário 153531/SC²² e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983²³ que tratavam da legalidade da “Farra do Boi” e “Vaquejada”, respectivamente.

Os indígenas possuem especial proteção no ordenamento brasileiro pois infelizmente são hoje uma minoria étnica extremamente vulnerável que geralmente vive em situação deletéria, à margem da sociedade e ainda sofrem com a extrema dificuldade de se adaptar aos padrões culturais impostos pela sociedade brasileira. A fim de proteger esse povo, a Constituição Federal prevê expressamente no artigo 215, §1 que deverão ser preservadas as suas manifestações culturais, além disso, contam também com a proteção de outros dispositivos, como os artigos 231 e 232.

O Habeas Corpus 80.240 tratou justamente do assunto da necessidade de preservação dos costumes do indivíduo indígena ao julgar a legalidade de ato praticado por Comissão Parlamentar de Inquérito que convocou um indígena da tribo *macuxi*²⁴ para depor na sede do Congresso Nacional. Esse julgamento foi considerado emblemático pois o Supremo Tribunal Federal, de maneira unânime, considerou ilegal o ato que impunha ao indígena sair de suas terras e ir depor em Brasília.

O fundamento utilizado pelos ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de Mello, que proferiram os votos que conduziram a decisão vencedora, foi que por conta da proteção constitucional conferida ao indivíduo indígena, a obrigação de sair de seu território presente na intimação da Comissão Parlamentar de Inquérito caracterizava verdadeira violência a sua liberdade de locomoção. De fato, esse ato causaria violação inclusive dos costumes e tradições indígenas, vez que os métodos de julgamento e interrogatório do povo *macuxi* não são os mesmos que adotados pela CPI.

Dessa maneira, com fundamento no art. 231, §5²⁵ da Constituição Federal, que prevê que os grupos indígenas não poderão ser retirados de suas terras, o Ministro Sepúlveda Pertence – relator do caso – prolatou voto dizendo que:

A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras coage a sua liberdade de locomoção, na medida em que, sendo vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (art. 231, §5), deve-se tal direito ser estendido não só ao grupo, mas ao indivíduo que o compõe, uma vez que tal

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 153531 de Santa Catarina*. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e Outros. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 13 de março de 1998. Diário da Justiça 06/98.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983*. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 06 de Outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 220 de 14 de Outubro de 2016.

²⁴ Etnia indígena sul-americana que habita o território do Brasil e da Guiana, sendo que no Brasil ficam localizados no leste do estado de Roraima.

²⁵ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

norma visa proteger não só a posse e o usufruto das terras originariamente dos índios, mas a identidade cultural do grupo indígena, que deslocado a perderia.

A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais.

Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao "homem branco" pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*.²⁶

Durante o julgamento, o Ministro Marco Aurélio também teceu importantes comentários dizendo que no caso em análise devia se resolver a colisão de duas normas constitucionais, de um lado o poder geral conferido às Comissões Parlamentares de Inquérito para intimar indivíduos – previsão trazida pelo artigo 58 da Constituição Federal²⁷ - e de outro as peculiaridades do tratamento conferido aos indígenas. A conclusão do Ministro foi de que ao se interpretar a Constituição deve se extrair dela a maior eficácia possível, e no caso que se analisava, para fazer isso, seria necessário se privilegiar a preservação dos costumes indígenas. Nas palavras de Marco Aurélio de Melo²⁸ “a saída de um índio de suas terras é sempre um ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como uma imposição”.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal tornou sem efeito a intimação enviada ao índio *macuxi* e ainda fez constar que, em caso de se entender imprescindível sua oitiva, era obrigatório que o Estado deslocasse servidores e conferisse meios para que ele fosse ouvido na região em que fica situada sua comunidade. A sugestão, capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio trouxa maior racionalidade ao desenvolvimento dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito e ainda evitaria eventuais constrangimentos e consequentes lesões aos direitos culturais do indígena.

No caso do Recurso Extraordinário 153.531 de Santa Catarina e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.938 a discussão era um pouco diferente, pois as duas normas constitucionais em conflito eram a garantia da proteção às manifestações culturais e o direito a um meio ambiente equilibrado.

A Carta da República, em seu artigo 227, VII²⁹, veda qualquer tipo de conduta que submeta animais a crueldade³⁰, e não poderia ser diferente, até porque o

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n 80.240*. Impetrante: Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Outra. Paciente: Jerônimo Pereira da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Outubro de 2005. Diário da Justiça 32/50.

²⁷ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n 80.240*. Impetrante: Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Outra. Paciente: Jerônimo Pereira da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Outubro de 2005. Diário da Justiça 32/50.

²⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

direito ao meio ambiente é considerado direito fundamental. A fim de positivizar essa proteção, o legislador editou a Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais – que torna ilícita a prática de experiência dolorosa ou cruel com animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos.

O Recurso Extraordinário 153.531 foi interposto pela Associação dos Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e Outros (APANDE) em face da sentença de uma Ação Civil Pública movida contra o Estado de Santa Catarina. No caso, a entidade associativa pretendia que a festa ocorrida no Estado conhecida como “Farra do Boi” fosse proibida.

Essa festa é um tradicional evento de origem açoriana onde um boi é levado a um determinado local e é perseguido e agredido pelos “farristas” até que o animal seja levado à exaustão – tanto física quanto psicológica – que não consegue mais se levantar, e geralmente após o final da farra o animal tem de ser sacrificado.

O Ministro Francisco Rezek foi o relator do caso e elaborou o voto vencedor no sentido de que a “Farra do Boi” constituía verdadeiro crime ambiental pois violentava animais, alertando ainda o Ministro que existiam práticas culturais semelhantes realizadas em outros Estados, com bois de tecido ou madeira. No entanto, houve divergência do Ministro Maurício Corrêa, para quem a festa seria uma manifestação cultural legítima, portanto autorizada pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

É interessante notar que em momento algum no julgamento o Supremo Tribunal Federal não considera a “Farra do Boi” como manifestação cultural, todavia, o que fica sedimentado é que qualquer que seja a manifestação cultural ela jamais será absoluta, devendo ter limites. Na oportunidade, os Ministros que acompanharam o relator consignaram que a manifestação cultural sempre deve ser estimulada, no entanto, devem ser vedadas práticas que causem violência aos animais.

Um caso mais recente, julgado em no ano de 2016 é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade 9.438, interposta pela Procuradoria Geral da República para declarar inconstitucional a Lei 15.299/13 do Estado do Ceará que regulamentava a “Vaquejada”. O Ministro Luís Roberto Barroso bem definiu a vaquejada em seu voto:

dois competidores a cavalos perseguem um boi que sai em disparada em uma pista de competição, após ser solto do “brete”, local onde o boi fica enclausurado antes de iniciar a prova. O objetivo da dupla é derrubar o boi dentro de um espaço demarcado entre duas linhas feitas geralmente a cal, denominado “faixa”. Após o animal ser solto, os dois vaqueiros competidores correm paralelamente entre si e lateralmente ao boi, um de cada lado. Cada um deles tem funções determinadas. O “vaqueiro-esteireiro” é responsável por direcionar o boi ao longo da pista, emparelhando-o com o “vaqueiro-puxador”. Próximo à “faixa”, o vaqueiro esteireiro recolhe a cauda do animal e a entrega ao vaqueiro-puxador, para que este, tracionando-a e torcendo-a lateralmente, derrube o boi dentro do espaço demarcado.³¹

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983*. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 06 de Outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 220 de 14 de Outubro de 2016.

Igual aconteceu na “Farra do Boi”, para resolver esse caso, o Supremo Tribunal Federal devia resolver o conflito entre normas constitucionais sobre direitos fundamentais, estando de um lado o direito fundamental à cultura – assegurado pelo artigo 215 da Carta da República – e de outro lado o direito fundamental a proteção do meio ambiente, presente no artigo 225 da Constituição Federal. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio bem observou que “mais controvertido apresenta-se o conflito do direito ao meio ambiente com outros coletivos, como o do pleno exercício dos direitos culturais, exatamente o que ocorre na situação concreta”.³²

Durante o julgamento, o Ministro Luiz Edson Fachin acabou divergindo do relator dizendo que a vaquejada é na verdade manifestação cultural legítima, encontrando respaldo na Constituição Federal e envolvia inclusive a cultura e técnica de captura de animais disseminada na área rural do país. Acompanhando esse entendimento, o Ministro Dias Toffoli disse “vejo com clareza solar que a atividade – hoje esportiva e festiva - pertence à cultura do povo nordestino deste país, é secular e há de ser preservada dentro de parâmetros e regras aceitáveis para o atual momento cultural de nossa vivência”.³³

É importante notar, que o Supremo Tribunal Federal, não obstante reconhecer as manifestações culturais independente das práticas que elas envolvem, vem adotando o entendimento que no caso de acontecer crueldade contra animais, o caminho a ser seguido é o do prevailecimento da norma mais favorável à proteção do meio ambiente. O Ministro Barroso consignou esse entendimento em seu voto:

Mas o fato de a vaquejada ser uma manifestação cultural não a torna imune ao contraste com outros valores constitucionais. E, com efeito, trata-se de prática que tem sido objeto de crescente questionamento e crítica por parte dos defensores dos direitos dos animais. A esse propósito, é de relevo assinalar sua proibição, por meio de lei, em Barretos, cidade brasileira mundialmente conhecida pela Festa do Peão de Boiadeiro, considerada por muitos o maior festival de práticas esportivas ligadas à pecuária brasileira.³⁴

Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal, em um apertado placar de 6 a 5, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 9348 e declarou inconstitucional a Lei 15.299/13 do Estado do Ceará que regulamentava a Vaquejada. Tão logo a decisão foi publicada inúmeras manifestações a favor da prática da Vaquejada surgiram a fim de protestar contra a referida decisão e hoje existem cerca de dez propostas legislativas, entre projetos de lei e projetos de emenda à constituição que visam legalizar e regulamentar a prática que o Supremo já disse ser inconstitucional, basta apenas ver agora qual será o desfecho da história.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983*. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 06 de Outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 220 de 14 de Outubro de 2016.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983*. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 06 de Outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 220 de 14 de Outubro de 2016.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983*. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 06 de Outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 220 de 14 de Outubro de 2016.

Considerações Finais

O desenvolvimento do direito à cultura se deu em um movimento exógeno, isto é, inicialmente foi discutido em âmbito internacional, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e apenas depois foi assunto debatido no Brasil. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi pioneira ao trazer o direito à cultura como direito humano, e diversos outros instrumentos convencionais internacionais não só fizeram menção como tiveram como objeto principal a cultura.

No ordenamento brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi pioneira quando atribuiu artigos específicos aos direitos culturais, inclusive consagrou a obrigação do Estado de conferir meios para acesso à cultura e ao mesmo tempo fomentar as manifestações culturais. Além disso, a Carta da República se preocupou também em elencar os bens que compõe o patrimônio cultural brasileiro, incluindo nesse rol o modo de viver de determinado povo.

Essa proteção constitucional da cultura se mostra relevante em um país como o Brasil, que tem em sua origem uma forte miscigenação étnica, sendo formado por povos das mais diversas áreas do mundo, que até hoje mantém boa parte das tradições de sua cultura. Além disso, atualmente o Brasil conta também com proteção infraconstitucional da cultura, vez que o Plano Nacional da Cultura – Lei – traz para todo o país as disposições gerais que norteiam o regramento da cultura no país, inclusive estipulando princípios e objetivos que devem ser observados pelas entes da federação.

A Constituição Federal de 1988, por mais que tutele os direitos culturais, não define o que é cultura, e isso acaba permitindo que o Supremo Tribunal Federal, a depender do caso, busque uma definição que melhor se adeque a situação concreta e assim, possa melhor efetivar o direito à cultura e ainda compatibilizá-lo com os demais direitos fundamentais.

Isso pode ser visto no caso do indígena da etnia *macuxi* que foi convocado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito para depor no Congresso Nacional, o que originou o *Habeas Corpus* e o Supremo Tribunal Federal decidiu que direito à cultura do indígena juntamente com seu direito a não ser retirado de sua comunidade deveria prevalecer sobre o direito da Comissão Parlamentar de Inquérito de convocar indivíduos para depor. O Pretório Excelso entendeu que por conta das peculiaridades culturais do indígena e ainda pela vedação expressa trazida pela Constituição Federal de inamovibilidade de sua comunidade não poderia ele ser levado de maneira coercitiva ao Congresso Nacional para depor, privilegiando dessa maneira o direito à cultura.

Já no caso da farra do boi e da vaquejada, a discussão era o conflito entre o direito a manifestação cultural e o direito a um meio ambiente sustentável juntamente com a vedação de práticas cruéis contra animais. Por mais acalorado que tenha sido o debate e as divergências dos Ministros – em especial no caso da vaquejada – o Supremo Tribunal Federal parece ter consolidado o entendimento que no caso das manifestações culturais que envolvem animais, por mais legítimas que sejam, devem observar o respeito aos animais e é vedada qualquer tipo de prática que incorra em crueldade.

Assim, a primeira conclusão que se tira com base nos julgamentos que foram analisados é que na prática podem surgir situações em que o direito à cultura

entra em conflito com outros direitos. A segunda conclusão é que o Supremo Tribunal Federal não define ao certo o que é cultura de modo genérico.

Por fim, com base nos casos analisados, a terceira conclusão é que a Suprema Corte quando se deparou em casos de preservação de patrimônio cultural privilegiou o direito à cultura, já nos casos em que estão envolvidos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direitos culturais, tendem a relativizar os segundos caso haja violação ao primeiro. Desse modo, a Suprema Corte brasileira visa conciliar os direitos culturais com os valores assegurados pela Constituição, e o caso concreto é a grande variável para se definir o que deverá prevalecer.

Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n 80.240**. Impetrante: Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Outra. Paciente: Jerônimo Pereira da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Outubro de 2005. Diário da Justiça 32/50.

_____. **Recurso Extraordinário n. 153531 de Santa Catarina**. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e Outros. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 13 de março de 1998. Diário da Justiça 06/98.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 06 de Outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 220 de 14 de Outubro de 2016.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania Cultural**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

_____. **Cultura e Democracia**. São Paulo, Cortez, 1989.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. São Paulo: Unesp, 2000.

GIL, Gilberto. **Discursos do Ministro da Cultura Gilberto Gil**. Brasília: Ministério da Cultura, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Viena, 1993. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 12 de Outubro de 2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em <http://www.un.org/spanish/depts/dpi/portugues/Universal.html>. Acesso em 13 de Outubro de 2016.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Nova Iorque, 1966. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-166.html>. Acesso em 14 de Outubro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. Viena, 2002. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em 12 de Outubro de 2016.

_____. **Relatório Mundial da UNESCO**. Viena, 2010. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001847/184755por.pdf>. Acesso em 20 de Outubro de 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

WAGNER. Roy. **A invenção da cultura**. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

Recebido em 21 de abril de 2017
Aceito em 18 de julho de 2017

IMIGRANTES PENDULARES EM REGIÃO DE FRONTEIRA: SEMELHANÇAS CONCEITUAIS E DESAFIOS METODOLÓGICOS PENDULAR

IMMIGRANTS IN THE BORDER REGION: CONCEPTUAL SIMILARITIES AND METHODOLOGICAL CHALLENGES

*Marco Aurélio Machado de Oliveira*¹

*Jacqueline Maciel Correia*²

*Jéssica Canavarro Oliveira*³

Resumo: Este artigo trata de imigrantes em região de fronteira na condição de pendulares. Abordamos este tema a partir da perspectiva do reconhecimento de diferenciais em relação aos outros imigrantes em geral, uma vez que os pendulares tem a outra nação como destino pontualmente, ou seja, seu deslocamento é relacionado às atividades por eles desenvolvidas (estudo, trabalho, etc.), e seu retorno ao país de origem ocorre de maneira regular. O objetivo desta pesquisa é identificar traços característicos de imigrantes pendulares em região de fronteira. Entendemos que esta seja um palco diferenciado nas relações interpessoais e de trabalho, quando comparadas ao restante do território nacional. Nossos estudos foram aplicados em Corumbá, MS, Brasil, por entendermos que ali há históricas presenças imigrantes e consolidados movimentos migratórios pendulares.

Palavras-Chave: Imigrantes Pendulares. Fronteira. Metodologia. Bolivianos.

Abstract: This article deals with immigrants in the frontier region in the pendulum condition. We approach this subject from the perspective of the recognition of differentials in relation to other immigrants in general, since the pendulums have the other nation as a destination punctually, that is, their displacement is related to the activities developed by them (study, work, etc.), and the return to the country of origin occurs on a regular basis. The goal of this research is to identify characteristic traits of pendulum immigrants in the border region. We understand that this is a differentiated stage in interpersonal and work relations, when compared to the rest of the national territory. Our studies were applied in Corumbá, MS, Brazil, because we understand that there are historical immigrant presences and consolidated pendulum migratory movements.

Key-Words: Pendulum Immigrants. Border. Methodology. Bolivians.

Sumário: Considerações Iniciais. 1. Imigrantes pendulares e fronteira. 2. Um estudo de caso em Corumbá, MS. 2.1. Lócus da pesquisa:

¹ Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, docente no Programa de Pós-Graduação Estudos Fronteiriços, na mesma Universidade e membro do GT América Latina y Medio Oriente na CLACSO. E-mail: marco.cpan@gmail.com.

² Bacharel em Economia, Mestre em Estudos Fronteiriços/UFMS. E-mail: jacquelinemaciel01@gmail.com.

³ Licenciada em História e Mestranda em Estudos Fronteiriços UFMS. E-mail: jessicaoliveira.hist@gmail.com.

fronteira com a Bolívia. 2.2. Presença boliviana no comércio em Corumbá: políticas e repercussões. 2.3. Imigrantes pendulares: condições peculiares. Considerações Finais. Referências.

Considerações Iniciais

Este artigo trata de imigrantes em região de fronteira na condição de pendulares. Abordamos este tema a partir da perspectiva do reconhecimento de diferenciais em relação aos outros imigrantes em geral, uma vez que os pendulares tem a outra nação como destino pontualmente, ou seja, seu deslocamento é relacionado às atividades por eles desenvolvidas (estudo, trabalho, etc.), e seu retorno ao país de origem ocorre de maneira regular. O objetivo desta pesquisa é identificar traços característicos de imigrantes pendulares em região de fronteira. Entendemos que esta seja um palco diferenciado nas relações interpessoais e de trabalho, quando comparadas ao restante do território nacional. Nossos estudos foram aplicados em Corumbá, MS, Brasil, por entendermos que ali há históricas presenças imigrantes e consolidados movimentos migratórios pendulares.

Esta é uma pesquisa qualitativa e participativa. Entendemos que um dos principais problemas enfrentados no correr de uma pesquisa qualitativa está na posição que o pesquisador ocupa perante o espaço social em que se insere. Isso porque o conflito entre a fala e a prática social é transversal e concomitante à pesquisa qualitativa, que, em alguns casos, limita-se ao material discursivo⁴. O imigrante é, em essência, um emigrante⁵, ou seja, antes de sua imersão em uma nova sociedade ela emergiu de outra. Isso não se trata apenas de um reconhecimento da trajetória desse sujeito, o que já é uma importante etapa a ser cumprida nos preparos metodológicos. Mas, isso significa, sobretudo, compreender as estratégias, ou suas ausências, que esse personagem esteve ou está submetido. Desta forma, uma pesquisa qualitativa sobre imigrantes exige do investigador um mergulho na realidade social a que o sujeito da pesquisa está inserido. Salientamos que estudos quantitativos também são muito importantes, contudo, nesta nossa pesquisa, a utilização de métricas demográficas pouco efeito produziriam, uma vez que o que mais nos interessa é reconhecer a existência dos imigrantes pendulares e não quantificá-los.

Neste aspecto, ainda sob o prisma do debate da metodologia aplicada aos estudos migratórios, há que considerar as formas como as sociedades locais impõem níveis de autorizações a eles, em especial quanto à sua presença nas atividades ligadas direta ou indiretamente ao comércio. Este é um dos mais fortes elementos de fixação do imigrante, notadamente em região de fronteira. Nesses estudos devemos que estar atentos a uma dualidade: por um lado, a condição imigrante, em particular o pendular, é caracterizada pela precariedade legal e política do indivíduo; e por outro, o comércio auxilia na solução, ao menos parcial, deste

⁴ MINAYO, M. C.; SANCHES, O. Quantitativo-Qualitativo: Oposição ou Complementaridade? In: Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 09, n. 03, p. 246.

⁵ SAYAD, A. A Imigração: ou os paradoxos da auteridade. Trad. De Cristina Murachco. São Paulo, Edusp, 1998.

problema, porém com a exigência de que o idioma e a cultural, por exemplo, sejam apreendidos pelo imigrante⁶.

Por não haver metodologias consagradas, tanto para a imigração quanto para a fronteira, nossos estudos são balizados por ensinamento trazido por Edward Said, no qual recomenda ao investigador que se atente ao *preparo estratégico* e à *posição estratégica* que devem ter em relação ao objeto e aos sujeitos da pesquisa. Por *preparo estratégico*, nos esclarece a necessidade de encontrar na literatura disponível os referenciais críticos que o prepararão. Seguindo este raciocínio, nossa metodologia se principiou na revisão bibliográfica, onde esperamos encontrar substanciais colaborações para desenvolver nossos estudos, em especial no tocante aos conceitos a respeito de fronteira e imigração. No que concerne à *posição estratégica*, as observações, as análises, portanto, os entendimentos a serem construídos a respeito de determinado objeto, dependem da qualificação da posição em que o pesquisador se encontra⁷.

1. Imigrantes pendulares e fronteira.

Os anos 2000 começaram com fortes sinais de que as crises herdadas do século anterior ainda estão por ser resolvidas. Dentre elas, destacaremos neste artigo, a migração internacional, que aqui chamaremos por imigrações. Trata-se de um dos fenômenos demográficos mais antigos da humanidade e que, a exemplo de períodos anteriores, não passa imune às repercussões nem às intenções dos estados e sociedades que os recebem. São muito análogas as condições do imigrante e da fronteira. Portadores de internacionalidades, repositórios de alegações sobre ilegalidades e tensas pautas nas conversas e deliberações nas mais variadas esferas governamentais, tais categorias, mesmo sendo assimétricas, guardam muitas conjunções. Podemos afirmar que tais categorias compõem, de maneira binária, uma das maximizações do entendimento do Estado e da formação de uma nação.

A migração internacional possui, ao menos, duas ordens nacionais, umbilicalmente ligadas às nações de origem e de destino. Analisada por esse prisma, a imigração “(...) pode então ser definida como a presença no seio da ordem nacional, de indivíduos não-nacionais, e a emigração, por simetria, com ausência da ordem nacional de nacionais pertencentes a essa ordem”⁸. O imigrante é, portanto, um dos componentes estéticos da sociedade receptora, e que aparece em diversos momentos, especialmente, no tocante aos sentidos jurídicos e políticos que sua posição na hierarquia social, notadamente inferior, aflora.

Entendemos que, tanto o imigrante quanto a fronteira, sejam a materialização de soluções encontradas. Portanto, problemas existiram antes de suas existências: as motivações para a saída da terra natal, no caso do imigrante; e a formalização territorial da nação, no caso da fronteira. Ou seja, se um existe a partir da deliberação de tornar-se ausente da nação de origem, a outra surgiu como

⁶ OLIVEIRA, M. A. M. Imigrantes em Região de Fronteira: uma condição infernal. In: OLIVEIRA, M. A. M. (org.). Guerras e Imigrações. Campo Grande, Editora da UFMS, 2004, p. 195-197.

⁷ SAID, E. Orientalismo. São Paulo, Cia das Letras, 1998.

⁸ SAYAD, A. A Imigração: ou os paradoxos da auteridade. Trad. De Cristina Murachco. São Paulo, Edusp, 1998, p. 266.

resolução de conflitos no século XV, na Europa⁹. Vale ressaltar que a emigração, qualidade do imigrante, apenas se efetiva quando a fronteira, enquanto obstáculo ou instância, pode ser ultrapassada. Assim, reconhecemos a fronteira como um local privilegiado para os estudos sobre imigração, isto porque é nessa instância que o processo se efetiva. Ou seja, é na fronteira que o sujeito sai de um país para entrar em outro, tornando-se uma pessoa internacionalizada, submetida às legislações e aos controles por parte de órgãos e autoridades das forças estatais.

Para melhor compreensão dos nossos estudos, é importante que façamos algumas considerações que julgamos muito importantes a respeito da distinção entre limites e fronteira. Entendemos que a fronteira diferencia-se dos limites internacionais, principalmente, no sentido de que a primeira é palco de vivências, experiências, conflitos e trocas, enquanto que o segundo é a linha que divide, fruto de acordos internacionais¹⁰. Desta forma, Adotamos a compreensão de que fronteira e limites não são sinônimos, nem no sentido político¹¹.

Ambas as categorias, imigrante e fronteira, possuem diversos aspectos em comum e têm sido objeto de estudos em diversos grupos de pesquisa no Brasil e em outros países. No nosso caso, a junção entre tais categorias implica, metodologicamente, na realização de análises sobre os conceitos que as abrange no sentido de destacar como a presença daqueles sujeitos acarreta transformações naquele espaço, em especial os imigrantes pendulares.

Entendemos que seja importante observar que Michel Foucher conceitua a fronteira como uma descontinuidade geopolítica com a marcação de real, simbólica e imaginária. Para este autor, a função real estaria no limite espacial, onde ocorre o exercício de uma soberania em seus próprios termos: aberto, entreaberto ou fechado. A referência simbólica condiz com a participação em uma comunidade política inscrita numa jurisdição que é a sua; que se refere à identidade. O imaginário conota relação com o Outro, vizinho, amigo ou inimigo, então a relação a si mesmo, a sua própria história e seus mitos, incluindo os destrutivos¹².

É importante observar que tal conceituação amplia a noção de fronteira, uma vez que a questão da sua localização, em seus sentidos simbólicos e imaginários, ganha contornos muito mais complexos do que aqueles normalmente notados através das linhas demarcatórias, fruto de diversas histórias envolvendo as nações. Desta maneira, ainda para Foucher, o método analítico deve considerar a necessidade de reconstruir o que levou aos traços identificados pelo pesquisador no primeiro momento, ou seja: a geografia, a história, a economia, por exemplo, são campos do saber que devem estar prementes na investigação sobre a fronteira¹³. Em outras palavras, além do sentido polissêmico, a fronteira possui a interdisciplinaridade como constituinte de sua análise.

Desta forma, as estratégias dos imigrantes estão relacionadas aos tipos e funcionalidades administrativas que na fronteira operam. Alguns estudos sobre imigrações pendulares indicam tais estratégias com que esses indivíduos têm que

⁹ VIEIRA DE JESUS, D. S. O baile do monstro: O mito da Paz de Vestfália na história das relações internacionais modernas. In: História (UNESP), São Paulo, vol. 29, n. 02, pp. 221-232.

¹⁰ MACHADO, L. O. Limites, Fronteiras, Redes. In: T.M.Strohaecker et alli (orgs.). Fronteiras e Espaço Global, AGB-Porto Alegre, Porto Alegre, 1998, p.42.

¹¹ OLIVEIRA, M. A. M.; CAMPOS, D. L. Imigrações e Instituições de Fronteira:: Bolivianos em Corumbá, MS. In: Revista Direitos Culturais. V. 10, n. 20, 2015, p. 50.

¹² FOUCHER, M. Fronts et Frontières. Paris, Fayard, 1991, p. 38.

¹³ Idem, p. 40.

lidar para melhor manipular dificuldades, em especial as ligadas à questão documental, portanto, envolvendo direitos sociais¹⁴. Os mesmos autores observam a existência do semi-retornado como uma espécie de codinome ao imigrante pendular e que acaba por inseri-los em uma complexa situação de perdas de direitos em ambos os países, uma vez que em sua terra natal ele não é mais considerado pleno cidadão, nem pelo Estado, nem por parte da sociedade. O imigrante é um ser em permanente conflito, principalmente, no tocante à ideia do retorno, que Sayad denominou como uma ilusão¹⁵.

Diversos são os estudos sobre migrações pendulares, contudo são, quase na totalidade, centrados em regiões metropolitanas fora da região de fronteira. Alguns estudiosos ao tratarem da temática em região de fronteira desconsideram o trabalho informal como elemento de análise uma vez que não há “mudança de domicílio”¹⁶. Outros delineiam o movimento pendular em região de fronteira a partir de um prisma que o imprime características sazonais: abertura e fechamento de fronteira, crise e apogeu econômico, guerra e paz e o ambiente político nacional (xenofobia, pressões de grupos, eleições, etc.)¹⁷.

Tratamos aqui por imigrantes pendulares aqueles que habitam em região de fronteira, em um dos países que a compõem, e trabalham e/ou estudam no outro país, retornando para seus lares, dando a esse movimento sentido cotidiano. Desta forma, importante observar que o imigrante pendular possui o privilégio de retornar por completo ao seu país de origem na medida em que suas capacidades laborais ou o enfretamento de crises inviabilizam sua permanência no país hospedeiro¹⁸. Os imigrantes pendulares são, via de regra, sujeitos excluídos de políticas sociais em ambos os países, pois, ainda de acordo com Alvarez:

Os que realizam migração pendular internacional por motivos laborais em sua maior parte trabalham na informalidade, sem carteira de trabalho e sem cobertura previdenciária. Este movimento pendular está associado aos enclaves transnacionais e expressa a contradição entre a informalidade e flexibilização destes enclaves transnacionais e as políticas nacionais e regionais de seguridade social¹⁹.

O imigrante pendular, na maioria das vezes, está diretamente relacionado, no contexto fronteiriço, à persistência de assimetrias salariais. Isso ficou evidente em diversos momentos de nossa pesquisa. Todavia, notabilizou-se também a existência de estudantes, profissionais liberais e empreendedores pendulares.

¹⁴ HASS, H. de; FOKKEMA, T. Intra-Household Conflicts in Migration Decision making: Return and Pendulum Migration in Morocco. In: Population and Development Review, v. 36, n. 3, 2010, pp. 541-561.

¹⁵ SAYAD, A. 1998.

¹⁶ MOURA, R.; CARDOSO, N. Mobilidade Transfronteiriça: o ir e vir na fronteira do possível. In: Anais Encontros Nacionais da ANPUR, 2013, v. 15, pp. 09-10.

¹⁷ DURANT, J. Tres Premisas para entender y explicar la migración México-Estados Unidos. In: Relaciones, 2000, v. 83, n. 21, p. 22.

¹⁸ ALVAREZ, G. Trabalhadores migrantes nas fronteiras do Brasil com os países do MERCOSUL. s/d, s/e, pp. 01-17. Disponível em http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%201/gabriel%20alvarez.pdf Acessado em 22 de fevereiro de 2017. P. 05.

¹⁹ Idem, p. 07.

2. Um estudo de caso em Corumbá, MS

2.1. Lócus da pesquisa: fronteira com a Bolívia

O Estado de Mato Grosso do Sul, situado na Região Centro Oeste brasileira, faz fronteira com a Bolívia e o Paraguai, e dos seus 79 (setenta e nove) municípios, 44 (quarenta e quatro) estão em Faixa de Fronteira, e dentre eles está Corumbá. A fronteira em que se localiza esta cidade foi formada a partir de um longo processo histórico que envolveu diversos conflitos entre as coroas ibéricas e, em dados momentos, inclusive com os jesuítas. Seja pela posse da terra, e de seus recursos naturais, seja na questão indígena, o que pautou em diversos momentos essa história foram os choques entre as frentes europeias que ali buscavam efetivar suas práticas de colonização²⁰. Tais iniciativas são decorrentes da inaplicabilidade do Tratado de Tordesilhas (1494), que levou ao Tratado de Madrid, de 1750, que redefiniu os limites entre as respectivas coroas na América do Sul²¹.

Esse município é o único do Brasil a fazer fronteira com aqueles dois países. Seu sítio urbano está à margem direita do rio Paraguai, importante elo, do passado e do presente, com os demais países da Bacia Platina. A fronteira em estudo ganha destaque, também, por sua posição central no seu envolvimento com as outras três cidades que a compõe, Ladário no lado brasileiro e as bolivianas Puerto Suarez e Puerto Quijarro. A distância entre o centro de Corumbá e a linha de limite internacional com a Bolívia é de cinco quilômetros, sendo a principal ligação feita por via pavimentada. Há que se reconhecer que essa fronteira está servida de órgãos de fiscalização e controle, uma vez que a rodovia que liga Corumbá a Bolívia possui um posto da Polícia Rodoviária Federal e, um pouco mais adiante, um complexo fiscalizador composto pela Receita Federal e pela Polícia Federal, conhecido como Posto Esdras.

Trata-se de uma conurbação cujo conjunto de cidades possui uma população estimada de 170 (cento e setenta) mil habitantes, estando Corumbá no seu centro dinâmico, com um pouco mais de 100 (cem) mil daqueles. Isso, inclusive no que diz respeito às distribuições de atividades econômicas e profissionais. É uma fronteira conectada, entre si e com o restante do mundo, por quatro moldais: fluvial, rodoviário, aéreo e ferroviário, embora estes últimos estejam com funcionalidades muito limitadas. Tais características potencializaram a porosidade que parece ser intrínseca a ela, por exemplo, através das chamadas “cabriteiras”, estradas vicinais que interligam assentamentos e fortalecem elos fronteiriços nos circuitos legais e ilegais.

Corumbá possui diversas peculiaridades, algumas próprias das regiões de fronteira, que a torna uma localidade privilegiada, quando comparada a outras regiões do Brasil. E, dentre as diversas características, destacamos a presença imigrante que, em nosso entendimento, construiu diversos dos traços da sociedade daquela cidade. E, para compreender a importância que os imigrantes, notadamente neste estudo, os bolivianos, exercem em Corumbá, é necessário que entendamos o processo de construção de correntes imigratórias.

A presença de bolivianos na região em estudo não é recente. Estudos apontam que após a expulsão dos Jesuítas, no século XVIII, diversos grupos de

²⁰ ESSELIN, P. A Gênese de Corumbá. Campo Grande, Editora da UFMS, 1998.

²¹ Idem.

Chiquitano passaram a ser alvo de cobiça de espanhóis e portugueses pela sua apropriação, uma vez que estavam treinado para o cultivo, criação de animais e comércio²². Um dos resultados deste processo foi a criação de povoados em diversos lugares, entre eles nas proximidades de Corumbá.

Por fazer parte da Bacia Platina, após a Guerra do Paraguai (1864-1870), tornou-se importante centro atrativo de estrangeiros, devido aos estímulos dados pelo Império. Para lá se deslocaram imigrantes de variadas nacionalidades, como: italianos, portugueses, espanhóis, franceses, sírios, libaneses entre outras²³. Desse processo, são notáveis diversos vestígios esparramados pelo seu casario do porto, prédios do centro da cidade, cemitério, calçadas, etc. Após a acomodação desses imigrantes na cidade, e a consequente ascensão social de parte considerável deles, a partir dos anos 1950, Corumbá experimentou um ciclo de desenvolvimento econômico impressionante, com a instalação de diversas indústrias, cujos proprietários eram, predominantemente, imigrantes. Ainda na segunda metade do século XX, com o dinamismo trazido pela construção da ferrovia, nos anos 1940 e 1950, em direção à Santa Cruz de la Sierra, Bolívia, intensificou-se a construção de relações com os vizinhos bolivianos²⁴. Conforme foi possível observar em levantamento prévio junto a diversos desses imigrantes, muitos vieram daquele país para trabalhar nas obras da ferrovia, mas, também, para ocupar-se em outras tarefas no comércio, serviços e construção civil. Esta nova fase da história das correntes migratórias em direção a Corumbá trouxe diversas consequências como o matrimônio, um de seus exemplos mais expressivos. Ainda em meados dos anos 1950 começaram a chegar àquela cidade imigrantes palestinos expulsos de sua terra natal após a ocupação de Israel em 1948²⁵. O comércio, que nesta cidade constituiu-se como prática dominante entre os imigrantes vindos do Oriente Médio, passou a ganhar novos contornos dinâmicos a partir da chegada dos palestinos, inserindo-os em uma aproximação com os vizinhos bolivianos que antes eram ínfimas ou desinteressantes para outros grupos de comerciantes²⁶.

Com esse breve histórico, é possível notar que Corumbá foi construída em grande parte por imigrantes, e sua condição de fronteira oportunizou a inserção considerável desses grupos em sua sociedade, incluindo os bolivianos, especialmente a partir dos anos 1960 através do comércio. Esta é uma atividade que em outros momentos também chancelou o ingresso de outros grupos de imigrantes naquela cidade, como os sírios e libaneses, por exemplo, ao final do século XIX²⁷. É sabido o quanto o comércio define dinâmicas e sociabiliza²⁸ e sua importância

²² OLIVEIRA, C. R. Migrações e práticas comerciais na fronteira luso-espanhola: O caso do povo Chiquitano (1750-1780). Dissertação de Mestrado em Estudos Fronteiriços, Campus do Pantanal, UFMS, 2014.

²³ OLIVEIRA, M. A. M.; JUNQUEIRA, N. M. Representações sociais de sírios e libaneses em Corumbá, MS: comércio, casamento e cemitério. In: Revista Território y Transporte, Buenos Aires, 15, 2016, pp. 388-403.

²⁴ OLIVEIRA, M. A. M. Tempo, Fronteira e Imigrante: um lugar e suas “inexistências”. In: OLIVEIRA, Tito C. M. (org.) Território sem Limites: estudos sobre fronteiras. Campo Grande, Editora da UFMS, 2005, PP. 349-358.

²⁵ OLIVEIRA, M. A. M. 2004, PP. 189-203.

²⁶ OLIVEIRA, M. A. M. 2005, PP. 349-358.

²⁷ OLIVEIRA, M. A. M. O Mais Importante era a Raça: Sírios e Libaneses na Política em Campo Grande, MS. F. F. L. C. H., USP, 2001. Tese de Doutorado.

²⁸ WEBER, M. História Geral da Economia. Trad. Calógeras Pajuaba. Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, pp. 280-322.

quando de sua incorporação pelos imigrantes, por exemplo. Porém, ainda é pouco estudado o comércio como categoria de análise capaz de garantir sociabilidades aos imigrantes em região de fronteira.

Aquela distinção entre limites e fronteiras pode ser verificada em diversas circunstâncias naquela cidade, como, por exemplo, a frequência com que constatamos a existência de imigrações pendulares na fronteira que envolve Corumbá. Notamos o fluxo diário de pessoas que trabalham, estudam e/ou empreendem na Bolívia e retornam aos seus lares no Brasil. Da mesma maneira, isso ocorre no sentido inverso. É de relativa facilidade constatar que esses imigrantes pendulares fazem uso dos recursos que a vida de fronteira proporciona para adequarem-se às normas e leis impostas pela existência dos limites internacionais. Falamos aqui de braçais que trabalham com changa, caminhoneiros, comerciantes, feirantes, ambulantes, estudantes, entre outros, que cruzam o limite, senão diariamente, entre o Brasil e a Bolívia para trabalhar, fazer seus negócios e estudar. E, seguindo a marcação feita por Foucher, essa fronteira é do tipo aberta, o que facilita o fluxo cotidiano e rotineiro de pessoas e mercadorias.

A fronteira em estudo apresenta a distinção entre limites e fronteiras desde tempos mais remotos. Parte de sua população fez e faz uso desta diferenciação, como por exemplo, os cativos que fugiam da escravidão, buscando liberdade em território vizinho²⁹, manipulando o espaço de tal forma que a legislação esbarrava no limite, enquanto que a liberdade estava na fronteira. Considerando as atualizações que o tempo impõe e os interesses que cada grupo social possui, tal manipulação é recurso até a atualidade, como no caso dos feirantes que vendem roupas usadas nas feiras livres de Corumbá, legitimando suas atividades, uma vez que na Bolívia tal prática é encarada como delito, uma vez que os materiais comercializados são fruto de doações de outros países³⁰.

O imigrante pendular não faz uso apenas da vivência fronteiriça para realizar seus negócios, também se utiliza de equipamentos urbanos no país vizinho, muitas vezes reivindicado pelos nacionais daquele país em que atua profissionalmente, como: saúde, educação, trânsito, etc. Sua presença é destacada em periódicos de maneira pejorativa, como em uma matéria de jornal corumbaense:

Assim como todas as cidades fronteiriças da nação, Corumbá apresenta dificuldades típicas de região onde o limite entre o Brasil e o país vizinho é bastante pequeno. As culturas se misturam; os costumes e a linguagem se adequam. Mas usufruir dos benefícios ofertados pelo tributo que cada cidadão paga no seu país é algo exclusivo dos que contribuem para o crescimento de cada nação. No entanto, alguns serviços, como o atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), podem ser usufruídos por estrangeiros que não residem no Brasil, em casos emergenciais. Através da Santa Casa, Corumbá atende não apenas a sua população de aproximadamente 108 mil habitantes, mas à cidade de Ladário, com cerca de 20 mil moradores, e estrangeiros vindos de diversas partes do mundo, já que é uma cidade de fronteira aberta. Nesse contexto, bolivianos são os que mais usufruem dos

²⁹ MAIA, M. C. Um Marco para a Liberdade: “PEDRA BRANCA”. Cativos na Fronteira de Corumbá (BR)/Puerto Suarez (BO) (Século XIX). Dissertação de Mestrado, Mestrado em Estudos Fronteiriços, Campus do Pantanal, UFMS, 2014, pp. 68-86.

³⁰ FERREIRA, F. L. “BRECHÓ FRONTEIRIÇO”: A COMERCIALIZAÇÃO DE ROUPAS USADAS NAS FEIRAS LIVRES DE CORUMBÁ (BR). Dissertação de Mestrado, Mestrado em Estudos Fronteiriços, UFMS, 2014.

atendimentos da Santa Casa, pois cerca de 90% dos estrangeiros atendidos no único hospital público da região vieram do país vizinho.³¹

Destacamos nesta matéria um comentário que corroborava com a ideia exposta, como podemos verificar abaixo:

E nós brasileiros se vamos lá. Passear temos que pagar pedágio. Se vamos colocar gasolina é mais cara somente pra brasileiros diga se de passagem. Se vamos comprar alguma coisa e em dólar.....enquanto eles enchem o peito e dizem tenho meus direitos. É pra acabar né. Ta na hora de colocar um pedágio somente pra eles. Cobrar as vagas nas creches, cobrar internações e consultas. Afinal quem paga os impostos aqui somos nós. Eles so vendem aqui e nao contribuem com nada.³²

Em nossas incursões pela cidade, pudemos verificar que tais manifestações são expressas em diversos lugares, desde os mais comuns, como pontos de ônibus, bares, restaurantes, etc., até onde se poderia imaginar como espaços diferenciados da cidadania, como escolas e universidades. A reação ruidosa à presença de imigrantes, em especial os pendulares, não é uma exclusividade dos bolivianos em Corumbá, podemos citar como exemplo os coreanos em Los Angeles, EUA³³ e os africanos em Turku, Finlândia³⁴, embora saibamos que a lista seja muita mais extensa.

2.2. Presença boliviana no comércio em Corumbá: políticas e repercussões

A presença de bolivianos no comércio em Corumbá é notável em barracas de feiras livres, diversos pontos comerciais fixos e, também, nas calçadas em vários locais da cidade. E, em um dos espaços ocupados por eles era a Feira Brasbol, localizada ao lado do Cemitério Santa Cruz, no centro da cidade, que estava instalada até 2013. Tratava-se de uma espécie de camelódromo, conhecida pela população como “feirinha”, e que comercializava os mais diversos produtos como: roupas, aparelhos eletrônicos, alimentos, calçados, etc. Foi um espaço que teve ao longo de sua existência diversas ações de autoridades fiscalizadoras visando coibir o comércio de produtos de origem ilícita. Os comerciantes, em sua imensa maioria composta por bolivianos, alinhavavam suas relações na cidade, delineando sua existência entre o legal e o ilegal³⁵.

Naquele ano, por iniciativa da Prefeitura Municipal de Corumbá ocorreu em 16 de maio o fechamento das atividades na Brasbol. Essa medida produziu fortes impactos na cidade, seja no âmbito empresarial, aqui contando suas representações como a Associação Comercial e Industrial de Corumbá (ACIC), seja no social, através de queixas de diversos consumidores, em especial quanto à perda de

³¹ Pacientes bolivianos sobrecarregam atendimento no hospital de Corumbá. Disponível em <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=83168> (acessado em 23 de fevereiro de 2017)

³² Idem.

³³ KIM, N. *Imperial Citizens: Koreans and race from Seoul to LA*. Stanford University Press, Stanford, 2008.

³⁴

³⁵ COSTA, G. V. L. A Feira Bras-Bol em Corumbá (MS): notas sobre o comércio informal na fronteira Brasil-Bolívia. In: *Contemporânea*, v. 3, n. 2, p. 468.

mobilidade para adquirir produtos com menores preços. No dia seguinte, por exemplo, a ACIC provou reunião para debater e tomar posição quanto ao fechamento das atividades daquela feira. Em reportagem no sítio do jornal Diarionline, versão digital do Diário de Corumbá, foi noticiado que:

A Associação Comercial e Empresarial de Corumbá (ACIC) promoveu no final da tarde desta sexta-feira, 17 de maio, uma manifestação de apoio à decisão da Prefeitura de interditar a feirinha Brasbol que funciona há 18 anos em instalações atrás do Cemitério Santa Cruz. A iniciativa da ACIC reuniu comerciantes de diversos segmentos econômicos da cidade.³⁶

Dentre outras repercussões podemos destacar os comentários que são postados após o noticiário de fechamento das atividades da Brasbol. Em um deles o leitor afirma:

NA MINHA OPNIÃO A FEIRA NÃO DEVE VOLTAR MAIS.OS BOLIVIANOS NÃO VÃO PAGAR OS IMPOSTOS,ASSIM COMO O FAZEM OS COMERCIANTES BRASILEIROS,QUE NÃO É BARATO!ACHO QUE É ERRADO DEIXAR QUE SE PASSE TANTAS MERCADORIAS,TUDO ISSO SEM NENHUMA FISCALIZAÇÃO!!! AÍ SE VENDE AQUIE SEM PAGAR UM CENTAVO DE IMPOSTOS!! E O MUNICIPIO ESTÁ LITERALMENTE TOMADO POR BOLIVIANOS...NAS ESCOLAS,NO HOSPITAL,ALUGAM CASAS,ENFIM...RESUMINDO:ACHO QUE O PREFEITO ESTÁ CERTO,MAS ACHO QUE A DECISÃO DEVE SER DE ACABAR COM ESSA FEIRA.³⁷

Em outro, a leitora pondera:

personalmente me parece justo que la feria vuelva a funcionar con reglamento y normas de acuerdo a brasil ya q es en ese lugar que se da el trabajo para los bolivianos y no se deberia de juzgar a todos por igual o dela misma manera q a otros no generalicen ni etiqueten a las personas porq no todos somos iguales vivimos con una diversidad grande en el mundo y si hay muchos bolivianos en corumba como tambien brasileiros en santa cruz estudiando en las universidades, trabajando en hospitales y arquilando casa para vivir etc. si todo se realiza con regulidad no creo q dañe y afecte a nadie y doy gracias por brindar una oportunidad mas a nosotros los bolivianos en nuestros hermanos paises vivamos de una forma tranquila sin rencor sin remordimiento y discriminacion todos somos iguales sin importar cargos o profesion.³⁸

Havia a hipótese de que o fechamento das atividades da Brasbol tivesse provocado algum tipo de rejeição junto aos comerciantes bolivianos pendulares ou não, inclusive em sua circunvizinhança. Ou, ainda, se aquela iniciativa da Prefeitura teria causado danos maiores nos relacionamentos comerciais e interpessoais que eles possuíam em seus ambientes cotidianos. Isso se justificava pelas demonstrações de

³⁶ Em reunião, ACIC reforça apoio à interdição da Brasbol. Disponível em <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=58107> (Acessado em 14 de dezembro de 2016)

³⁷ <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=58185> (acessado em 14 de dezembro de 2016)

³⁸ Idem.

intolerância e preconceito que parcela da população daquela cidade manifestou e manifesta quanto à presença desses imigrantes. Exemplo disso está em alguns muros da cidade, em que encontramos pichações com dizeres do tipo: “Fuera Collas”; “Muro na Fronteira”; “Evo Comédia”; e, “Fora Bolivianos”. Tal conjectura foi parcialmente comprovada em nossos trabalhos de campo, o que nos levou a entender que frações da sociedade se sentiram afetadas positivamente pela medida da Prefeitura. Isso se configuraria em uma espécie de luta simbólica travada no veredito da ação judicial, no caso transfigurada pela política, na qual tenderia a corresponder ao abismo entre os que possuem competências técnicas e sociais profundamente desiguais e os que estão sujeitos à jurisdição que diz respeito³⁹. O componente político, portanto, reafirma esse abismo, uma vez que o fosso a nos referimos está, também, localizado na concentração do capital político em contraponto e os que são simples aderentes dela (Idem, 1989, p. 164). Pudemos constatar que o fechamento das atividades da Brasbol teve muito mais efeito político para determinadas camadas do que prático no ordenamento da cidade.

2.3. Imigrantes pendulares: condições peculiares

O ponto da pesquisa que trata especificamente de imigrantes pendulares em Corumbá está localizado no bairro Popular Nova. Este local foi escolhido por haver concentração expressiva de pequenos comerciantes varejistas, sendo, neste caso, imigrantes de origem boliviana. São notadamente comerciantes microempresários, instalados, grande parte das vezes, em pequenas garagens ou pontos comerciais alugados. Nesses locais são comercializados diversos produtos entre alimentos industrializados, frutas e verduras, materiais de limpeza e roupas, principal produto. Trabalhamos diretamente com esse grupo que mantêm comércio ativo e que importam produtos para o Brasil e os comercializam na região em estudo. Muitas das abordagens demonstraram que possuem famílias, inclusive com filhos brasileiros. Nas entrevistas pudemos observar as relações de poder, ordem, fiscalização e repressão, com que vivem essas pessoas, retratando percepções sobre a fronteira vivenciada.

O bairro Popular Nova localiza-se na chamada “parte alta” de Corumbá, e que cumpre função de conexão e ligação entre o centro e os bairros da região sul. Nesta localidade encontra-se grande fluxo de pessoas, além de diversas pequenas lojas de variedades a preços populares, salões de beleza, escolas, pequenos restaurantes, igrejas, borracharia, consultório odontológico e residências. Portanto, local privilegiado para a movimentação social e comercial da cidade. Este ambiente se tornou palco de comércio popular, também, por manter um mercado de maior variedade e opções para população local e de bairros próximos. Trata-se de uma filial de rede de supermercados conhecida na cidade, o que facilita a muitos moradores de outros lugares próximos usufruírem não somente deste estabelecimento, mas do comércio que se estende pelas ruas próximas.

No correr desta pesquisa, por diversas vezes, fizemos visitas e observações naquele bairro. Também abordamos distintas pessoas como trabalhadores, comerciantes, donos de pequenos estabelecimentos alugados por moradores ou outros proprietários e pessoas frequentadoras desses pequenos comércios. Nessas

³⁹ BOURDIEU, P. O Poder Simbólico. Trad. de Fernando Tomaz. Rio, Bertand Brasil, 1989, pp. 209-254.

abordagens pudemos perceber que o comércio exercido por bolivianos possui dupla visão por parte da população. Primeiramente, com forte reforço midiático, há queixas de sua presença, uma vez que “sendo informal, não gera tributos”. Tal visão é reforçada pela acusação de que esses comerciantes estariam oferecendo além de produtos facilmente visíveis, outros de origens do tráfico de armas e drogas. Se existe tal visão estereotipada de comércio exercido por bolivianos, por um lado, por outro percebemos que há aproximações motivadas, principalmente, pela mercadoria, mas, também, sustentada pelos contatos e cercanias que o comércio propicia. Em diversas abordagens foi constatada, por parte da vizinhança, a proximidade, bem como a solidariedade, como é possível verificar nos exemplos que traremos a partir de nossas coletas em campo.

Ilustraremos este artigo com três imigrantes pendulares que, em nossa opinião, sintetizam os dramas vividos que perpassam pela falta de documentação, pela existência de redes de solidariedade desses grupos sociais e pelas estratégias que eles adotam no fluxo cotidiano quanto à sua legalidade e de suas mercadorias. O primeiro caso é de J. A. M. U., 38 anos, nascida em Puerto Suarez, mora em Puerto Quijarro, possui loja em Corumbá, casada com boliviano, não possui filhos. Ou seja, trabalha durante o dia no Brasil e se dirige para a Bolívia, diariamente, no início da noite. Possui ponto comercial no qual vende, principalmente, roupas e brinquedos. O espaço em que atua é de dimensões modestas, com aproximadamente seis metros quadrados, onde as mercadorias são dispostas organizadamente. Sua clientela é basicamente de vizinhos e transeuntes. Embora J. A. M. U. não tenha informado a procedência de suas mercadorias, em nossas observações ficou evidente que se tratava de produtos trazidos da Bolívia. Não trabalha com oferecimento de crédito, negociando apenas à vista. Considera que suas atividades são suficientes para sustentá-la. Mesmo não tendo informado o tempo em que atua na localidade, afirmou que as relações de vizinhanças são recentes para que possa avaliar o grau de importância para o seu comércio. Avalia a falta de documentação um problema menor perante as dificuldades em obter documentos no Brasil, principalmente, quanto aos valores das taxas cobradas pela Polícia Federal.

Os receios de J. A. M. U. quanto à fiscalização são atenuados por uma espécie de rede que inclui parentes e amigos da mesma origem. A existência de redes é um importante passo em direção aos estudos sobre imigrantes em região de fronteira, bem como para a compreensão da gênese do Circuito em Corumbá. Para tanto, primeiramente, é necessário que entendamos que:

Ainda que vislumbradas como mero instrumento de pesquisa ou método de análise, no fundo a perspectiva de redes tenta explicar como são forjadas as relações sociais. Aplicadas aos fenômenos migratórios, aposta-se que as redes fornecem contextos sociais de referência para o indivíduo que deseja emigrar, tornando-se assim um instrumento valioso para estudar a ação social, já que elas são capazes de condicionar comportamentos.⁴⁰

Desta forma, a necessidade de entender o estabelecimento e o funcionamento de redes de imigrantes é muito relevante, ainda mais se considerarmos o fator fronteira como estabilizador, ou não, das construções de tais redes. No caso de nossos estudos, a presença maciça de bolivianos nos processos

⁴⁰ TRUZZI, Oswaldo. Redes em Processos Migratórios. In: Tempo Social, jun. de 2008, p. 208.

imigratórios pode nos levar a alguns questionamentos importantes, como: por que, mesmo em tempos de crise, os fluxos migratórios daquela nacionalidade não cessam ou esmorecem? Com respeito a essa questão, a existência de redes pode ser um valioso instrumental em busca da resposta, como nos esclarece o mesmo autor:

O enfoque [em redes] pode esclarecer por que em muitas ocasiões determinados fluxos migratórios se estendem ou se perpetuam, mesmo quando mudanças nas condições econômicas ou políticas (tanto na origem como no destino) em tese deveria refreá-los. Isso ocorre porque as redes migratórias podem se tornar auto-alimentadoras: cada novo migrante reduz o custo de migrações subsequentes para o conjunto de seus amigos e parentes, de modo que alguns destes são, portanto, induzidos a emigrar, o que amplia, por sua vez, o conjunto de indivíduos com vínculos no exterior.⁴¹

Entendemos que a construção de redes configura-se como a mais importante estratégia de sobrevivência do imigrante. Elas são estabelecidas a partir de uma combinação complexa de fatores que estão na vida na nova terra, como: matrimônio, trabalho, amizades, interações linguísticas, etc. As redes são as formas mais elaboradas que os imigrantes constroem no país de destino⁴², uma vez que envolve desde as questões laborais, e todas suas inerentes complexidades, inclusive o reconhecimento de onde provém o envio de recursos para a terra natal, até a construção de espaços de resistência cultural, como os clubes, por exemplo.

Desta forma, um dos pontos que mais chamou a atenção, além da apreensão que sentiram em ser entrevistados por alguém que poderia estar fiscalizando sua rotina a fim de apreender suas mercadorias por não obterem registro, é a existência de redes de solidariedade. Exemplo disso é o fato de que J. A. M. U. tem uma prima que é comerciante vizinha a ela. Trata-se de D. U., 53 anos, comerciante, boliviana, nascida em Puerto Suarez, casada com brasileiro, tendo três filhas, todas nascidas em Corumbá, cidade em que reside. De acordo com seu depoimento, seu comércio está formalizado desde o princípio das atividades, cerca de seis anos. Possui, ainda, salão de beleza, também formalizado, e que antecedeu ao comércio. As origens de suas mercadorias estão divididas em dois grupos: os produtos cosméticos são, na maioria, de origem brasileira; enquanto que as de vestuário são, na totalidade, trazidas da Bolívia. Além do comércio fixo, D. U. também vendem nas casas dos fregueses, oferecendo crédito. Por estar documentada, afirma não ter sofrido qualquer tipo de penalidade por parte dos órgãos de fiscalização em razão de suas atividades. Considera a vizinhança importante, porém seus maiores ganhos estão como ambulante. Entende que é muito importante passar a J. A. M. U. diversos ensinamentos quanto à forma como “os brasileiros lidam com os bolivianos, principalmente, aqueles que não têm documentos”.

Em Corumbá ocorrem feiras livres diariamente, sendo que no bairro Popular Nova elas acontecem às terças-feiras. Ali entrevistamos nossa segunda ilustração, trata-se de W., 27 anos, nascida em Sucre, moradora de Puerto Quijarro há 12 anos, e dos quais, 05 anos trabalha naquela feira. Primeiramente, sua atuação era como funcionária de outra feirante boliviana, que lhe passou o ponto 03 anos

⁴¹ Idem, p. 209.

⁴² SAYAD, A. O retorno: elemento constitutivo da condição do imigrante. *Travessia – Revista do Migrante*, São Paulo, Centro de Estudos Migratórios, n.1, especial, janeiro 2000, pp. 12-13.

atrás. Comercializa roupas e produtos eletrônicos. Solteira, tem 02 filhos, ambos nascidos na Bolívia. Além desta, atua em outras 04 feiras na cidade, e diariamente desloca-se de sua casa até o local de trabalho em uma rotina que implica em acordar às 04 da manhã e ir dormir às 09 da noite. Considera a feira do bairro em estudo como uma das que mais propicia facilidades de convivência com os moradores circunvizinhos. Afirma ganhar o suficiente para seu sustento e de sua família quando o “movimento está bom”, porém passa dificuldades quando as “vendas não andam bem”. Em seu cálculo, o fator cambial lhe é positivo, uma vez que comercializar em Reais, no Brasil, e viver em Bolivianos, na Bolívia, lhe representa ganhos uma vez que naquele país o custo de vida lhe seria menor.

De acordo com W. sua maior aspiração é documentar-se no Brasil, pois assim, acredita que diversos direitos estariam ao seu alcance e de seus filhos. Saúde, moradia, locomoção, educação e segurança estão no topo da pauta de direitos que ela enumerou como possíveis de serem adquiridos quando documentar-se no Brasil. Quando perguntada sobre o acesso a esses direitos no país vizinho, sua resposta foi esclarecedora: “lá eu sou pela metade”. Quando pedimos para que explicasse melhor essa frase, ponderou que seus filhos estudam na Bolívia, porém, graças a um intermédio de um tio, quando necessário são atendidos na rede de saúde em Corumbá. Da mesma maneira, ocorre com ela. Finalizou afirmando que “trabalhar onde não se mora e morar onde não se trabalha é como fosse dividida ao meio”.

Quanto ao acesso aos documentos, W. considera um sonho impossível adquiri-los, pois os preços cobrados são muito elevados. Avalia como muito difícil sua situação, uma vez que, por um lado, “no Brasil ganho meu sustento e na Bolívia eu moro”, e, por outro, “no Brasil tenho dificuldades por causa da falta de documentação e na Bolívia não tenho alguns direitos porque não trabalho lá”.

Nosso terceiro sujeito a ilustrar a condição pendular do imigrante é J. H., 45 anos, nascido em Puerto Suarez e morador em Puerto Quijarro. Proprietário de um pequeno van, tipo de veículo que na Bolívia é chamado por Trufi, com o qual trabalha fazendo fretes para os feirantes que atuam em Corumbá, há 05 anos. De acordo com ele, trabalha todos os dias das 05 da manhã até as 05 da tarde, sendo que, além do frete, auxilia na montagem e desmontagem de barracas e no manuseio das caixas de mercadorias. Para J. H., a fronteira permite que obtenha ganhos que em seu país não seria possível, seja no campo financeiro onde afirma ganhar o suficiente para sustentar sua família, seja no campo social, pois seus 03 filhos são nascidos no Brasil, o que lhes afere direitos que na Bolívia não estariam ao seu alcance. Possuidor do Documento Especial Fronteiriço (DEF)⁴³, argumenta o fato de não residir no Brasil por considerar o custo de vida na Bolívia mais favorável, seja em relação à água, à luz ou ao combustível que movimenta seu pequeno negócio.

Um dos pontos mais relevantes na entrevista com J. H. foi com relação às estratégias que adota para transitar pendularmente, de maneira diária, com veículo com placas bolivianas e com mercadorias trazidas daquele país. De acordo com ele, não é “nada seguro” fazer o percurso de varia de acordo com a localização da feira entre 06 e 10 quilômetros. A melhor maneira encontrada é seguir em grupos de Trufis que oscilam entre 06 e 11 veículos. Desta forma, assegura, estão mais protegidos das ações de assaltantes e das operações de fiscalização. Neste aspecto,

⁴³ Tipo de documento fruto de acordo entre Brasil e Bolívia que permite aos nacionais de ambos os países estudar, trabalhar e morar no país vizinho.

não quis detalhar o impacto positivo que essa estratégia produz, assegurando ser “melhor não dizer nada quando o assunto é sobre policiais no Brasil”.

Considerações Finais

Os estudos sobre imigrações podem ser ampliados a partir da inserção da categoria fronteira como elemento muito importante. Isso porque podemos entender a fronteira como instância na qual diversas deliberações, oficiais ou não, ocorrem no processo migratório. No caso deste artigo, uma característica muito relevante na categoria imigrante, e trazida pela proximidade geográfica que a fronteira propicia, é a que se apresenta como pendular. A existência dessa modalidade, conjugada naquele espaço, demonstra os níveis de complexidades em que tanto o imigrante quanto a fronteira estão sujeitos.

Neste artigo é possível notar que a condição pendular do imigrante é, por um lado, possibilitada e, por outro, potencializada pela fronteira, uma vez que a assimetria entre os povos conduz a severas manifestações contrárias à permanência deles em solo vizinho. Da mesma maneira, as estratégias que esses imigrantes constroem e fazem uso para adequar-se e sociabilizar-se são decorrências daquelas possibilidades e potencialidades trazidas pela vivência fronteiriça.

A questão documental do imigrante, e por decorrência o seu status, aparece em diversas situações. Ora por conta da precariedade que o imigrante está sujeito perante a autoridade, ora pelo empreendimento e pela mercadorias que estão sob seu domínio. E, seguindo os ensinamentos de Michel Foucher, é notável como, por um lado, o sentido imaginário da fronteira está presente nas falas e comentários da sociedade receptora. Isso é possível ser capturado através do discurso fundamentado na permanente ameaça que a presença imigrante, em especial a boliviana, traz à sociedade de Corumbá. E, por outro lado, os sentidos real e simbólico estão na ponta das estratégias do imigrante pendular, especialmente, nas formas como manipulam as mercadorias e se relacionam com as autoridades.

Referências

ALVAREZ, G. **Trabalhadores migrantes nas fronteiras do Brasil com os países do MERCOSUL**. s/d, s/e, pp. 01-17. Disponível em http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2001/gabriel%20alvarez.pdf Acessado em 22 de fevereiro de 2017.

BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. Rio, Bertand Brasil, 1989.

COMENTÁRIOS. Disponível em <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=58185>. Acessado em 14 de dezembro de 2016.

DURANT, J. Tres Premisas para entender y explicar la migración México-Estados Unidos. In: **Relaciones**, 2000, v. 83, n. 21, pp. 18-35.

EM REUNIÃO, ACIC REFORÇA APOIO À INTERDIÇÃO DA BRASBOL. Disponível em <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=58107> (Acessado em 14 de dezembro de 2016)

ESSELIN, P. **A Gênese de Corumbá**. Campo Grande, Editora da UFMS, 1998.

EGHAREVBA, S. Rethinking the concept of prejudice: immigrants-knowledge-based analysis in Turku, Finland. In: **International Journal of the Sociology of Law**. V. 32, n. 3, 2004, 191-221.

FOUCHER, M. **Fronts et Frontières**. Paris, Fayard, 1991.

FERREIRA, F. L. “**BRECHÓ FRONTEIRIÇO**”: **A COMERCIALIZAÇÃO DE ROUPAS USADAS NAS FEIRAS LIVRES DE CORUMBÁ (BR)**. Dissertação de Mestrado, Mestrado em Estudos Fronteiriços, UFMS, 2014.

HASS, H. de; FOKKEMA, T. Intra-Household Conflicts in Migration Decision making: Return and Pendulum Migration in Morocco. In: **Population and Development Review**, v. 36, n. 3, 2010, pp. 541-561.

KIM, N. **Imperial Citizens: Koreans and race from Seoul to LA**. Stanford University Press, Stanford, 2008.

MACHADO, L. O. Limites, Fronteiras, Redes. In: **T.M.Strohaecker et alli** (orgs.). **Fronteiras e Espaço Global**, AGB-Porto Alegre, Porto Alegre, 1998, p.41-49.

MINAYO, M. C.; SANCHES, O. Quantitativo-Qualitativo: Oposição ou Complementaridade? In: **Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro**, vol. 09, n. 03, pp. 239-262.

MOURA, R.; CARDOSO, N. Mobilidade Transfronteiriça: o ir e vir na fronteira do possível. In: **Anais Encontros Nacionais da ANPUR**, 2013, v. 15, pp. 01-17.

OLIVEIRA, C. R. **Migrações e práticas comerciais na fronteira luso-espanhola: O caso do povo Chiquitano (1750-1780)**. Dissertação de Mestrado em Estudos Fronteiriços, Campus do Pantanal, UFMS, 2014.

OLIVEIRA, M. A. M. **O Mais Importante era a Raça: Sírios e Libaneses na Política em Campo Grande**, MS. F. F. L. C. H., USP, 2001. Tese de Doutorado.

_____. Imigrantes em região de Fronteira: uma condição infernal. In: OLIVEIRA, M. A. M. (org.) **Guerras e Migrações**. Campo Grande, Editora da UFMS, 2004, PP. 189-203.

_____. Tempo, Fronteira e Imigrante: um lugar e suas “inexistências”. In: OLIVEIRA, Tito C. M. (org.) **Território sem Limites: estudos sobre fronteiras**. Campo Grande, Editora da UFMS, 2005, PP. 349-358.

OLIVEIRA, M. A. M.; CAMPOS, D. L. Imigrações e Instituições de Fronteira: Bolivianos em Corumbá, MS. In: **Revista Direitos Culturais**. V. 10, n. 20, 2015, pp. 47-58.

OLIVEIRA, M. A. M.; JUNQUEIRA, N. M. Representações sociais de sírios e libaneses em Corumbá, MS: comércio, casamento e cemitério. In: **Revista Território y Transporte**, Buenos Aires, 15, 2016, pp. 388-403.

PACIENTES BOLIVIANOS SOBRECARRREGAM ATENDIMENTO NO HOSPITAL DE CORUMBÁ. Disponível em <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=83168> (acessado em 23 de fevereiro de 2017).

SAID, E. **Orientalismo**. São Paulo, Cia das Letras, 1998.

SAYAD, A. **A Imigração: ou os paradoxos da auteridade**. Trad. De Cristina Murachco. São Paulo, Edusp, 1998.

_____. **O retorno: elemento constitutivo da condição do imigrante**. Travessia – Revista do Migrante, São Paulo, Centro de Estudos Migratórios, n.1, especial, janeiro 2000.

VIEIRA DE JESUS, D. S. O baile do monstro: O mito da Paz de Vestfália na história das relações internacionais modernas. In: **História (UNESP)**, São Paulo, vol. 29, n. 02, pp. 221-232.

TRUZZI, Oswaldo. Redes em Processos Migratórios. In: **Tempo Social**, jun. de 2008, pp. 199-218.

WEBER, M. **História Geral da Economia**. Trad. Calógeras Pajuaba. Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968.

Recebido em 09 de março de 2017

Aceito em 11 de agosto de 2017

DIREITO E DESIGUALDADE: UM ESTUDO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

LAW AND INEQUALITY: A STUDY ABOUT OUTSOURCING

*Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva*¹
*Thiago Patrício Gondim*²

Resumo: O escopo deste artigo é refletir sobre possíveis conexões entre direito e desigualdade, a partir da terceirização laboral e da precariedade. Para tanto, apresenta o processo de precarização como estruturante da desigualdade no alvorecer do século XXI e se referencia na categoria de *preariado*, tal como proposta por Guy Standing (2013). Examina as relações entre terceirização, desigualdade e vulnerabilidade no Brasil contemporâneo, de modo a refletir sobre o papel contraditório do Direito do Trabalho na construção e contenção das desigualdades laborais. Este artigo foi desenvolvido com a utilização de pesquisa qualitativa, com revisão bibliográfica e ancorado em fontes diretas (análise documental, com exame de jurisprudência e legislação) e indiretas.

Palavras-Chave: Precariado; vulnerabilidade; Direito do Trabalho; Desigualdade; Terceirização.

Abstract: This articles scope is to reflect about possible connections between right and inequality, from the labor outsourcing and precariat. For this propose, it presents the precariousness process as inequality structuring at the dawn of XXI century, and it is referenced by the category of precariat, as proposed by Guy Standing (2013). It reviews the relations between labor outsourcing, inequality and vulnerability in contemporary Brazil, to reflect about the labour law contradictory role in construction and contention of inequality labor. This article was developed through qualitative research, bibliographic review and rooted in direct (documental analysis, with jurisprudence and legislation examination) and indirect sources.

Keywords: Precariat; vulnerability; labor law; inequality; labor outsourcing.

Sumário: Considerações iniciais 1. Desigualdade no alvorecer no século XX: o precariado. 2. Terceirização e Desigualdade no Brasil contemporâneo. Considerações finais: (des)proteção social, austeridade e crise. Referências.

¹ Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, onde integra a linha de pesquisa em Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFRJ. Coordena o grupo Configurações Institucionais e Relações de Trabalho – CIRT. Doutora em Ciências Jurídicas e mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. É Desembargadora do Trabalho no TRT da 1ª Região. Integra o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), o Instituto Cesarino Júnior de Direito Social e a Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). E-mail: sayonara@direito.ufrj.br.

² Mestrando na linha de pesquisa em Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFRJ e integrante do grupo de pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho – CIRT. Bacharel em História (UFF) e Direito (UFRJ).

Considerações iniciais

O artigo propõe uma reflexão sobre a desigualdade, a partir do estudo das relações entre terceirização laboral e precariedade. Para tanto, na primeira seção apresenta o processo de precarização como estruturante da desigualdade no alvorecer do século XXI e se referencia na categoria de *preariado*, tal como proposta por Guy Standing (2013). Em segundo momento, examina as conexões entre terceirização, desigualdade e vulnerabilidade no Brasil contemporâneo, de modo a refletir sobre o papel contraditório do Direito do Trabalho na construção e contenção das desigualdades laborais. Ao final do percurso, reflete sobre o retorno do discurso que pugna pela regulamentação da terceirização no país, em um cenário de “*austericídio*” e desproteção social.

1 Desigualdade no alvorecer do século XXI: o precariado

As políticas de flexibilidade presentes na virada do século XX resultaram no aumento do grau de insegurança para milhões, com a constituição do que Guy Standing denomina de *preariado* global, um conjunto de pessoas submetidas a condições de trabalho inseguras ou de não trabalho, e que se situam em nível inferior ao das elites, dos assalariados que ocupam empregos contínuos em tempo integral, dos *proficians*³ e dos trabalhadores manuais e operários.

Para o autor, tal classe em formação, fragmentada como o mundo flexível, global e desigual, é consequência das políticas de ajustes neoclássicas, que postularam reformas nos mercados laborais estruturados, com a adoção de flexibilidade no vínculo empregatício, no emprego e nas habilidades.⁴ Desta forma, levaram a uma desagregação do Estado de Bem-Estar social, construindo relações inseguras, com o crescimento da desigualdade.

Neste estudo, não é nosso propósito discutir os meandros da categorização proposta por Standing, as críticas à sua construção teórica e os problemas políticos correlatos, mas registrar que o fenômeno que lhe dá sustentação empírica – a existência de um conjunto crescente de pessoas com “status truncado”⁵ – é resultante

³ Ao lado dos assalariados (empregados de grandes corporações, servidores públicos etc.) estão os *proficians*, expressão usada por Standing a partir da combinação de *professional* (profissional) e *technician* (técnico), para designar o grupo integrado por indivíduos que não desejam uma relação de emprego tradicional, pois vivenciam positivamente a mudança e detêm habilidades profissionais para labor autônomo e consultoria bem remunerada. STANDING, Guy, *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013. p. 24. Tais trabalhadores podem desejar participar apenas de projetos e evitar trabalhos de longo prazo quando o contexto social é favorável e satisfatório.

⁴ A relação entre flexibilidade do mercado de trabalho e desigualdade na raiz da desestruturação da sociedade estruturada, por meio de uma classe trabalhadora composta por trabalhadores em empregos de relação contínua, com jornadas de trabalho definidas (ainda que exaustivas), proteções advindas das convenções coletivas e da inserção em categorias sindicalizadas e perspectivas profissionais de promoção e aposentadoria, que em parte migrariam para o precariado, é apresentada por Standing em suas dimensões de rebaixamento salarial, possibilidade de alteração dos níveis de emprego sem grandes custos para as empresas, capacidade de remanejamento contínuo de pessoal e modificação das estruturas laborativas, bem como de ajuste fácil das competências dos trabalhadores. STANDING, G. *op. cit.* p. 22.

⁵ Cf. Standing: “a divisão entre mão de obra remunerada e empregado assalariado, e ideias de ocupação, se dissolve quando consideramos o precariado. O precariado tem características de *classe*. Consiste em pessoas que têm relações de confiança mínima com o capital e o Estado, o que as torna completamente diferentes do assalariado. E não tem nenhuma das relações de contrato social do proletariado, por meio

de uma nova conformação do mundo contemporâneo marcado pela desigualdade crescente.

Os primeiros usos do termo precariado pela sociologia francesa se referiam aos trabalhadores temporários ou sazonais. Na Alemanha, se incluem os desempregados, principalmente aqueles distantes de uma perspectiva de integração. No Japão, como trabalhador pobre e na Itália, o *precariato* se refere não somente a indivíduos com baixa renda e tarefas casuais, mas também a uma “existência precária como um estado de vida normal”, registra Standing.

O conceito, como Standing propõe, não se limita a uma simples locução, e não se identifica apenas com a mão de obra temporária, apesar de envolvê-la. Embora se relacione à pobreza, ao emprego incerto, à falta de identidade baseada no trabalho, a modos específicos de controle ou falta de controle sobre o emprego, o precariado não se reduz a tais situações específicas. Consiste em “pessoas que são desprovidas das sete formas de garantia relacionadas ao trabalho (...), perseguidas pelos social-democratas, partidos trabalhistas e sindicatos, após a Segunda Guerra Mundial, como sua agenda de ‘cidadania industrial’ para a classe trabalhadora ou para o proletariado industrial.”⁶

As sete dimensões da cidadania industrial pouco aplicáveis ou inaplicáveis ao precariado versam sobre garantias de mercado de trabalho, de vínculo empregatício, de reprodução de habilidades, de segurança do trabalho, no emprego, de renda e de representação. O direito ao emprego, a busca do pleno emprego como política pública e a existência de oportunidades estruturam garantias no mercado de trabalho. O vínculo empregatício envolve a proteção contra dispensas arbitrárias, regulação adequada quanto ao modo de contratação e demissão, segurança no emprego, capacidade de manutenção do contrato, oportunidades de crescimento na carreira, segurança do trabalho, proteção contra acidentes, infortúnios, trabalho exaustivo, jornadas prolongadas etc. Um modo de inserção laborativa que permita ao indivíduo adquirir conhecimento e treinamento, e utilizá-los para ascender profissionalmente e assegurar uma renda estável, adequada, com mecanismos salariais de indexação e preservação do valor da renda, previdenciários e tributários redistributivos caracterizam as dimensões de reprodução de habilidades e segurança de renda. Por sua vez, o direito de greve, a representação coletiva assegurada e eficaz, a atuação sindical estimulada e autônoma se referem à última das dimensões da cidadania industrial a que alude Standing⁷.

Observe-se que todos os aspectos mencionados pelo sociólogo inglês referem-se a garantias estruturadas no âmbito do direito social, pela via da seguridade da previdência e do Direito do Trabalho, e sua ausência ou diluição, característica do precariado, que sofre com a insegurança do vínculo empregatício, ausência de contratos de prazo indeterminado e de proteções contra as dispensas sem justa causa, e alterações nas condições de trabalho. Sofre com a rotatividade de locais de prestação e de horários que causam tensão permanente, aumento de danos

das quais as garantias de trabalho são fornecidas em troca de subordinação e eventual lealdade, o acordo tácito que serve de base para os Estados de Bem-estar social. Sem um poder de barganha baseado em relações de confiança e sem poder usufruir de garantias em troca de subordinação, o precariado é *sui generis* em termos de classe. Ele também tem uma posição de status peculiar, não se encaixando em alto status profissional ou em atividades artesanais de médio status. Uma forma de explicar isso é dizendo que o precariado tem ‘status truncado’.” STANDING, G. *op. cit.* p. 25-26.

⁶ STANDING, G. *op. cit.* p. 27-28.

⁷ STANDING, G. *op. cit.* p. 28.

à saúde e até mesmo suicídios relacionados às duras condições de labor. À submissão à vontade das gerências, que ocorre mesmo em serviços públicos sob o argumento da flexibilidade, acresce uma situação de renda precária, que não se limita aos baixos salários, reduzidos benefícios corporativos, queda dos benefícios estatais e pouca possibilidade de dispor de mecanismos de autoprodução de renda, mas a uma vulnerabilidade peculiar das rendas sociais dos integrantes do precariado, que não podem contar com o apoio das comunidades, das famílias ou de benefícios corporativos ou estatais. Por fim, a insegurança alimenta uma carência de identidade ocupacional, um distanciamento de uma comunidade laborativa com códigos de ética, reciprocidade, fraternidade e normas de comportamento, e, em alguns casos, até uma sensação de liberdade na ausência de comprometimento moral com o trabalho⁸. Afirma Standing:

“O precariado não se sente parte de uma comunidade trabalhista solidária. Esse fato intensifica um sentimento de alienação e instrumentalidade no que ele tem de fazer. As ações e atitudes derivadas da precariedade tendem ao oportunismo. Não há ‘sombrias de futuro’ pairando sobre suas ações, para lhes dar um senso de que o que dizem, fazem ou sentem hoje terá um forte ou obrigatório efeito em suas relações de longo prazo. O precariado sabe que não há nenhuma sombra do futuro, da mesma forma como não há futuro no que eles estão fazendo agora. Estar ‘fora’ amanhã não seria uma surpresa, e sair talvez não fosse ruim, caso outro trabalho ou uma explosão de atividade surjam no horizonte.”⁹

O precariado não é homogêneo, observe-se. São habitantes (*denizens*), e não cidadãos plenos, pertencendo ao conjunto crescente de pessoas que não têm acesso ao conjunto de direitos civis, políticos, culturais, sociais e econômicos que caracterizam a construção da cidadania em Estados sociais e democráticos. O que compartilham é um “sentimento de que seu trabalho é útil (para viver), oportunista (pegar o que vier) e precário (inseguro)”¹⁰. A heterogeneidade do precariado nos indica que nele estão presentes pessoas que foram criminalizadas, trabalhadores temporários, empregos de “meio período”, que ocultam o desemprego e o subemprego, os migrantes, os trabalhadores autônomos independentes e dependentes, mormente os “que dependem de outros para serem alocados em tarefas sobre as quais têm pouco controle”, os estagiários, estudantes ou recém-formados, os trabalhadores dos *call centers* etc.¹¹ Para o autor, olhar o precariado permite uma percepção de situações de modos de trabalhar com insegurança e que não auxiliam à construção de carreiras ou identidades. Ao precariado são levados assalariados que vivenciam a precarização, como ocorreu com os empregados vitalícios japoneses, que experimentaram processos de transformação traumáticos ou mesmo com

⁸ Deve-se evitar considerar todos os integrantes do precariado vítimas, embora a ausência do futuro acabe constituindo um conjunto de nômades urbanos sem comportamentos fundados em uma ética ou moralidade do trabalho.

⁹ STANDING, G. *op. cit.* p. 31.

¹⁰ STANDING, G. *op. cit.* p. 33.

¹¹ Sobre o trabalho em *callcenter* e as vulnerabilidades do labor estressante neste ambiente, ver SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da.; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Vulnerabilidade e Direitos: Lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 86, RT, mar.-abr. 2013. p. 13-45.

trabalhadores submetidos a formas de mobilidade fictícia, como o *uptiling*, em que uma inflação de nomenclaturas pomposa oculta estruturas hierárquicas niveladas¹².

A confiança, percebe-se, não é vivenciada em relações curtas, precárias, inseguras, que não envolvem o desenvolvimento de relações de alteridade, de assunção de compromissos, de responsabilidades que exigem reciprocidades mais longas. Nega-se a empatia, não se constroem percursos de profissionalismo, desgastam-se as relações, muda-se tudo a todo tempo, com claro estímulo ao desprendimento (descompromisso), com a geração de “fraco senso de memória social”, pela ausência de pertencimento a comunidades de trabalho, e com mentes cada vez mais precarizadas, estimuladas por parafernálias eletrônicas multitarefas, nas quais a sobrecarga de informações dificulta a cognição, a concentração e a capacidade intelectual de abstração e de reflexão.

O sombrio cenário traçado por Guy Standing, de um precariado que padece de (a) raiva, decorrente da frustração de vidas bloqueadas; (b) anomia, pela indiferença, derrota e “sentimento de passividade nascido do desespero”; (c) ansiedade, típica do estresse decorrente da insegurança permanente, medo de perder tudo o que possui; e (d) alienação, do trabalho, só demonstra os perigos e as tensões vivenciadas pelas pessoas submetidas a estruturas competitivas e flexíveis. “O regime da flexibilidade, implicitamente, rejeita a ética do trabalho fundamentada por fortes comunidades profissionais”¹³. Os riscos para a sociabilidade e, portanto, para a própria democracia se apresentam sobretudo em países em que um quarto da população adulta se insere no precariado. Afirma o autor:

“Se tudo é ‘mercadorizado’ – avaliado em termos de custos e recompensa financeira – as reciprocidades morais se tornam frágeis. Se o Estado elimina formas trabalhistas de seguro social que criam um sistema sólido de solidariedade social, ainda que injusto, sem colocar nada comparável em seu lugar, então não há nenhum mecanismo para criar formas alternativas de solidariedade. Para construir um mecanismo, deve haver um senso de estabilidade e previsibilidade. O precariado carece de ambos. Está sujeito à insegurança crônica (...).

As políticas que promovem a flexibilidade de emprego, desgastam os processos de interação relacional e de pares que são vitais para a reprodução de habilidades e atitudes construtivas no trabalho. Se você espera mudar o que está fazendo durante quase todo o tempo, mudar de ‘empregador’ a curto prazo, mudar os colegas e, acima de tudo, mudar a maneira pela qual você chama a si mesmo, a ética de trabalho se torna constantemente contestável e oportunista.”¹⁴

O descompromisso político é manifestação de tais processos objetivos e subjetivos, que constroem uma nova hegemonia fundada em um ambiente laborativo precário, competitivo (meritocrático) e flexível. Este contexto de novas

¹² Trata-se de uma “*criatividade de titulações*” que se relacionaria com a própria recessão econômica pós crise de 2008, na medida em que o aumento salarial é substituído por mobilidades ocupacionais inexistentes: “uma pessoa que ocupa um emprego estático, que não leva a lugar nenhum, recebe um título pomposo para sua ocupação a fim de esconder as tendências do precariado. Pessoas são transformadas em ‘chefe’ ou ‘executivo’ ou ‘oficial’ sem ter um exercício para liberar ou uma equipe para modelar”.

STANDING, Guy, *O precariado*: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013. p. 38.

¹³ STANDING, G. *op. cit.* p. 39-46.

¹⁴ STANDING, G. *op. cit.* p. 44-46.

vulnerabilidades e do surgimento desta “classe perigosa” sugere que a desigualdade no alvorecer do século XXI traz sérios riscos para a democracia e para o projeto de integração pela via do direito, do *WelfareState*, típicos do pós-guerra.

Compreendidos os processos de precarização e a configuração desta nova classe em formação, cabe indagar ainda com Guy Standing os motivos pelos quais o precariado está crescendo, o que remete necessariamente aos processos de globalização e terceirização.

As mudanças institucionais promovidas na era da globalização, com a mercadorização crescente de todos os aspectos da vida humana, a re-regulamentação,¹⁵ o ataque às instituições coletivas representativas e sindicais, acabaria estilizando as relações tradicionais de emprego, com novas fragmentações e progressiva terceirização do trabalho. As desigualdades crescentes ampliaram-se com a triplicação da força de trabalho nos mercados globais, com a entrada da China, da Índia e dos países do leste europeu na economia globalizada. As baixas remunerações e condições de trabalho existentes na China, mas não somente, contribuem para ampliar as desigualdades e pressionam o achatamento mundial dos salários. A mercadorização da empresa envolve a própria maleabilidade e adaptabilidade a situações diversas, com a transformação da empresa em empresas portáteis,¹⁶ com o impulso inacabado para a flexibilização, compreendida como “um imperativo no processo de trabalho global”¹⁷.

Como características centrais do processo de flexibilidade numérica e funcional, Standing examina as formas atípicas de emprego, com destaque para a terceirização de parte expressiva das atividades; o crescimento do emprego temporário que dá maleabilidade às empresas para adaptarem rapidamente suas estruturas e a terceirização. O trabalho temporário se articula com a triangulação,¹⁸ o

¹⁵ “A era da globalização não consistia numa era de desregulamentação e sim de re-regulamentação, na qual foram introduzidos mais regulamentos do que em qualquer outro período comparável da história. Nos mercados de trabalho mundiais, a maioria dos novos regulamentos era diretiva, dizendo às pessoas o que podiam e não podiam fazer, e o que tinham de fazer para serem beneficiários da política estatal.” STANDING, G. *op. cit.* p. 50. A utilização do verbo passado refere-se ao fato de que para o autor a era da globalização ocorreu entre 1975 a 2008, ano da crise econômica mundial. A distinção entre desregulamentação e re-regulamentação é sublinhada na literatura da economia e da ciência política para desvelar o erro do discurso neoliberal, que prega o afastamento do Estado, advogando pelas teses da desregulamentação dos mercados (em especial o do trabalho), embora se utilize fortemente do Estado (por meio de uma forte regulação) para reorientar as políticas públicas e desconstruir os benefícios sociais e trabalhistas. O desmantelamento profissional se insere nesta política de ataque. Especificamente sobre o tema, consultar HARVEY, David, *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

¹⁶ STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013. p. 56.

¹⁷ STANDING, G. *op. cit.* p. 57.

¹⁸ “O Trabalho temporário tem acompanhado o que se passa sob o desajeitado termo ‘triangulação’. O Direito do Trabalho e a negociação coletiva foram construídos com base em relações diretas entre empregadores e empregados. Mas quem é o responsável quando uma terceira pessoa se torna um intermediário? Quem está no controle, o empregador final ou o intermediário? A falta de clareza dos limites de tomada de decisão e de responsabilidade aumenta a precariedade. Há uma jurisprudência extensa para delimitar as mentes dos advogados. Mas os próprios temporários sabem apenas que se reportam a dois senhores.” STANDING, G. *op. cit.* p. 61. O processo de ocultamento do real empregador, que tanto problema causa sob um ponto de vista jurídico, diante do pressuposto majoritário construído pelo campo do direito do trabalho de que o empregador real é aquele que exerce a subordinação direta sobre o empregado, e cuja inexistência de resolução dificulta a responsabilização empresarial pelos créditos e direitos laborais, é constitutiva do processo de precarização que, contudo, amplia o controle sobre o trabalho em sistemas de duplo (ou triplo controle).

que por sua vez aumenta a precariedade, seja pela falta de clareza dos limites e possibilidades das negociações, que abre caminho para uma cidadania de segunda classe pelas escolhas empresariais por terceirização em suas diversas modalidades de *offshoring*, *denear-sourcing* e *denear-shoring*, que comprometem as garantias no emprego e estimulam a flexibilidade numérica. Por sua vez, a maleabilidade empresarial contínua, com a reengenharia como paradigma e o espaço global como arena, permite uma flexibilidade funcional extrema, possibilitando manobras nas cadeias produtivas das multinacionais, amparada sem uma concepção ampliada de terceirização como *sobreposição de processos*— como os de *offshore* e *inshore*, e a alternância entre *outsourcing* e *insourcing*.¹⁹ O trabalho à distância, a expansão dos contratos individuais dentro de uma concepção de *contratualização* da vida, de isolamento de grupos de trabalhadores e de desmantelamento das estruturas de autorregulação das profissões e ofícios, intensificam a insegurança no mundo do trabalho. E a terceirização, em um sentido lato, é a síntese da combinação de tais formas de flexibilidade e precariedade. Somando-se a tal configuração, a reestruturação das rendas sociais pela flexibilidade crescente dos mecanismos de remuneração e reformas nos sistemas de benefícios sociais engendra uma armadilha da precariedade,²⁰ que se intensifica pela erosão dos mecanismos de sociabilidade e proteção comunitárias.

2 Terceirização e Desigualdade no Brasil contemporâneo

A leitura de Standing sobre a configuração do precariado e dos motivos de seu crescimento durante a era da globalização, dentre seus inúmeros méritos encontra-se a percepção dos processos políticos e econômicos de desestruturação das proteções construídas no pós-segunda guerra, sob os auspícios do keynesianismo-fordista e das pressões sindicais, em ambiência de social-democracia, e dos riscos que representa à democracia. Contudo, não se pode esquecer que “viver em risco”²¹ em países periféricos como o Brasil - que não atingiram os níveis de proteção do estado providência, e nos quais a universalidade e a efetividade dos direitos sociais e trabalhistas não se apresentaram em nossa história, sendo uma construção imperfeita e entrecortada dos nossos tempos presentes – comporta configurações distintas. Os bloqueios à cidadania e à universalidade dos direitos são características específicas da vulnerabilidade

¹⁹ Tais práticas se associam à terceirização e à deslocalização empresarial. No sentido que lhes empresta Standing, o *offshoring* corresponde à realocação de atividades para outros países; *near-shoring* à transferência de processos produtivos ou empresas para fronteiras ou países vizinhos, de modo a possibilitar a obtenção de benefícios múltiplos para os negócios pelo efeito de proximidade; e o *near-sourcing* descreve negócios que deslocam operações ou parte delas para locais geograficamente localizados perto das áreas de venda dos produtos finais. STANDING, G. *op. cit.* p. 64. Assim, a depender das vantagens momentâneas, as empresas se reinventam e constituem suas cadeias de abastecimento de produção com deslocalizações regionais (*inshore*) ou internacionais (*offshore*), terceirização propriamente dita (*outsourcing*) ou retorno de atividades para setores internos com aproveitamentos dos recursos já existentes (*insourcing*).

²⁰ A *armadilha da precariedade* se relaciona com os altos custos e as graves consequências que decorrem do trabalho precário.

²¹ O aumento do risco social e as consequências desta vulnerabilidade crescente no Brasil foram estudados por KOWARICK, Lúcio. *Viver em risco: sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil*. São Paulo: Editora 34, 2009.

socioeconômica e civil que perpassam a existência das classes populares brasileiras, conforme observa com precisão Kovarick que, a partir de pesquisa etnográfica, histórica e sociológica, elabora uma análise que permite compreender as condições da subalternidade de uma existência desprovida de direitos²².

A questão das vulnerabilidades civil e socioeconômica no Brasil urbano envolve a compreensão de singulares percursos históricos que, no período neoliberal, aguçaram as fragilidades no que se refere a direitos básicos, aos quais o acesso sempre foi precário para a maior parte da população. Crítico das abordagens que privilegiam a crise da sociedade salarial, Kovarick indaga sobre qual seria a “nossa questão social”, já que não tivemos um estatuto salarial consolidado como nos países centrais, nem mesmo um campo institucional que permitisse a negociação e o reconhecimento público do assalariado como sujeito de direito, e nossas ilhas de modernização não nos legaram efeitos consistentes em torno de aquisição universal de direitos²³.

Entretanto, a crítica não desconsidera que as transformações no mundo do trabalho também perpassam as vulnerabilidades socioeconômicas brasileiras. Em nosso país, ela também se relaciona com o “*desenraizamento da condição de assalariado formal*”: com desemprego, mão de obra informal, persistência de tarefeiros etc. “Viver em risco” é também estar em um mundo do trabalho instável, aleatório e informal²⁴. Para Lúcio Kowarick, a superexploração da força de trabalho é um conceito que auxilia na compreensão das vulnerabilidades, permanecendo pertinente para o caso brasileiro interrelacionar e analisar “as várias formas de desinserção da mão de obra no sistema produtivo”:

“a expansão de tarefas ‘tradicionais’ centradas no trabalho autônomo e informal, conjuntamente com as ‘novas’ atividades decorrentes da ampla terceirização da dinâmica financeira, fabril, comercial e de serviços, que se traduz na redução dos assalariados permanentes e regulares, no espetacular crescimento da fração estagnada do exército de reserva, enquanto diminui a intermitente pela redução do emprego formal, para não mencionar a explosão das atividades legais e ilegais que se avolumam na degradação e miserabilidade do lumpen. Colada a esta questão social e econômica, reaparecem as múltiplas modalidades de rebaixamento do custo de reprodução e reposição da mão de obra e para tanto (como será analisado a seguir), basta focalizar o aumento dos moradores em favela nos últimos anos.”²⁵

²² KOWARICK, L. *op. cit.* p. 24.

²³ Em suas precisões conceituais para o caso brasileiro, Kovarick problematiza o conceito de desfiliaados presente na obra de CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998, e afirma: “não se trata, convém lembrar, de um estado ou condição, mas de um processo que é preciso perseguir para delinear suas transformações, pois a questão social só pode ser equacionada através de sua perspectiva histórica. Desenraizamento social e econômico significa, por um lado, enfraquecimento de laços de sociabilidade primária - família, parentela, bairro, vida associativa e o próprio mundo do trabalho; de outro, desemprego de larga duração ou trabalho irregular, informal, intermitente ou ocasional, que advém de várias modalidades de desinserção no sistema produtivo. No caso brasileiro, a desfiliação não pode ser equacionada enquanto decorrente da crise da sociedade salarial, pois – como já apontado – esta pressupõe um campo de conflitos, negociações e conquistas estruturadas em instituições sociais e políticas solidamente constituídas.” KOWARICK, Lúcio. *op. cit.* p. 86.

²⁴ KOWARICK, L. *op. cit.* p. 86.

²⁵ KOWARICK, L. *op. cit.* p. 74.

Assim, mesmo que a crise da sociedade salarial não seja o viés analítico mais profícuo para compreender os processos de vulnerabilidade em países periféricos (como o é para autores como Castel ou Standing, que examinam as transformações contemporâneas a partir do centro), o aumento do setor terciário, a retração do emprego formal, a flexibilização e a externalização fabril e dos serviços são elementos que não podem ser desconsiderados para compreender os massivos processos de vulnerabilidade que se aprofundaram no final do século XX no Brasil²⁶.

Observe-se como por distintos matizes teóricos e em contextos sociopolíticos diferenciados a terceirização se apresenta como relevante fenômeno relacionado com a questão social e a desigualdade, inclusive (ou principalmente) em países nos quais a integração pela via do trabalho se constitui como promessa, pela inexistência de consolidação prévia de um estado de bem-estar. Deste modo, é importante verificar como o espraiamento das políticas de trabalho temporário e de terceirização são centrais para a caracterização da formação do precariado no alvorecer do século XXI e, portanto, da ampliação desmesurada da desigualdade.

Na década de 1990, em um cenário de baixo dinamismo da economia, crescimento do desemprego, expansão da informalidade e abertura comercial, ganhou espaço o discurso liberal de flexibilização das legislações trabalhistas e de redução dos benefícios sociais nos países periféricos da América Latina. A terceirização tornou-se o principal mecanismo de precarização do mercado de trabalho ao atender os objetivos empresariais de redução dos custos e de partilha dos riscos da atividade econômica²⁷.

O fenômeno da terceirização no Brasil apresenta uma dinâmica de expansão a partir da metade da década de 1990 e concentra-se na base da pirâmide social em ocupações que absorvem mão de obra com baixa remuneração, avançando majoritariamente no setor de serviços²⁸. Com uma alteração paradigmática em sua jurisprudência, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) forneceu o suporte jurídico para a institucionalização do trabalho terceirizado no país por meio da aprovação do enunciado n.º 331, em 17 de dezembro de 1993, que ampliou a exteriorização de funções ao admitir a interposição de mão de obra de trabalhadores que exercem atividades acessórias (“atividades-meio”) à consecução da atividade preponderante (“atividade-fim”) da empresa tomadora dos serviços²⁹.

²⁶ KOWARICK, L. *op. cit.* p. 75.

²⁷ FALVO, Josiane Fachini, Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho em países selecionados da América Latina. *Revista ABET*, v. IX, n. 1, 2010, p. 127-128.

²⁸ A partir de dados do Ministério do Trabalho e Emprego, fornecidos pela RAIS – Relação Anual de Informações Sociais, sobre o emprego no estado de São Paulo, observa-se que entre 1985 e 2010 o universo de trabalhadores terceirizados aumentou 11,1% ao ano, em média. Em 1995, a quantidade de contratados em regime de terceirização foi de 110 mil (em 1,2 mil empresas), enquanto em 2010, quinze anos depois, ultrapassava 700 mil pessoas, em mais de 5,4 mil empresas. Como não houve crescimento expressivo de produtividade e das taxas de investimento no período, Pochmann associa tais dinâmicas diferenciadas, que denotam uma aceleração da terceirização às demandas empresariais de redução de custo em ambiente competitivo desfavorável às empresas brasileiras e de baixo crescimento econômico. POCHMANN, Márcio, Nova classe média? O trabalho na base da pirâmide social brasileira. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 111-112.

²⁹ Com a Resolução n.º 23, do TST, que editou o enunciado n.º 331, houve o cancelamento do enunciado n.º 256, de 1986, que adotou um claro direcionamento para impedir a ampliação da terceirização ao declarar a ilicitude da exteriorização de funções, afirmando os conceitos de empregado e empregador com o reconhecimento de que a relação de trabalho se estabelecia entre trabalhador e tomador de serviços. O enunciado n.º 331 definiu novos parâmetros para a terceirização (em sentido amplo) no país com o

Com adoção de uma perspectiva interpretativa que reconhece a ambiguidade constitutiva como característica intrínseca do direito do trabalho, nota-se que se, por um lado, a Súmula n.º 331 do TST representa um marco da flexibilização da legislação trabalhista³⁰ e reforçou o movimento de reprodução da desigualdade no mercado de trabalho, por outro impôs parâmetros que limitam a universalização da prática da terceirização. Atualmente, sua aplicação representa uma contenção às demandas empresariais pela terceirização das atividades-fim e uma garantia para a responsabilização, ainda que subsidiária, da Administração Pública pelo inadimplemento dos direitos dos empregados das empresas contratadas pelo Poder Público quando este se omite em assegurar o cumprimento da legislação do trabalho, de modo culposo, sobretudo após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16³¹ pelo Supremo Tribunal Federal³².

No entanto, o impacto da terceirização na realidade econômica brasileira revela a ambiguidade presente na jurisprudência e as dificuldades concernentes à capacidade do Direito do Trabalho incidir no real³³. Os dados empíricos sobre a estrutura geral do mercado de trabalho no país apontam para a análise da terceirização como um elemento propulsor e gerador de mais valia³⁴ que resulta em precarização e desigualdade. Em 2014, os trabalhadores terceirizados, em torno de 12,7 milhões, receberam 25% menos, laboraram mais três horas por semana e permaneceram 54% menos tempo no emprego do que os contratados diretamente³⁵.

reconhecimento de sua licitude em quatro hipóteses de contratação: (a) por empresa de trabalho temporário (lei n.º 6.019/74), desde que cumpra a exigência de atender às necessidades de substituição transitória de pessoal regular e permanente, ou em virtude de acréscimo extraordinário de serviços; (b) serviços de vigilância (lei n.º 7.012/83); (c) serviços de conservação e limpeza; (d) serviços especializados às atividades-meio do tomador, desde que inexistam a pessoalidade e a subordinação. O Enunciado foi convertido na Súmula 331.

³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade*. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, 27, 30 e 31 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16*. Requerente: Governo do Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

³² SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. A terceirização e o papel dos tribunais no controle da precarização do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, v. 4, n. 35, nov.-dez. 2014. p. 58-59. Para uma análise dos efeitos do julgamento da ADC n.º 16 pelo Supremo Tribunal Federal, na data de 24 de novembro de 2010, ver: VIANA, Marco Túlio; DELGADO, Gabriela Neves, AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 1, jan.-mar. 2011. p. 72-84.

³³ Em virtude de sua própria dinâmica, não cabe ao Direito do Trabalho o papel de mera projeção das relações socioeconômicas, devendo, então, atuar na realidade por meio de uma atividade jurisdicional voltada a exercer o controle sobre as práticas ilícitas de exteriorização de funções e de atividades inerentes aos objetivos daqueles que utilizam a energia humana do trabalho assalariado para empreender. Cf. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *op. cit.* p. 57. Essa forma de atuação harmoniza-se com a mudança promovida pela Constituição de 1988, ao deslocar os direitos trabalhistas da ordem econômica para reconhecê-los como direitos fundamentais, reforçando a força irradiadora da constitucionalização do trabalho sobre todos os poderes econômicos, que devem ser limitados, principalmente quando descomprometidos com os valores, princípios e diretrizes constitucionais. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *op. cit.* p. 65

³⁴ Antunes, Ricardo. A sociedade da terceirização total. *Revista da ABET*, v. 14, n. 1, jan.-jun. 2015. p. 12-13.

³⁵ Dados provenientes do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). In: KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda de Barros. Brasil: movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. *Revista Cuardenos Del Cendes*, Caracas, ano 32, n. 89, mayo-agosto 2015. p. 60.

No Estado de São Paulo, mesmo considerando a elevação dos salários médios dos terceirizados a partir das negociações coletivas realizadas no âmbito das empresas prestadoras de serviço, “o seu valor não representou mais do que 50% do salário médio real de todos os trabalhadores”, e no ano de 2010 a taxa de rotatividade dos trabalhadores terceirizados foi 76,2% maior que nos empregos formais não terceirizados³⁶.

Caso a análise se concentre em setores estratégicos da economia, existe até mesmo intensificação da tendência de superexploração da força de trabalho. No setor bancário, onde o número de empresas prestadoras de serviços (“correspondentes bancários”) aumentou de 14 mil em 2000 para 405 mil em 2013³⁷, os bancários terceirizados receberam, em 2009, menos da metade da quantia paga aos bancários formais (piso salarial de R\$ 555,00 contra R\$ 1.010,64), com uma jornada de trabalho mais extensa (9h 48min contra 6h)³⁸. Em 2004, não tinham acesso a benefícios (vale-alimentação, auxílio-creche etc), qualificação profissional e participação na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA)³⁹. Nos últimos anos, a jurisprudência do TST tem se firmado no sentido de reconhecer o vínculo de emprego direto com o real empregador por conta de uma série de práticas fraudulentas de terceirização na atividade preponderante da empresa tomadora dos serviços, dentre as quais o envolvimento de empresas do setor de telemarketing ou telefonia, que realizam serviços de cobrança e captação de clientes, de oferta de empréstimo, seguros, capitalizações e cartões de crédito, informação sobre saldo, bloqueio e desbloqueio de cartões de crédito repassados pelos bancos⁴⁰.

A terceirização predomina nas formas contemporâneas de trabalho indecente e degradante. Dos dez principais casos de utilização do trabalho análogo ao de escravo flagrados pelo Ministério Público do Trabalho para cada ano entre 2010 e 2013, 90% do total envolvia terceirização de mão de obra (80% do contingente total eram de trabalhadores terceirizados)⁴¹. No setor elétrico brasileiro, entre 2003 e 2012, a média anual do número de acidentes fatais com empregados terceirizados foi 5,33 vezes maior que com trabalhadores formais (embora os terceirizados superem em apenas 20% o número de trabalhadores formais)⁴². Na Petrobras, a média anual do número de acidentes fatais foi 7,23 vezes maior entre 1995 e 2013 (com os empregados terceirizados crescendo dez vezes mais neste período e constituindo mais de dois terços da força total de trabalho)⁴³.

Para completar o cenário de vulnerabilidade laboral e socioeconômica, a terceirização prejudica a construção de identidades coletivas com a implantação de

³⁶Dados provenientes da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). In: POCHMANN, Márcio, Terceirização desregulada e seus efeitos no mercado de trabalho no Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 3, jul.-set. 2014, p. 224.

³⁷ Fonte: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos (DIEESE). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015. p.133.

³⁸ COUTINHO, G. F. *op. cit.* p. 136-137.

³⁹ SANCHES, Ana Tercia. *Terceirização e terceirizados no setor bancário: relações de emprego, condições de trabalho e ação sindical*. Dissertação de mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p. 80-81.

⁴⁰ SILVA, Sayonara. Grillo Coutinho Leonardo da., A terceirização e o papel dos tribunais no controle da precarização do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, v. 4, n. 35, nov.-dez. 2015, p. 63-4.

⁴¹ FILGUEIRAS, Vítor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?*, 2014, p. 7.

⁴² COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015. p. 190-194.

⁴³ COUTINHO, G. F., *op. cit.*, p. 203-204.

uma estrutura organizacional de produção fragmentária e desigual. A própria ação sindical fica limitada em virtude da fissura na representatividade e da dificuldade em conjugar demandas entre trabalhadores terceirizados e formais. Neste sentido, a capacidade de paralisação do empreendimento torna-se cada vez mais difícil, assim como o uso da greve enquanto fonte material de geração de direitos.

Considerações finais: (des)proteção social, crise e terceirização

Do ponto de vista das análises sociológicas e jurídicas recentes, observa-se como a terceirização se relaciona com a ampliação da desigualdade, com os processos de vulnerabilidade socioeconômica e com a constituição do precariado. Entretanto, não se pode desconsiderar que apesar da terceirização e das desigualdades históricas, na última década o país assistiu a uma melhoria global na estrutura de seu mercado de trabalho, com maior formalização, inclusão e aumento do salário mínimo.

A análise sobre a realidade econômica brasileira atual deve incorporar chaves de leitura que permitam a construção de um quadro que apreenda as complexidades recentes de seu desenvolvimento. Deste modo, reconhece-se, a partir de 2003, a existência de movimentos contraditórios na dinâmica do mercado de trabalho brasileiro resultantes, ao mesmo tempo, da persistência do processo de flexibilização das relações de trabalho com a centralidade do fenômeno da terceirização e o avanço dos indicadores sociais expressos no aumento da formalização (contratos com proteção na seguridade social), queda do desemprego e melhora na renda dos trabalhadores, sobretudo os que estão na base da pirâmide social por meio de políticas públicas⁴⁴.

Há que se observar, então, as *condições de (des)proteção social*, fenômeno apreendido por Cardoso Júnior, “a partir da capacidade de cobertura social propiciada por um conjunto predefinido de políticas sociais” de transferência de renda nos campos do trabalho e renda, da assistência social e políticas de emprego e da previdência social⁴⁵. Embora tenha havido uma ampliação da formalização do mercado de trabalho na última década, o autor observa permanecer um “vazio protetivo” mensurável pela ausência de cobertura laboral ou previdenciária de aproximadamente 25 milhões de trabalhadores, correspondentes a 30% da população ocupada entre 16 e 59 anos (dados da PNAD de 2012)⁴⁶. Contudo, diante das particularidades da desigualdade no Brasil, não há que desconhecer o papel estratégico do Estado como ator relevante na estruturação do mercado de trabalho e em um balanço da experiência brasileira entre as décadas desenvolvimentista (2003-2013) e liberal (1990-2002), demonstra-se a

⁴⁴ KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda de Barros. Brasil: movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. *Revista Cuardenos Del Cendes*, Caracas, ano 32, n. 89, mayo-agosto 2015. p. 47-82.

⁴⁵ CARDOSO JÚNIOR, José Celso, Trabalho, proteção social e desenvolvimento. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 29, n. 85, USP, set.-dez. 2015. p. 91.

⁴⁶ “Esse vazio protetivo concentra-se nas categorias ocupacionais dos assalariados sem carteira (incluindo domésticas) e dos trabalhadores autônomos por conta própria, a grande maioria inserida em atividades precárias do setor terciário (comércio e serviços dos mais variados tipos) e na construção civil.” CARDOSO JÚNIOR, J. C. *op. cit.* p. 95.

“incompatibilidade intrínseca entre o modelo de estruturação do mercado de trabalho com proteção social historicamente construído no Brasil e modelos de desenvolvimento de cunho liberal. Tal incompatibilidade se dá, fundamentalmente, pela inadequação que se estabelece entre a dinâmica econômica de tipo liberal e a natureza heterogênea e desigual do mercado de trabalho brasileiro. Modelos de tipo liberal são, assim, inadequados a economias de tipo periférico-tardias como a brasileira e, contraproducentes a mercados de trabalho delas derivados.”⁴⁷

Neste sentido, diante dos desafios apresentados por um período de instabilidade financeira e política prolongada, o processo que se inicia com a adoção de medidas de austeridade fiscal autodestrutivas e se intensifica, após uma ruptura institucional, com a implementação de reformas estruturais por meio da EC 95/2016 (novo regime fiscal com o estabelecimento de limites aos gastos públicos), do PEC 287/2016 (reforma da previdência), da lei 13.429/2017 (ampliação do trabalho temporário e da terceirização) e do PLC 38/2017 (reforma trabalhista), adjetivado como *austericídio*, desarma a capacidade de ação do Estado, desconsiderando todo o papel das políticas de proteção trabalhista e social, formalização do emprego, aumento real do salário mínimo e expansão do crédito para a população em geral, que impulsionaram a melhoria da economia no período pretérito (2003-2013), inclusive durante a crise de 2009. Esse processo despreza as evidências empíricas e os estudos realizados, que refutam a relação entre flexibilidade e crescimento econômico e indicam o cruzamento das variáveis de desigualdade e terceirização, como um dos elementos de um precariado emergente.

Não se pode desconsiderar o legado da década neoliberal de desmonte dos sistemas de proteção social e precarização do trabalho, para concluir com José Celso Cardoso Júnior que:

“A via liberal, portanto, inviabiliza trajetória sustentada de homogeneização econômica e social no país, não podendo constituir alternativa crível aos desafios da contemporaneidade colocados ao Brasil já nesta segunda década de século XXI.”⁴⁸

Referências

ANTUNES, Ricardo. A sociedade da terceirização total. **Revista da ABET**, v. 14, n. 1, jan.-jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16. Requerente: Governo do Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 10 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, 27, 30 e 31 maio 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

⁴⁷ CARDOSO JÚNIOR, J. C. *op. cit.* p. 98.

⁴⁸ CARDOSO JÚNIOR, José Celso. *op. cit.* p. 99.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso. Trabalho, proteção social e desenvolvimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 29, n. 85, USP, set.-dez. 2015

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização**: máquina de moer gente trabalhadora. São Paulo: LTr, 2015.

DOCA, Geraldo, **Presidente do TST defende a flexibilização das leis trabalhistas**, O Globo Online, Rio de Janeiro, 28 fev. 2016. Disponível em:<<http://oglobo.globo.com>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho em países selecionados da América Latina. **Revista ABET**, vol. IX, n. 1, 2010.

FILGUEIRAS, Vítor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?**, 2014.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**, São Paulo: Boitempo, 2011.

KOWARICK, Lúcio. **Viver em risco**: sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil. São Paulo: Editora 34, 2009.

KREIN, José Dani; BIAVASCHI, Magda de Barros, Brasil: movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. **Revista Cuardenos Del Cendes**, Caracas, ano 32, n. 89, mayo-agosto, 2015.

MATTOS, Fernando Augusto Mansor. Avanços e dificuldades para o mercado de trabalho. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 29, n. 85, USP, set.-dez. 2015.

POCHMANN, Márcio. **Nova classe média?** O trabalho na base da pirâmide social brasileira. São Paulo: Boitempo, 2012.

POCHMANN, Márcio. Terceirização desregulada e seus efeitos no mercado de trabalho no Brasil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 80, n. 3, jul.-set. 2014.

SANCHES, Ana Tercia. **Terceirização e terceirizados no setor bancário**: relações de emprego, condições de trabalho e ação sindical. Dissertação de mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

VIANA, Marco Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 1, jan.-mar. 2011.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da.; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Vulnerabilidade e Direitos: Lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, n. 86, RT, mar.-abr. 2013.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. A terceirização e o papel dos tribunais no controle da precarização do trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região**, v. 4, n. 35, nov.-dez. 2014.

“Ives Gandra apoia regulamentação da terceirização”, Senado Federal, Brasília, 23 fevereiro 2016. Disponível em:<<https://www12.senado.gov.br>>. Acesso em 10 março 2016.

“Sem consenso sobre proposta de flexibilizar leis trabalhistas”, jornal O Globo, Rio de Janeiro, 29 fevereiro 2016.

Recebido em 10 de julho de 2016
Aceito em 13 de dezembro de 2016

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE COTAS PARA AFRODESCENDENTES: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO

THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ON QUOTAS FOR AFRODESCENDANTS: A CASE STUDY BASED ON LEGAL PLURALISM

Sérgio Coutinho dos Santos¹
Sarah França Mendonça Plácido²
Jorge Luiz Gonzaga Vieira³

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar as ferramentas jurídicas usadas no controle social. Sendo essas variadas, a fim de acompanhar as constantes mudanças comportamentais do cidadão brasileiro, como também, interferir em atos e/ou concepções que podem prejudicar o desenvolvimento profissional e intelectual de alguns grupos sociais, tidos como "grupos em desvantagem". É tratada a importância e o papel das audiências públicas nos dias atuais, explicitando como elas possibilitam a democracia participativa, que consta na capacidade do indivíduo participar diretamente em decisões de assuntos relevantes ao país. As políticas de ação afirmativa entram no sistema jurídico brasileiro como grande aliada das camadas populares, uma vez que visam oferecer oportunidades equânimes a grupos sociais discriminados. É dado destaque a Lei de Cotas, mostrando como se deu seu surgimento e o processo de legitimidade, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41). Os efeitos dessa, também são explanados ao longo do artigo. Ademais, são destacadas outras medidas que equiparam direitos e garantem a proteção aos grupos em desvantagem, em especial à população negra brasileira, a qual possui um passado de martírio e segregação social.

Palavras-Chave: Ação afirmativa. Cotas. Universidade.

Abstract: This article aims to analyze the legal tools used in social control. Being these varied, in order to follow the constant behavioral changes of the Brazilian citizen, as well as to interfere in acts and / or conceptions that can prejudice the professional and intellectual development of some social groups, considered as "disadvantaged groups". The importance and role of public hearings in the present day is addressed, explaining how they enable participatory democracy, which is part of the individual's ability to participate directly in decisions on matters relevant to the country. Affirmative action policies enter the Brazilian legal system as a great ally of the popular strata, since they aim to offer equal opportunities to discriminated social groups. The Quota Law is highlighted, showing how it emerged and the process of legitimacy, through the Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41). The effects of this, are also explained throughout the article. In addition, other measures that equate rights and guarantee the protection of disadvantaged

¹ Professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica e de Sociologia das Instituições Jurídicas no Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL), Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. E-mail: sergio@mundoemmovimentos.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6152-4922>

² Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Pesquisadora em Iniciação Científica. E-mail: sarahfrancamendonca@hotmail.com

³ Doutor pela Université Stendhal Grenoble 3 (França). Mestrado em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS). Membro do Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Professor do Centro Universitário Cesmac. E-mail: jgonzagavieira@gmail.com

groups, especially the Brazilian black population, which has a past of martyrdom and social segregation, are highlighted.

Keywords: Affirmative action. Quota. University.

Sumário: Considerações Iniciais 1. As políticas de ação afirmativa no sistema jurídico brasileiro. 1.1 Análise quantitativa do isolamento do negro pobre na sociedade brasileira hoje. 1.2 Histórico das ações afirmativas. 2 Como atuam as audiências públicas: o caso das cotas nas universidades públicas. 2.1 O Poder Judiciário ouvindo a sociedade civil. 2.2 2.2 O Poder Executivo se manifesta. 3 O Recorrente se manifesta. 31 O Recorrido responde. 4 O pluralismo jurídico na construção da jurisprudência. 4.1 Monismo x Pluralismo jurídico: um debate contra anacronismos normativos. 4.2 O ativismo judicial pela superação da omissão na neutralidade forense. 5 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41)- Lei de Cotas no Serviço Público Federal. Considerações Finais: Consequências possíveis aos olhos da sociedade civil Referências

Considerações Iniciais

A insuficiência das leis para resolver os problemas de nosso cotidiano é flagrante no Direito contemporâneo. Todo o debate entre Monismo e Pluralismo tornou-se obsoleto em meados do século XX diante dos desafios do século XXI. Para uma sociedade crescentemente diversificada nos hábitos de seus cidadãos, é preciso ter ferramentas jurídicas para controle social que sejam igualmente variadas. Porém, as recentes leis sobre cotas para afrodescendentes e indígenas em universidades públicas e concursos públicos tendem a criar condições para modalidades de ação afirmativa. Este artigo visa investigar os efeitos da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e das decisões da Suprema Corte brasileira que atestaram a constitucionalidade destas políticas públicas.

Têm ocorrido, nos últimos anos, diversas audiências públicas perante os tribunais superiores brasileiros, principalmente a máxima corte nacional. Para resolver dilemas contemporâneos sem precedentes normativos locais, o tribunal, chamou para consulta não apenas especialistas de diversas áreas, mais as pessoas que seriam atingidas pelos novos entendimentos jurídicos, estas também puderam se pronunciar. Assim, a suposta distância entre magistrados e cidadãos diminuiu significativamente.

Para os fins desta investigação, foi estudado o caso da audiência pública sobre a constitucionalidade da lei de cotas para universidades públicas brasileiras. A argumentação dos magistrados foi confrontada àquela de especialistas de diversas áreas bem como de movimentos sociais e estudantes beneficiados por cotas.

No primeiro momento, é explicada a lei de cotas e seu contexto social nas duas últimas décadas em diversas universidades brasileiras. Para que sua importância conjuntural fique clara, esta é analisada de acordo com as circunstâncias gerais que marcam as cotas para grupos em desvantagem da sociedade. Em seguida, o debate em curso na sociedade brasileira foi acompanhado tendo por resumo as reflexões expostas no evento, realizado entre os dias 03 e 05 de março de 2010.

Na implantação de ações afirmativas no ensino superior público nacional, o Brasil implantou o sistema de cotas sociais, em que são utilizados critérios de definição de classes socioeconômicas, e critérios étnicos, nas chamadas cotas raciais,

para as quais os candidatos à seleção pública são selecionados entre indígenas ou entre negros. Tal distinção foi considerada para efeitos deste estudo, porém, a cota racial será analisada a fundo, uma vez que esta é foco do STF.

No Brasil, há programas de financiamento estudantil implantados pelo governo federal para estudantes vindos de grupos em desvantagem da sociedade. Contudo, estes casos são voltados à faculdades e universidades particulares. Portanto, também não são objeto da reflexão da corte maior do país.

É preciso lembrar que não há vagas para todos os egressos do Ensino Médio no país. É preciso selecioná-los para as vagas existentes. Por isto, os critérios de eficiência e mérito como contrapostos às compensações por desigualdades históricas (no caso de negros e índios) ou socioeconômicas (no caso de vagas para estudantes de baixa renda familiar) são de grande importância para o presente debate.

Após estes pressupostos sociopolíticos, bem como os argumentos que os fundamentaram, é a vez do contexto jurídico-teórico, que torna possíveis fenômenos como as audiências públicas por parte de juristas e operadores do direito. Assim, as teses do Pluralismo Jurídico e do Neoconstitucionalismo serão investigadas em linhas preliminares para mostrar que nada do que vem sendo feito é isoladamente realizado, mas parte de um novo cenário para o direito ocidental.

1. As políticas de ação afirmativa no sistema jurídico brasileiro

1.1 Análise quantitativa do isolamento do negro pobre na sociedade brasileira hoje

Não são poucos os indicadores sociais que apontem para a ausência de igualdade entre grupos em sociedade. Mais do que “minorias sociais”, usa-se, hoje em dia, a expressão “grupos em desvantagem”, exatamente por isso⁴. Se todos desfrutam da mesma igualdade perante a lei, idênticos na abstrata nomenclatura dada pela cidadania, materialmente diversos fatores sociais criam barreiras que se contrapõem às oportunidades para o acesso ao trabalho, à saúde, à educação, a relacionamentos afetivos. As distinções são imensas.

Enquanto a ordem pública estaria fadada a lidar com a igualdade formal, as demandas por por espaço na convivência apenas recentemente passaram a ser juridicamente reconhecidas, não atribuídas apenas a questões socioeconômicas. A necessidade da intervenção do Estado para dirimir desigualdades históricas é flagrante. Assim, apontam os números de estatísticas sobre escolaridade dos grupos em desvantagem no país. Para os objetivos do presente estudo, serão apresentados apenas números correspondentes à população negra brasileira.

Mário Lisboa Theodoro, Diretor de desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), foi ouvido pela Audiência Pública examinada neste estudo. Como um dos responsáveis por um estudo sobre desigualdades raciais no Brasil, ele relacionou durante 15 minutos números que esclarecem o problema. O IPEA tem estudado há dez anos desigualdades raciais no Brasil. Foi constatado, em

⁴ GARGARELLA, 1999.

números de 2010 apresentados na Audiência Pública, que um trabalhador negro ganha, em média, metade da renda de um trabalhador branco. Além disso, o percentual de negros abaixo da linha de indigência é 2.5 superior do que o de brancos. A população negra são quase 70% dos pobres. Do total de indigentes, 71% são negros. Do total de crianças em idade escolar, 571.000 crianças, 61% são crianças negras.

É importante lembrar que todos os institutos de pesquisa brasileiros usam o critério de autodeclaração de raça. Devido à ampla miscigenação nacional, há milhares, talvez milhões, de brasileiros que poderíamos considerar negros mas que se declaram de outra etnia. Por isso, os números podem ser ainda piores. Consideram-se apenas aqueles que afirmaram no questionário de pesquisa que eram negros. Nas próprias palavras do pesquisador:

O IPEA atesta a consistência da autodeclaração como critério de definição de “raça” no país. Atesta também a consistência das 5 categorias habitualmente propostas (branca, parda, preta, amarela e indígena) face às categorias livremente utilizadas. Atesta, ainda, a consistência da agregação de pretos e pardos dado as semelhanças socioeconômicas entre os dois grupos e as discriminações sofridas por ambos serem da mesma natureza, associadas a mesmas barreiras raciais (estudo de 2003).

Os estudantes negros, sejam homens ou mulheres, encontram-se em desvantagem em relação aos seus colegas brancos em todas as séries e níveis de ensino. No caso dos matriculados no ensino fundamental, os estudantes negros são menos estimulados e sofrem mais discriminação nas escolas, o que prejudica seu desempenho futuro.

Não há neste caso uma dicotomia entre focalização e políticas universais. Pelo contrário, as políticas universais apenas poderão se realizar plenamente se contarem com políticas de valorização da diversidade, uma delas são as cotas.

Por fim, o pesquisador lembrou que, até hoje, foram 52.000 os estudantes negros beneficiados por cotas. As cotas são um mecanismo apenas para ingresso, ninguém sai da universidade por cotas. O que se visa é habilitar negros às mesmas oportunidades no mercado de trabalho, o que não significa que tenham vagas asseguradas. No entanto, impede que encontrem portas fechadas por serem negros.

1.2 Histórico das ações afirmativas

Na perspectiva do sistema jurídico do Brasil, antes de falar em cotas é preciso examinar a legislação contra discriminação. Para isso, serão lembrados dispositivos da Constituição Federal e de leis federais infraconstitucionais.

Há mais de uma norma constitucional que prevê o combate à discriminação, é necessário começar pelos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, descritos no art. 3º, em seu inciso IV consta como um deles: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. No art. 5º, responsável pela tutela dos direitos fundamentais, consta em seu inciso XLII uma forte proteção à sociedade brasileira contra o racismo: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Seria possível afirmar que toda a questão seria anacrônica, uma vez que a genética já descobrira há décadas que não há distinção de raças dentro da espécie humana. Logo, não seria possível falar em racismo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), já decidiu sobre os critérios para racismo no Brasil.

Foi no julgamento do Habeas Corpus n. 82424, em 2003, que se tratou da condenação do editor de livros nazistas Sigfried Ellwanger. Discutiu-se se a Constituição se referia a uma proteção aos negros, à discriminação em geral ou se nada disso seria válido diante da liberdade de expressão. Não se sabia, logo, qual seria a norma de fundo em discussão. Após nove meses de julgamento, prevaleceu o entendimento do Ministro Mauricio Corrêa, segundo o qual “disse que a genética banii o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social, originado da intolerância dos homens”. Raça e racismo seriam, pois, termos cujo significado dependeria de contextos sociais, uma vez que já não pertença mais, no caso humano, da Biologia⁵.

Toda referência normativa a raça ou racismo passara, assim, a ser interpretada como discriminação em geral, sem prevalência de qualquer grupo étnico e sem que coubessem reflexões sobre a racialização da população contra ditames das ciências naturais. Com esta decisão paradigmática, o STF determinou a norma de fundo válida para qualquer pendência de ordem racial no sistema jurídico pátrio.

Com este esclarecimento, chega a ocasião de recordar da legislação infraconstitucional contra racismo. A lei n. 7716, de 1989, regulamenta o texto constitucional sobre o crime de racismo, definindo penas para certas condutas. A lei n. 9029, de 1995, relaciona racismo a discriminação em geral e lida com um contexto mais amplo e que importará de modo mais evidente para os fins do presente estudo. Ao se referir em parte de seu texto à proteção contra discriminação em exames médicos, resguarda seu *caput* do art. 1o. para circunstâncias mais gerais: “Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (...)”.

Diversas leis brasileiras vieram em curto intervalo de tempo para definir cotas para diferentes circunstâncias da sociedade. Protegia-se o acesso de pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, de mulheres às eleições, entre outras condições⁶. Porém, não havia qualquer debate nacional a seu respeito. Esta realidade mudou e necessitou de intervenção do Supremo Tribunal Federal quando foram regulamentadas cotas para o acesso de estudantes negros e indígenas pobres às universidades públicas brasileiras.

No caso brasileiro, as cotas começaram com a Lei n. 10558, de 2002. Antes tratava-se de Medida Provisória, n. 63 do mesmo ano, que fora convertida em lei. Prevê, em seu art. 1o.:

Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros.

⁵ STF, 2003.

⁶ Em 1991, a lei n. 8213, de 1991, definiu cotas no mercado de trabalho para pessoas com deficiência. A Constituição Federal dispõe, em seu art. 37, VIII, sobre reserva de vagas em concursos públicos para este grupo da sociedade.

Foram implantadas com critérios conjugados, socioeconômicos e étnicos, porém esta hipótese não ficou clara em muitas universidades. No sistema de ensino superior do país, há a garantia constitucional da autonomia universitária. Por este fim, o Ministério da Educação fiscaliza os cursos superiores quanto a currículos mínimos e detém a maioria das bolsas disponibilizadas, porém a implantação de mudanças administrativas depende de aspectos que a própria instituição pode estabelecer.

As cotas são, pois, consideradas por seus defensores entre gestores públicos que as implantaram como uma etapa do sistema de ação afirmativa do país. Não guardam semelhança com as cotas existentes para trabalhadores com deficiência na iniciativa privada e no serviço público, pois carecem de perenidade no caso de estudantes. Durarão um limite estrito de tempo, para que contribuam à adaptação da sociedade como inclusiva e multiétnica.

2. Como atuam as audiências públicas: o caso das cotas nas universidades públicas

2.1 O Poder Judiciário ouvindo a sociedade civil

A Constituição Federal brasileira abre espaço para democracia participativa. Audiências públicas se inserem nisso. A Lei n. 9882, de 1999, regulamenta no Brasil as Audiências Públicas perante o Supremo Tribunal Federal. Em seus arts. 1o. e 6o, estão os fundamentos para esse procedimento:

Art. 1º. A argüição prevista no § 1º. do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. (...) Art. 6o. § 1o.: § 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal regulamenta para julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, art. 21, XVII. Há diversos tratamentos para a figura do *Amicus curiae*, especialistas e interessados que colaboram com as questões julgadas.

Têm sido sempre deixadas para temas de grande repercussão, nunca como algo rotineiro. Ocorrerá com reserva de terras indígenas e com células-tronco antes. Quando começaram os trabalhos no primeiro dia de Audiência, havia três ministros da suprema corte nacional presentes: Ricardo Lewandoski (relator do processo e moderador dos debates durante a Audiência Pública), Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Nos dois outros dias, mantinha-se o relator mas alternavam-se outros ministros, segundo a conveniência para cada um de estar presente.

A Vice-procuradora geral da República, Débora Duprat, lembrou aspectos das Ciências Humanas, permitindo o que foi constante durante a audiência pública:

construir em termos sociopolíticos a norma de fundo que a legislação, aparentemente, não trazia clara.

Afirma Duprat⁷ que toda constituição é uma ruptura com uma ordem anterior e um projeto de futuro para uma sociedade. Ela ressaltou três perspectivas para seus argumentos: Filosófica, Política e Jurídica. O momento anterior àquele em que vivemos seria aquele que na Filosofia correspondeu ao Iluminismo, ao racionalismo construtor kantiano. Porque o modelo que se seguiu a esse padrão filosófico era do sujeito cognoscente, sujeito que constrói o mundo. Mas, se a partir de conceitos apriorísticos constitui o mundo este sujeito não pode ter suas diferenças reconhecidas, tem que ser único, sem qualidades, indefinido, representativo de todos os outros sujeitos. Na vertente política, lembra a Revolução Francesa.

O Direito nunca foi alheio à diferença, como salienta Duprat, mas elegeu certo modelo que lhe interessava. Antes da Constituição de 1988, lidava com classificações binárias: “homem x mulher, branco x negro/índios, adulto x adolescente/idoso/criança, proprietário x despossuído, são x insano”. O segundo grupo sempre com um valor negativo em relação ao primeiro grupo. O sujeito de direito então tem cara, cor, sexo, condição financeira sempre bem definidos. A Constituição Federal de 1988, vigente no Brasil até nossos dias, reconheceu o caráter plural da sociedade nacional. Diz isso nos arts. 215 e 216 ao falar de cultura e grupos formadores da identidade nacional, entre negros e índios. A lembrança da vice-procuradora é oportuna. Como consta no texto constitucional:

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.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (...)

V valorização da diversidade étnica e regional Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005

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.(...)

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

⁷ Os parágrafos seguintes até alcançar as citações diretas à Constituição são paráfrases com referências indiretas ao que fora dito pela vice-procuradora.

As referências aos demais grupos acima reforça isto. Recupera o espaço ontológico da diferença. A Constituição Federal fala de cotas para mulheres, para pessoas com deficiência, porque as cotas antes de atentar contra o princípio da igualdade realizam a igualdade material. São a porta de entrada para que as instituições públicas tenham um caráter universal. O saber das universidades tem ainda o saber do grupo hegemônico. Ao falar em meritocracia, é sobre este tipo de saber. Eis por que é diferente implantar nas escolas públicas quem conte a história indígena e afrodescendente, pois não têm quem as conte. Os espaços públicos ainda estão ocupados pelo grupo hegemônico. As cotas, por outro lado, permitem o pluralismo nas diversas instituições nacionais, são políticas inclusivas. Ao contrário da sociedade hegemônica que confina os diferentes aos espaços privados. Diferente do discurso de que cria diferenças, castas, ela inclui, traz para o espaço público a multiplicidade da vida social. As cotas com recorte étnico incomodam porque reconhecem a existência de raças.

O único critério possível é do autorreconhecimento. Uma sociedade hegemônica tem poder sobre classificações. Em uma sociedade plural, cada um afirma quem é. Afirmar que é negro traz consequências posteriores ao ingresso à universidade, ao mercado de trabalho.

Assim, considerou-se no Poder Judiciário que esta era a postura a ser apresentada por parte do próprio Judiciário. As demais manifestações corresponderiam à sociedade civil organizada, a técnicos, representantes do Poder Executivo e das partes envolvidas na ADPF correspondente à questão.

2.2 O Poder Executivo se manifesta

Luis Inácio Adam, então Advogado-geral da União, afirmou, em sua fala na audiência pública ora em estudo, que o constituinte verbalizou o inconformismo da nação, que evoluíssemos de uma realidade estática e formal para um estado de coisas dinâmico, democrático e plural. A busca pela igualdade material não se contenta com medidas repressivo-punitivas regulatórias, mas precisa que o Estado atue de maneira vanguardista com políticas de superação de hábitos de modo a afastar qualquer possibilidade da discriminação ser encarada como um determinismo social indelével. Nada mais natural que os primeiros projetos neste sentido surgissem de universidades públicas, espaço cultural tradicionalmente dedicado à produção do conhecimento crítico. Em boa hora, as universidades públicas fizeram uso de sua autonomia criando programas de inclusão nas balizas da proporcionalidade constitucional com leitura igualitária da democracia, visando sustentar uma visão multicultural da sociedade. Neste ponto, mostra-se pertinente fazer considerações sobre as contestações mais normais às políticas de cotas. Sustenta-se que a raça não seria por si só algo que obstaculizasse o acesso do negro ao ensino superior, mas a precária situação econômica de grande parte da sociedade. Seria visão reducionista da desigualdade racial, que é historicamente determinada. A desigualdade econômica, isolada, recebeu soluções diversas no texto constitucional. Resta evidente que a reserva de vagas não parte apenas de questões econômicas, mas do resgate de minorias alheadas da participação político-social de que têm sido excluídas. Nada mais justo que este resgate comece pelas universidades.

Mais uma vez, foi afirmado que o conceito de raça seria biologicamente inexacto. Para os homens, seria construção mental baseada em certa modalidade de opressão social. Parte do fenótico do indivíduo não só em sua cadeia de ancestralidade. Racismo de estampa em vez do racismo de origem. É suficiente para desconstruir a tese da miscigenação, de uma democracia racial no Brasil. A discriminação opera por medidas diretas e indiretas. O fenótipo do indivíduo torna importante o critério de autorreferência do indivíduo. A política de cotas não pressupõe uma disposição estatal de afirmar a existência humana de raças, mas sim o intuito de combater a discriminação racial. Reconhecimento de uma condição discriminatória historicamente determinada em defesa de uma sociedade efetivamente plural. Para alcançar a igualdade é preciso primeiro reconhecer as diferenças.

Afirma Adam, lembrando Boaventura de Sousa Santos⁸, uma igualdade que não rejeite as particularidades. Na verdade, as discriminações raciais são discriminações culturais, apropriações de grupos sociais. Também não procede o argumento de que haveria discriminação reversa e um Estado racial no país. Primeiro, porque parte de conjecturas sem precedentes históricos. A política geral de cotas tem gerado sadio convívio das pessoas. Por fim, rechaçar que seria oposta ao sistema meritocrático. Rejeita desigualdades pretéritas entre candidatos, perpetuando e fortalecendo diferenças sociais mais do que o mérito que haveria naqueles que não tiveram oportunidades.

O Estado brasileiro possui, em seu governo federal, uma Secretaria de Igualdade Racial, cujo Ministro de Estado é Edson Santos de Souza. Curiosamente, este posto tem sempre sido ocupado por ministros negros, assim como a secretaria especial de direitos da mulher tem sido ocupada por mulheres. É como se o próprio Estado tivesse suas cotas, infelizmente, como se sem pertencer ao grupo em desvantagem em discussão não fosse possível defendê-lo. Lembro que as Secretarias Especiais têm status de Ministério no Brasil.

O secretário iniciou sua defesa das cotas lembrando que apenas recentemente foi recuperado o comércio exterior brasileiro com o continente africano, ignorado em relações econômicas desde o comércio escravagista de séculos atrás. Brasil participou da Conferência contra Racismo em Durban com entusiasmo, é signatário e tem sido referência no mundo nas ações de combate à desigualdade racial. O negro ficou sem mecanismos de inclusão, seja no acesso à terra, seja no acesso à educação ou ao trabalho logo da abolição da escravidão. Ele lembrou dos números que foram repetidos por diversos expositores, e que já estão presentes neste estudo em outra seção.

Em seguida, o secretário ponderou que as cotas não são a solução definitiva para a redução da desigualdade, mas um instrumento que oferece uma perspectiva de futuro para uma parcela esquecida do povo negro brasileiro que sonha com a universidade, formar-se nas mais diversas áreas, e cabe ao Estado lhes assegurar. Não há notícias de segregação nas universidades já beneficiadas por cotas e a ciência social deve se apoiar em fatos para definir perspectivas de futuro. O que se observa é que não há indícios de grandes conflitos na sociedade brasileira. São cerca de 60 universidades que adotam cotas sem grandes conflitos. Exemplo da PUC-RJ. Há 15

⁸ Não foi mencionada alguma obra, mas é possível encontrar essas ideias na seção seguinte do presente estudo, quando a contribuição de Boaventura de Sousa Santos ao Pluralismo Jurídico será examinada..

anos recepciona estudantes via pré-vestibular para negros e pobres. O convívio destes com os demais estudantes tem sido absolutamente cordial e democrático.

Uma outra secretaria especial é a de Direitos Humanos, cujo secretário é Erasto Fortes de Mendonça.

Ele relembrou o papel histórico da Declaração Internacional de Direitos Humanos, com referências a Norberto Bobbio e Hanna Arendt a este respeito (não foram mencionadas obras). Interessante sua pontuação sobre a Constituição Federal, pois inicia-se pelo Preâmbulo constitucional, apesar dele não ter força de norma (segundo a interpretação do secretário), mas que ressalta mesmo assim que o papel de nossos representantes eleitos reunidos é constituir um Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana é inata como atributo ontológico. Para defender esta frase forte, exige que seja reconhecido como a legislação brasileira já se opôs à dignidade da pessoa humana, quando sustentou a escravidão negra e o massacre indígena por séculos. O país que mais importou negros escravizados e o último a abolir a escravidão. Até o século XIX, negros mesmo libertos precisavam solicitar a dispensa de defeitos de cor, atestado pelo qual abdicavam da negritude para ocupar cargos públicos, militares e eclesiásticos. No campo educacional, instrumentos legais impediram o acesso de negros aos bancos escolares, como o Decreto 1.331 de 1854 que reformou o ensino básico brasileiro com a obrigatoriedade da escola pública para crianças, mas em seu art. 2o. Dizia que não seria admitida a matrícula para aqueles que tivessem moléstias contagiosas, os não-vacinados e os escravos. A abolição da escravidão não deu reconhecimento aos negros da sua dignidade, mas licença para serem objeto de preconceitos, como marchinhas carnavalescas atestavam, “O teu cabelo não nega mulata...”.

O secretário de Direitos Humanos lembrou que são diversos os instrumentos internacionais que o Estado brasileiro ratifica para combater a discriminação racial. Convenção contra discriminação racial da ONU e a primeira Conferência contra Racismo e Xenofobia de Durban, em 2001. Esta insta os Estados a ter programas de ação afirmativa, inclusive no campo da educação. A própria Constituição Federal sinalizou o acolhimento destas medidas, pois nos fundamentos da República estão ações transformadoras do quadro social e político, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, promover o bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade nem qualquer outra forma de discriminação. Os verbos utilizados pelos constituintes ao definir os objetivos fundamentais da República reclamam do Estado um comportamento ativo, obrigações transformadoras do quadro social e político. Não se trata apenas de impedir o preconceito mas de agir por uma mudança social.

A educação é assinalada como um direito humano no art. 26 da declaração de direitos humanos. A Secretaria Especial de Direitos Humanos compreende portanto a justiça de emprego de ações afirmativas como cotas raciais para o ingresso no ensino superior brasileiro e entende que as políticas universais de acesso não lograram êxito no sentido de incluir esta parcela da população.

Compreende também a especificidade da discriminação racial frente a questões econômicas, pois não parece ter o mesmo significado no Brasil ser branco pobre e ser negro pobre. Este é discriminado duplamente, pela condição socioeconômica e pela condição racial. O racismo não pergunta às suas vítimas qual é a sua renda mensal. Secretaria Especial de Direitos Humanos compreende ainda que o princípio da igualdade de oportunidades requer a atuação do Estado para

corrigir desigualdades artificialmente criadas pela sociedade pela promoção de oportunidades iguais às vítimas de discriminação para que usem serviços educacionais. Tendo em vista o sistema de mérito, pertencer à raça não é condição suficiente para ser beneficiado, o critério de mérito também deve ser satisfeito. As ações afirmativas também não querem ser uma discriminação em desfavor das maiorias. Por isto a necessidade de fixar percentuais mínimos para assegurar a presença de minorias bem como a natureza temporária destas ações. Não são excludentes, portanto, de políticas universalistas da qualidade da educação básica. Ao contrário, devem ser uma combinação como tem sido o empenho do governo brasileiro ao compreender a educação como um processo sistêmico em que os diversos sistemas educacionais se complementam solidariamente.

Somos, finalmente, levados a não enxergar o sistema de cotas como um favor fornecido pela sociedade, mas um benefício pois ao tornar-se parte da universidade a população negra contribui para a democratização do espaço acadêmico. A universidade tem sabido usar com maturidade e responsabilidade a autonomia universitária assegurada pela Constituição para assegurar diferentes modalidades de ingresso ao ensino superior.

Fora do campo das secretarias especiais, foi designada a Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC), Maria Paula Dallari Bucci. Com diversos gráficos, ela defendeu que tem havido uma evolução contínua no tempo de escolaridade dos brasileiros acima dos 25 anos de idade nos últimos anos. A escolaridade de negros e brancos mantém a mesma distância desde 1987, com aumentos graduais na distância. Entre 15 e 17 anos, a diferença é ainda mais aguda. No acesso ao ensino superior, a melhora no acesso não chegou aos negros.

O Exame Nacional do Ensino Superior, que traz números sobre o desenvolvimento da educação brasileira nas faculdades e universidades, também teve seus dados apresentados. Uma pesquisa com base em 10 cursos do ENADE mostra, segundo a secretária, que os cotistas entraram em todos os cursos com defasagem na sua formação básica, mas o desempenho no final dos cursos foi equivalente quando não foi superior aos não bolsistas.

Apesar da ação judicial referir-se a negros, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) fez-se presente por meio do seu presidente, Carlos Frederico de Souza. Ele defendeu o fim do critério de integração ser a perda da identidade étnica, antes usado com negros e indígenas, critério de integração punitiva, em que era preciso o caráter homogêneo da identidade nacional.

Ele afirmou, ressaltando o caráter ideológico presente em muitas das reflexões sobre cotas, que existiria na afirmação da identidade étnica um direito à opção contra a modernidade do capitalismo ocidental.

O presidente da FUNAI inovou frente aos demais depoimentos do primeiro dia de Audiência Pública, pois converteu parte da sua exposição em um depoimento. Afirmou que ensina em um Mestrado sobre Direito Ambiental na UFPR, onde dois mestres são indígenas, de etnias Pacararu e Guarani. Ambos atuam como advogados nas comunidades indígenas. A universidade, a diversidade na pesquisa, os alunos que com eles cursaram o Mestrado, ganharam mais do que o título que eles ganharam. Professores puderam ter intercâmbio claro de conhecimentos. Reduzir ou impedir as cotas seria atécnico e contrário ao desenvolvimento da ciência, por todo o conhecimento sobre a natureza que é próprio das comunidades indígenas e se cercearia o acesso pelas universidades.

As desigualdades raciais mantêm-se a cada geração com perversa estabilidade dando ao Brasil, apesar da crescente prosperidade no país, o título de mais desigual das Américas.

3 O Recorrente se manifesta

Roberta Fragoso Kaufmann, advogada do Partido Democratas (DEM), que pediu para manifestar-se na Audiência contra as cotas, começou por fazer reservas a grande parte dos argumentos até então apresentados. Afirmou, por exemplo, que não se discutem nessa ação cotas para índios. No plano de metas da UnB há vagas para índios mas não foram atacadas pela ação. Também não se discute o modelo de ação social implementado no Brasil. Quase toda a totalidade da argumentação jurídica sobre o tema vinha discutindo a distinção entre igualdade material e formal, citando Aristóteles e Rui Barbosa sobre a proporcionalidade. Porém, apesar de idealmente todos concordarem, não nos define o que em cada contexto seja minoria social.

Não é por que existam cotas, afirmou a título de exemplos na perspectiva internacional, para dalits da Índia ou esquimós do Canadá que toda medida igualitária será válida em qualquer localidade do mundo. É preciso ver o que, em cada sociedade, seja minoria apta à intervenção estatal. Tanto é que nessa ação não se discutem cotas para deficientes, mulheres nem se discute sermos uma sociedade racista. Contudo, o racismo deve ser punido como crime, como ocorre com outras minorias que não são protegidos por cotas mas protegidos por lei contra discriminação, como hare-khrishna, nordestinos, homossexuais etc⁹.

A ação, verdadeiramente, discute se a imposição de um Estado racializado, racismo institucionalizado com base na cor da pele, se é a medida mais justa para uma sociedade mais igualitária. Têm sido implementadas tais políticas com base no Direito comparado, com resultados desastrosos em Ruanda, África do Sul e Estados Unidos. EUA iniciaram as cotas raciais. Nunca houve lá miscigenação tal qual no Brasil, por leis contra relações interracialias. Até 1977 casamentos entre pessoas de raças diferentes ainda era proibido. Racismo institucionalizado. Desde o hospital onde nascia o indivíduo até o cemitério onde ele era enterrado, todas as instituições segregavam com base na cor da pele. Qualquer espaço de convivência social. Foram implementadas culturas paralelas em que brancos e negros não se misturavam. Houve um suporte social com base na Klux Klux Kan, que chegou a ter milhões de membros.

Dworkin (não se refere a em que obras), que é favorável às cotas raciais, não usa de argumento igualitário, mas da diversidade. Que é importantíssimo que brancos e negros ao menos uma vez na vida consigam conviver no espaço público. Ele revela a importância de observar valores daquele outro povo, porque são culturas verdadeiramente separadas. Essa ideia de país racializado teve o beneplácito da Suprema Corte com a famosa decisão de 1896 no caso *Class versus Ferguson* quando se deu início à doutrina “iguais mas separados”. Não podemos esquecer que todas as esferas de governo aplicavam a segregação racial.

⁹ O tom empregado pela advogada deixa evidente, na generalização dos grupos mencionados, que tenta diluir a relevância do tema em análise. Sua divergência, infelizmente, cai para o desprezo à perspectiva da heterogeneidade social exigir a aplicação de regras de proporcionalidade para ações afirmativas.

Nos EUA, os critérios de distinção racial eram muito precisos, por se lidar apenas com dois grupos: ou você é branco ou você é negro, o que era constatado pela regra de “one blood drop” (uma gota de sangue), ainda que o fenótipo fosse branco. Mesmo assim nunca os negros foram mais de 13% da sociedade norte-americana. As cotas raciais surgiram nos EUA, ironicamente, a partir de um presidente branco, racista, conservador e que, em campanha, se havia declarado contra as cotas raciais, Richard Nixon. O primeiro plano de cotas raciais nos EUA surgiu em 1969 o Plano Philadelphia. Os presidentes anteriores, Kennedy e Johnson, sempre foram contrários à discriminação mas sem jamais atuar de maneira inclusiva. Por que Nixon? Ele não pôde fugir do contexto. Houve o assassinato de Martin Luther King, apesar dele ser contra cotas raciais (“eu não justifico cotas raciais diante de tantos brancos pobres”). Nixon respondeu a um barril de pólvora em que estava se tornando a sociedade de seu país.

Caetano Cuervo Lo Pumo, advogado de Giovane Pasqualito Fialho, recorrente e membro também do DEM, lembra que seu cliente ingressou com a ação que ora deu margem à presente Audiência Pública porque, sendo professor de música do ensino fundamental, 132º colocado em um universo de 160 vagas do vestibular, que teria se classificado pelo critério do mérito, que foi excluído devido às cotas. Este critério “inclui excluindo” afirma Pumo. Até então foram debatidos apenas os incluídos, mas foram esquecidos os que são excluídos apesar do seu mérito. Estudou em uma escola privada de classe média de Porto Alegre, não é economicamente privilegiado, estaria no 5º período de Administração.

Ele apresenta sucessivos critérios de contestação. Sobre a forma: pode a universidade definir esse critério sem lei? O Congresso Nacional tem uma Comissão de Educação, uma Comissão de Constituição e Justiça. Lá, assim, é possível definir um critério melhor. Sair de escola pública, mesmo as da elite da escola pública, é critério. O PROUNI usa critérios melhores, com imposto de renda da família, comprovantes de renda familiar.

Pode trazer problemas na ordem internacional para o Brasil, adverte Pumo. O Brasil é signatário do Tratado de San Salvador¹⁰ que, como nossa Constituição, buscam garantir o ensino fundamental para todos e o ensino superior conforme o mérito. Não é diferente da declaração da UnB de 1958. De acordo com o advogado, seria preciso se explicar perante cortes internacionais como se exclui com base em presunção.

¹⁰ Não foram mencionados em sua exposição os artigos específicos mas cabe lembrá-los. Não é tão fácil afirmar que o Brasil viole o protocolo de San Salvador. Vejamos dois dos seus dispositivos. O art. 13, item 2, assim se encontra: “2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz”. No item 3, duas alíneas ressaltam o risco de má-fé do procurador, pois as normas dizem o contrário do que ele se propõe: “c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;(…) e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”.

3.1 O Recorrido responde

Em nome da Reitoria da UnB, José Jorge de Carvalho, apresentado como pesquisador do CNPq, lembrou que a proposta de cotas na UnB surgiu da constatação de que o espaço da universidade era segregado e hostil aos estudantes negros que dele faziam parte.

Em 20 anos de existência, o programa de doutoramento da universidade ainda não tinha recebido nenhum estudante negro. No ano 2000, já como parte da formulação da proposta de cotas, foram realizados dois censos de identificação. O primeiro foi voltado a saber quantos eram os professores negros na universidade. Sem dificuldade, foi constatado que a UnB tinha apenas 15 professores negros de um total de 1.500 docentes. 40 anos após ter sido criada com uma proposta de modernização do ensino superior no Brasil, a UnB apresentava um perfil de extrema desigualdade racial. No outro censo, visava-se identificar a porcentagem de estudantes negros pobres. Naquele momento, a UnB contava com 20.000 estudantes de graduação e destes 400 residiam na casa do estudante. No CEU, havia apenas 10 estudantes negros, sem contar os estudantes africanos que lá residiam. Se a tese de que os estudantes negros não estariam entre os pobres e, por este motivo, as cotas raciais não seriam necessárias fosse correta, deveriam existir pelo menos 180 estudantes negros no CEU. Mas não foi o que aconteceu, os estudantes negros eram apenas 2,5% dos mais pobres.

Afirma ainda o representante da Reitoria que a UnB foi a primeira universidade federal a adotar esse sistema. Já possui, desde o segundo semestre de 2004, cerca de 4.300 cotistas negros. Um resultado visível desta política é que o percentual de estudantes negros na UnB já alcançam 12% transversais, cobrindo todos os cursos oferecidos pela instituição. A UnB já diplomou 400 estudantes pelo sistema de cotas. A média de rendimento acadêmico dos cotistas é praticamente a mesma dos demais estudantes. A previsão de catástrofe acadêmica não se cumpriu. A previsão negativa de catástrofe na convivência entre estudantes também não se cumpriu. Tanto a UnB quanto as demais universidades que aplicam o sistema de cotas estão pacificadas, sem nenhuma crise institucional.

4.0 pluralismo jurídico na construção da jurisprudência

4.1 Monismo x Pluralismo jurídico: um debate contra anacronismos normativos

Para demonstrar como a reflexão sobre o Pluralismo jurídico é relevante no presente contexto, serão fundamentais as obras de Boaventura de Sousa Santos, pela dedicação que tem tido ao assunto nas últimas décadas.

Nas diversas obras em que se refere ao tema, Santos vem construindo uma conexão direta entre uma nova forma de entender a aplicabilidade do Direito em sociedade e uma nova perspectiva social. Para isto, defende um “posmodernismo de oposição” contra um “posmodernismo celebratório”¹¹. Para examinar tais termos, é

¹¹ As categorias analíticas presentes em “Sociologia jurídica crítica” serão estudadas segundo a edição em espanhol. Apesar do autor ser português, a obra foi escrita sob encomenda para o Instituto

preciso primeiro investigar o que caracteriza a transição da Modernidade para a Pós-modernidade. É com base em estes pressupostos que o sociólogo português nos permite entender a necessidade do pluralismo jurídico e a superação histórica do Monismo jurídico. Esta será a sequência da construção das ideias a este respeito no presente estudo.

A Modernidade, em termos gerais, vem sendo caracterizada por uma visão linear do tempo e do espaço, tendo em vista a busca da máxima objetividade. Com o império do conhecimento científico, com a Revolução Iluminista trazendo a subjetividade dentro de ditames engessados pela Revolução Industrial. Assim, os últimos séculos da construção racional do conhecimento têm sido pautados por sequências ordenadas de fatos segundo a sua evidência, ou seja, pela possibilidade deles serem provados por quem os afirma. Como afirma Bauman:

A modernidade era uma concepção de movimento e mudança que acabaria por fazer das movimentações e transformações algo redundante, obrigando-as a operar fora de suas próprias atividades – uma concepção de movimento e mudança, mas com uma linha de chegada. O horizonte que a modernidade mirava era a visão de uma sociedade estável, solidamente enraizada, da qual qualquer desvio mais acentuado apenas pode ser uma mudança para pior¹².

A Pós-modernidade, por outro lado, visa afirmar que esta certeza depende plenamente de quem interprete os fatos, que por sua vez podem ser apenas representações consolidadas, consensuais, dentro de certos grupos da sociedade. A nossa subjetividade, a percepção de cada um, poderá transformar a visão social de mundo e confundir-se com a verdade científica, pois será possível provar segundo cada linha de raciocínio diversos fenômenos percebidos no mesmo fato social.

Assim, passa a ser possível uma visão fragmentada do mundo, em que fenômenos são estudados sem a busca por uma Totalidade que os aglomere, que os conecte dando um sentido uno e contínuo¹³. Toda continuidade de sentido passa a ser considerada uma imposição de um viés epistemológico sobre outras possibilidades epistêmicas. Do mesmo modo, a historicidade dos fenômenos deixa de ser fundamental, uma vez que nada seja meramente evolutivo em nossas vidas, mas caracterizado por avanços e recuos no dia a dia das lutas sociais.

Desse modo, toda forma de conhecimento permite enriquecer a visão do presente, uma vez que não exista uma linha histórica “oficial” ou “autorizada”. O senso comum passa a ser uma parte necessária da reflexão científica. É assim que se enriquece o pluralismo jurídico, pois o Direito não terá mais legisladores e

Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, da Colômbia, mantendo-se inédita na própria língua do sociólogo.

¹² BAUMAN, 2010, p. 12.

¹³ Como afirma Bauman: “A visão pós-moderna de mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem, cada qual gerado por um conjunto relativamente autônomo de práticas. A ordem não prece as práticas e, por conseguinte, não pode servir como medida externa de sua validade. Cada qual dos muitos modelos de ordem só faz sentido em termos das práticas que os validam” (BAUMAN, 2010, p. 19). É de se observar que após cerca de 40 anos utilizando a expressão “modernidade líquida” Bauman, para efeitos didáticos facilitando a compreensão de suas ideias, adota a expressão “pós-modernidade” como sinônimos.

intelectuais autorizados, conforme a crítica de Bauman, mas fontes dispersas segundo as diversas formas de controle social que existam em sociedade.

Bauman aplica a metáfora do legislador para explicar aqueles que explicam a sociedade de modo autoritário, fazendo “afirmações autorizadas e autoritárias que arbitrem controvérsias de opiniões e escolham aquelas que, uma vez selecionadas, se tornem corretas e associativas”¹⁴.

O pluralismo de ideias, valores e práticas passa, pois, a ser um aspecto necessário e inevitável do pensamento social, à medida que grupos sociais os mais diversos tenham seus cotidianos igualmente autorizados por quem detenha as regras de controle social em suas mãos, sem mais ter com tanta firmeza este controle.

É dessa dualidade entre o controle social predominante e o reconhecimento das pluralidades de grupos sociais que Boaventura de Sousa Santos encontra sua classificação de “posmodernismos”. A partir dos paradigmas da Modernidade, ele defende que sejam recuperadas suas formas alternativas que, com o tempo, foram desqualificadas até serem suprimidas¹⁵. Seria celebratório aquele que não siga tal parâmetro, sendo apenas o reconhecimento relativista de todas as formas de coexistência como igualmente válidas, o que inviabilizaria qualquer controle social e resultaria na acomodação diante do poder. Para Santos, eis a chave do “posmodernismo de oposição”, encontrar nas contradições da Modernidade como superá-la segundo o que seja melhor para a humanidade¹⁶.

De acordo com Santos, o Pluralismo Jurídico reconhece tal diversidade cultural para encontrar caminhos normativos alternativos aos nossos problemas. Se durante a Modernidade não fora possível, ocorreria porque o Estado Nação consistia em declarar inexistentes o local e o global, vigendo apenas o que estaria dentro dos limites do Estado¹⁷.

A burocracia passa a ser vista, segundo Santos, como um mediador, um elemento para a comunicação e tomada de decisões que, se permanece partindo de uma autoridade impositiva e procedimentos que visem regularizar e normatizar condutas, não mais atua como entidade fixa, imutável a não ser segundo as regras de quem controla diretamente o Estado de Direito¹⁸.

À medida que a interação entre grupos sociais aumenta e o Direito precisa ser um mediador entre eles, a violência da autoridade estatal passa a ser reduzida. O discurso jurídico perde sua autonomia e passa a ser instrumental para auxiliar na solução de conflitos entre outras áreas da sociedade¹⁹.

4.2 O ativismo judicial pela superação da omissão na neutralidade forense

Em sequência, Santos analisa a massificação democrática do Direito. A prática forense vai abrangendo, segundo a satisfação judicial de reclames de uma pluralidade cada vez mais participante, cada vez menos como “grupos em

¹⁴ BAUMAN, 2010, p. 20.

¹⁵ SANTOS, 2009, p. 19.

¹⁶ “(...) es necesario comenzar desde la disyunción entre la modernidad de los problemas y la posmodernidad de sus posibles soluciones” (SANTOS, 2009, p. 44).

¹⁷ SANTOS, 2009, p. 51.

¹⁸ Idem, p. 56.

¹⁹ Idem, p. 57.

desvantagem” e cada vez mais como grupos sociais com características próprias e que visam ser respeitados segundo estas características²⁰.

A “eficácia simbólica” dos juizes corresponderá à sua garantia processual²¹. Examinemos segundo a Audiência Pública em análise. A possibilidade de tal demanda sair da primeira instância e atravessar todas as fases recursais para chegar ao Supremo Tribunal Federal é uma representação da democracia brasileira. A nossa corte maior convocar uma Audiência Pública porque reconhece que não está apta apenas com argumentos formais, técnicos, da interpretação tradicional das normas jurídicas, para resolver sobre o caso concreto é um reconhecimento do Pluralismo Jurídico como elemento de ponderação das normas de fundo no Direito contemporâneo.

Em seu artigo/depoimento, Márcio Túlio Viana, na condição de quem fora juiz por mais de 20 anos, reconhece que o Judiciário tem imensa dificuldade para ser isento quando lida com grupos sociais com os quais o magistrado não convive. A Justiça discrimina tanto quanto a sociedade, quanto qualquer instância de convivência coletiva. O modo como ele aborda que começa a ser percebida a discriminação vem da simbologia comum entre juiz e advogados, promotores em uma sala de audiência²². Vestem-se de modo semelhante, falam com termos parecidos, pertencem à mesma classe social, deixam, pois, evidente que o autor da ação, pobre, nada tem que ver com todo aquele mundo à parte²³.

A formalidade do rito processual, com prazos determinados para se manifestar na sala de audiência, aparentemente gerariam impessoalidade mas, de fato, segundo Viana, apenas ressaltam a dificuldade judicial para igualar as pessoas. Ao desconsiderar critérios proporcionais que são flagrantes no cotidiano, alimentam desigualdades em vez de enfrentá-las. Mal se ouve quem mais precisa falar, devido ao tempo definido de modo rigoroso para manifestações²⁴.

Ao mesmo tempo em que, com a fragmentação pós-moderna de diretrizes ideológicas de grande dimensão, os vínculos sociais vão se tornando mais fluidos, é preciso enxergar como o Judiciário pode exercer o papel, como sintetiza Garapon, de “último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração”²⁵. Como fazê-lo enxergando que em vez de se falar em uma unidade de grandes proporções mas em grupos em desvantagem e dominantes que devam ter suas relações judicialmente ponderadas é o grande desafio de nosso tempo. Como lembra Garapon, a autoridade (representada pela Suprema Corte, no contexto norte-americano que relata) conecta os fundamentos do poder aos critérios contínuos para sua atualização²⁶. Assim deve se portar o Judiciário, reconhecendo continuamente novos limites culturais à sua atuação e novos valores para empregar nos entendimentos que pacifica em sua jurisprudência.

Por esta razão, Habèrle afirma que somos todos intérpretes de uma norma ao viver em um contexto por ela regulado. Afinal, será o contexto sócio-histórico

²⁰ Idem, p. 88.

²¹ Idem, p. 104.

²² Kátia Albuquerque ressalta essa padronização repressora das distinções humanas ao catalogar o cerimonial rígido que deve ser seguido por magistrados e desembargadores em suas cerimônias oficiais (ALBUQUERQUE, 2009).

²³ VIANA, 2010, p. 256.

²⁴ Idem, p. 257.

²⁵ GARAPON, 1999, p. 173.

²⁶ Idem, p. 182.

vivido que dará certo sentido a cada comando proveniente do Estado²⁷. A norma de fundo será não aquilo que a norma de forma lhe autorize ser, mas aquilo de que a sociedade necessite em certo contexto segundo as interpretações culturalmente prevalentes. Em suas palavras:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos²⁸.

Assim, o Estado, ao reconhecer constitucionalmente aqueles que o integram, atribui-lhes poder sobre a sua própria formação jurídico-política. Será interpretado normativamente segundo o que os conflitos culturalmente legitimados lhe definir como campo de forças sociais. Boson elenca diversas situações em que o juiz, na condição de desembargador, como julgador em segunda instância, por diversas ocasiões necessita ponderar sobre limites para discriminações positivas na esfera juslaboral. A diversidade de formas de contratar que a realidade do capitalismo impõe às relações de trabalho faz com que empregados precisem ser protegidos segundo se estão saudáveis, se são ou não terceirizados, se foram aleatoriamente escolhidos para perdão do empregador após uma greve, entre outras condições em que, sem a intervenção isonômica do julgador, haveria a perpetuação de injustiças²⁹.

Herval Pina Ribeiro realizou uma pesquisa com os juízes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 2002. Após quatro encontros em que foram recolhidas suas falas sobre o cotidiano profissional, a análise dos discursos constatou que é frequente os magistrados adocarem de tanto trabalhar, principalmente pelo peso da responsabilidade do labor efetuado. Uma síntese está em um dos depoimentos recolhidos:

Há coisas que o juiz iniciante nunca viu e aparecem em juízo e que, para ele, não está claro como proceder. Ele quer consultar um colega, mas teme que a consulta seja tomada como sinal de insegurança, fraqueza, falta de conhecimento ou de domínio sobre a matéria jurídica. E não sabe como o Tribunal avaliará tais consultas. Tenta apoiar-se nos livros e na jurisprudência. Superada a fase crítica de iniciação, ciente da falibilidade própria e dos outros, convencido de que não é obrigado a saber tudo, esforça-se para errar menos³⁰.

Torna-se assim fácil compreender a ampla aceitação do Judiciário a audiências públicas, principalmente caso se presuma que o que foi identificado por Ribeiro possa estar presente em outras instâncias judiciais. Como lembra Supiot, a divisão de poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo) não mais parece ser suficiente para esboçar nosso contexto jurídico-político, devido à comunitarização e regionalização de forças. A distribuição de poderes exige concepções novas para

²⁷ HABÈRLE, 2002, p. 15.

²⁸ HABÈRLE, 2002, p. 33.

²⁹ BOSON, 2010, p. 271-273.

³⁰ RIBEIRO, 2005, p. 24.

fazê-los ter sentido em nossas vidas³¹. Em vez da grande quantidade de técnicas que regem cada vez mais nossas vidas laborais aumentar a regulamentação jurídica, a quantidade de problemas para os quais o Direito não tem soluções diretas gera a desregulamentação jurídica. Com ela, as instituições passam a ter cada vez mais um poder moderador de conflitos e cada vez menos de decisão sobre as vidas de terceiros³².

É sob tais circunstâncias, em que a Magistratura não mais é vista como a instância com o controle absoluto do certo e do errado mas moderador de conflitos cujas soluções estão por diversas vezes fora das leis que juízes se organizaram em defesa de critérios de justiça com base na sociedade. Dallari lembra a associação *Jueces para la Democracia*, sediada em Madri, o *Syndicat de la Magistrature*, em Paris e a *Associação Juizes para a Democracia*, do Brasil criada em 1991, em que magistrados possuem posturas ideológicas em defesa de valores sociais claros³³.

Dentro de um processo histórico que Dallari chama de “a boa rebelião” de setores do Judiciário, ele saúda a ênfase das diversas organizações na defesa dos direitos fundamentais, de interesses difusos, de garantias constitucionais em defesa do amadurecimento da democracia em cada país³⁴.

Os instrumentos jurídicos não devem ser vistos, como bem observa Diana Cañal, como um cavalo de Tróia, como subterfúgio para esta ou aquela posição judicialmente sustentável. Por outro lado, a estrutura do Direito deve ser parte do que precisam os cidadãos, pois são eles que lhe dão fundamento ao fazerem seus pedidos pela forma processualmente estabelecida. Contudo, o conteúdo não se esgota na forma usada, mas tem nesta sua ferramenta³⁵. A legitimação dinâmica do poder, possível por meio do acompanhar as transformações sociais, assegura a continuidade de um poder estático (que reside nas instituições perenes) com seu caráter dinâmico (encontrado na atualização da interpretação dos magistrados segundo as mudanças sociais)³⁶.

Assim, a Magistratura torna-se a instância necessária para efetivar formalmente a democracia, por meio da legitimação contínua de demandas sociais que retratem transformações em nosso tempo.

5. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41)- Lei de Cotas no Serviço Público Federal

A decisão foi presidida pela ministra Carmem Lúcia, tendo como relator o ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado dos ministros Alexandre de Moares, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux.

O Supremo Tribunal Federal (STF) validou a Lei 12.990/2014, em 11 de maio de 2017, com pedido de medida cautelar, que assegura à população negra 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, direta e indireta. A matéria apreciada é de extrema relevância, possuindo também significação no que diz

³¹ SUPIOT, 2007, p. 187.

³² Idem, p. 188.

³³ DALLARI, 2002, p. 80-1.

³⁴ Idem, *Ibidem*.

³⁵ CAÑAL, 2003, p. 59.

³⁶ CAÑAL, 2005, p. 28.

respeito à segurança jurídica. A ação compreendeu o parecer de compatibilidade da política de cotas para negros com os princípios de igualdade previstos na Constituição Federal. Também foram tratadas questões de reserva de vagas; como se dá o controle daqueles que se declaram negros e como deve figurar a ordem de aprovação. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é requerente da ação. A decisão foi aprovada por unanimidade no Senado Federal e com 90% dos votos na Câmara dos Deputados.

A ação proposta pela OAB foi fundamentada no fato de que há decisões contraditórias, especialmente, em primeiro grau de jurisdição, havendo também controvérsias no que diz respeito ao critério de autodeclaração ou de controle heterônomo. Dessa forma, diante de decisões conflituosas ou de órgãos que descumprem ação legal, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ação.

O Presidente da República sustentou integral constitucionalidade da Lei, a Câmara dos Deputados não apresentou manifestação e o Senado defendeu a legitimidade formal e material da lei. A Advocacia Geral da República, por sua vez, também defendeu que a Lei corresponde aos princípios constitucionais.

O ministro Luis Roberto Barroso votou pela constitucionalidade da norma, levando em consideração o passado de luta e miséria da população negra no território brasileiro. A Lei é uma forma de mitigar os danos causados a estes povos e garantir o princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º. Fica evidente a semelhança na fundamentação de sua decisão com alguns argumentos anteriormente utilizados, em audiência pública, podendo citar como exemplo o que havia sido falado por Mario Lisboa Theodoro, diretor de desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o qual ressaltou que a Lei de Cotas visa habilitar os negros às mesmas oportunidades no mercado de trabalho e que esta, também serve para impedir que a população negra encontre as “portas fechadas” por conta de sua cor. Segundo o relator Roberto Barroso, esse grupo de pessoas enfrentam mais dificuldades hoje, por terem sido sujeitos a frequentar os piores colégios, desempenharem as piores funções, morarem nos locais mais perigosos e contaminados pelo crime. Fato esse, se faz presente até os dias atuais. Para mais, o secretário de Direitos Humanos, Erasto Fortes de Mendonça, fala que a legislação brasileira se opôs à dignidade humana quando permitiu que houvesse escravidão. Além disso, foi o país que mais importou negros e o último a abolir essa prática. Diante disso, percebe-se que seu argumento também vai de encontro com o passado de dificuldades, proferido pelo relator através de exemplos que comprovam esta tese.

Outrossim, como aludido pela Ordem dos Advogados, a oportunidade conferida a um indivíduo por meio de políticas públicas no combate ao racismo possui não só efeito instantâneo, como também um papel relevante no tocante a gerar efeitos a longo prazo, ou seja, às gerações futuras. Dessa forma, contribui para que a educação e o emprego dos que se enquadram na Lei, influencie o futuro de seus filhos. Como dito anteriormente, não há vagas para todos os candidatos que lutam por um espaço, tanto nas universidades, quanto em empregos públicos, dessa forma, faz-se necessário voltar os olhares àqueles que possuem maiores dificuldades em decorrência da falta de oportunidades, por sua carga histórica de desempenharem na maioria das vezes trabalhos braçais e pela ideia de que os povos afrodescendentes não possuem capacidade para exercerem funções que exijam maior capacidade cognitiva. É necessário ainda, que as barreiras impostas a estes, durante séculos, sejam quebradas. Para tanto, a maneira mais rápida e eficaz de equiparar as

oportunidades, é a adoção de ações afirmativas, como as vagas reservadas a cotistas, que é a principal no Brasil.

Consoante a OAB, a Lei de Cotas objetiva criar ações de combate à desigualdade e viabilizar uma maior participação dos negros nos serviços públicos federais. Ademais, foi ressaltado que as cotas no serviço público são uma representação da extensão das cotas universitárias e demonstram o crescimento das ações afirmativas de combate à discriminação e desigualdade social no Brasil. Garantir a representatividade negra nos cargos mencionados, é uma forma de democratizar o espaço dos empregos públicos, uma vez que o Brasil abriga a maior população afrodescendente fora dos países africanos.

Por unanimidade dos votos e nos termos do voto do relator, o Tribunal julgou procedente o pedido de tornar integralmente constitucional a Lei de Cotas. Foi fixada a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.”

Na decisão não houve audiência pública, porém, entidades admitidas como *amicus curiae* participaram. Dessa forma, foram gerados efeitos práticos semelhantes aos que decorrem de sua intervenção, pois possibilitam a amplitude de debates no STF em torno do assunto tratado, com a diferenciação de que, em audiências públicas, há uma manifestação induzida das entidades, enquanto no *amicus curiae* a manifestação pode ocorrer de forma voluntária.

Conclusão: Consequências possíveis aos olhos da sociedade civil

Considerando-se a questão em termos culturais, é curioso que a grande discussão parta de alguém se declarar negro para alguma vantagem particular. Afinal, a discussão dos movimentos sociais costuma ser que nunca alguém racista tentaria se beneficiar igualando-se ao objeto de seu repúdio. Por outro lado, quem primeiro tinha motivos apenas para vergonha de sua etnia passa a se orgulhar. O Estado afirma que esta pessoa tem sua tutela durante os estudos superiores, portanto poderá ser resguardada a compensação de desigualdades vigentes no seu acesso a boas escolas antes.

Paradoxalmente, as universidades em que mais se realizam pesquisas no Brasil, bem como aquelas de melhor desempenho nos diversos indicadores de verificação de qualidade existentes, são todas públicas. Portanto, aqueles que se beneficiam de vagas públicas porque estudaram em boas escolas particulares garantiriam melhor desempenho nas provas para serem selecionados à universidade, agora disputam com quem sempre estudou em escola pública e tem pele mais escura do que a sua.

Para além das opiniões imediatas e unilaterais de magistrados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal mostram que a diversidade cultural de nossa sociedade não os autoriza a decidir por conta própria, sem ouvir o outro da relação. O formalismo excessivo é, assim, moderado nas Audiências Públicas ao se encontrar tanto argumentos técnicos quanto histórias de vida que permitam reconhecer que não se sabe muito além do que as salas de audiências lhes mostram.

O Pluralismo Jurídico tem permitido o amadurecimento de diversas modalidades de ativismo judicial, com o respeito devido à construção de uma democracia participativa em que todos podem ter o que dizer na solução de seus problemas. A repercussão geral da presente ação traz mais do que novas normas formais para conflitos sociais, mas novos caminhos para a interpretação do Direito como campo de integração de conflitos de forças.

Deste modo as conclusões jurisprudenciais ainda encontram-se em aberto, pois sua efetividade nos fóruns brasileiros, alterando as práticas de seleção discente de universidades públicas brasileiras, trarão novos desafios. Porém, são controvérsias que já trarão como pressuposto o reconhecimento de uma sociedade multifacetada.

Referências

ALBUQUERQUE, Kátia Oliveira Bonifácio. **Egrégia corte**: manual do cerimonial no Poder Judiciário. Maceió: Catavento, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____. **Modernidad líquida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 268-278.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 9882**, de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 10558**, de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 7716**, de 1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 9029**, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24.07.2017.

CAÑAL, Diana. **Decisiones judiciales**: la relación entre normas de fondo y de forma. Buenos Aires: Quorum, 2006.

_____. **Filosofía del Derecho**: una propuesta interactiva. Buenos Aires: Quorum, 2005.

CANTELLI, Paula Oliveira. O negro e as ações afirmativas: a discriminação que inclui. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 312-25.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAYS III, Drew. Acción afirmativa. In: GARGARELLA, Roberto (compilador). **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 41-66.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. Introducción. In: GARGARELLA, Roberto (compilador). **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 11-30.

HAIDAR, Rodrigo. A mão da justiça. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com.br>>. Acesso em: 14 out. 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

RIBEIRO, Herval Pina. **O juiz sem a toga**: um estudo da percepção dos juízes sobre trabalho, saúde e democracia no Judiciário. Florianópolis: Lagoa, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**: para un nuevo sentido común en el Derecho. Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA, 2009.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322884921/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-41-df-distrito-federal-0000833-7020161000000>>. Acesso em 23.07.2017.

_____. **Audiência Pública**: *Cotas*. Audiência pública sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior,

evento realizado no STF, em Brasília/DF, nos dias 03 a março de 2010. TV Justiça. 3 DVDs.

_____. STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. *Notícias STF*. 17 de setembro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

TURNER, Bryan S. **Vulnerability and human rights**. Pennsylvania, USA: Pennsylvania University Press, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 256-259.

Recebido em 26 de julho de 2017

Aceito em 30 de agosto de 2017

O CUIDADO E A ECOLOGIA INTEGRAL¹

CARE AND INTEGRAL ECOLOGY

*Jacson Roberto Cervi*²
*Noli bernando Hahn*³

Resumo: Neste artigo, a questão central que se responde é esta: como manter a sustentabilidade ambiental para que a vida da casa comum se mantenha para as futuras gerações? Apresenta-se o conceito e a categoria de compreensão *ecologia integral* num horizonte de entendimento de uma consciência de cuidado responsável que integra o grito da terra e o grito dos pobres e vulneráveis. *Ecologia Integral* integra a ecologia ambiental, a humana, a econômica, a social, a cultural e a ecologia da vida cotidiana. O cuidado pela terra e o cuidado em relação ao vulnerável e o pobre mesclam-se. Esse entendimento emerge de uma consciência sistêmica, complexa, inter-relacional, interativa e interdependente e de uma consciência de alteridade que incide em ouvir a voz do outro em suas dimensões cultural, histórica, social e econômica. A consciência inter-relacional e a de alteridade fazem emergir a solidariedade humana para enfrentar a crise planetária em curso. Esta perspectiva apresenta-se como vigilante e crítica à proposta mercadológica para a resolução de problemas de sustentabilidade ambiental. O comunitarismo responsivo mostra-se como uma alternativa para a sustentabilidade da vida planetária para as gerações futuras.

Palavras-Chave: Ecologia integral; Cuidado; Comunitarismo responsivo; Degradação ambiental e social; Solidariedade planetária

Abstract: In this article, the central question that is answered is: how to maintain environmental sustainability so that the life of the common house is maintained for future generations? It presents the concept and the category of comprehension integral ecology in a horizon of understanding of an awareness of responsible care that integrates the cry of the earth and the cry of the poor and vulnerable. Integral Ecology integrates environmental, human, economic, social, cultural and ecology of everyday life. Care for the land and care for the vulnerable and the poor merge. This understanding emerges from a systemic, complex, inter-relational, interactive and interdependent consciousness and from an awareness of otherness that focuses on listening to the voice of the other in its cultural, historical, social, and economic dimensions. Interrelative consciousness and that of otherness bring about the

¹ Este artigo é um resultado de pesquisas vinculadas a dois projetos de pesquisa institucionalizados. Num dos projetos, pesquisam-se interfaces entre Direito, Cultura e Religião. Noutro projeto, pesquisam-se temas de Ecologia Política e Direito Ambiental. O artigo mescla conhecimentos pesquisados a partir desses dois campos científicos.

² Professor do Curso de Graduação e Pós-Graduação "stricto sensu" (Mestrado e Doutorado) em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Integrante do grupo de pesquisa CNPQ Novos Direitos em Sociedades Complexas. Pesquisador na área de ecologia política e direito. Pós-Doutorando com bolsa CAPES pela Universidade de Passo de Fundo. Advogado. orcid.org/0000-0003-4209-2153. e-mail: jrcervi@santoangelo.uri.br.

³ Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UEMSP. Pós-Doutorando na Faculdades EST, em São Leopoldo. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito. Participa do Grupo de Pesquisa Novos Direitos na Sociedade Complexa. Pesquisa temas relacionando Direito, Cultura e Religião. orcid.org/0000-0003-2637-5321. E-mail: nolihahn@santoangelo.uri.br.

emergence of human solidarity to face the ongoing planetary crisis. This perspective presents itself as vigilant and critical to the market proposal for solving environmental sustainability problems. Responsive communitarianism shows itself as an alternative to the sustainability of planetary life for future generations.

Key Words: Integral Ecology; Caution; Responsive communitarianism; Environmental and social degradation; Planetary Solidarity

Sumário: Considerações Iniciais. 1. As Distintas Relações Do Ser Humano Com A Natureza Ao Longo Da História. 1.1 Fase Mitológica E Mitoreligiosa. 1.2 Fase Filosófica. 1.3 Fase Científica. 1.4 Fase Do Cuidado. 2 O Cuidado E A Sustentabilidade Socioambiental. Considerações Finais. Referências.

Considerações Iniciais

Chegou-se ao século XXI. Recorrendo-se à observação, ação fenomenológica fundamental para captar os fenômenos da humanidade e da natureza, pode-se afirmar que a consciência do cuidado está, de certa forma, renascendo na humanidade. A consciência do cuidado renasce vis-à-vis à consciência do descuido. A consciência de que não se cuidou emerge a partir da descoberta e construção de verdades científicas de distintas áreas e que despertaram fundamentos para uma compreensão sintetizada em novas categorias de compreensão, tais como *Ecologia Integral*. Esta categoria emerge na ciência como um resultado da consciência da interdependência integradora e integradora que o ser humano representa no conjunto dos sistemas da casa comum.

A expressão *Ecologia Integral* não é apenas um conceito analítico utilizável para fragmentar, dissociar, quantificar, calcular, para, daí, explicar fenômenos, sejam estes naturais ou humanos. *Ecologia Integral* é, também, uma categoria de compreensão. Tal significa dizer que não é suficiente, apenas, fazer ciência explicando fenômenos. Necessário se faz também compreendê-los. Nesse viés, a expressão *Ecologia Integral*, além de uma categoria analítica, é uma categoria hermenêutica que aponta, ao mesmo tempo, para duas direções interligadas e interdependentes: num sentido, a expressão aponta para uma consciência gnosiológica que se desperta a partir da análise que leva a verdades resultantes da explicação; pelo caminho analítico, as pessoas chegam ao conhecimento da lógica dos fenômenos; noutro sentido, a categoria *Ecologia Integral* aponta para uma consciência, não apenas de conhecimento, mas de internalização de um entendimento que poderá transformar e modificar valores, atitudes e comportamentos de sujeitos; pelo caminho hermenêutico, as pessoas não permanecem apenas numa consciência gnosiológica, mas podem integrar uma consciência ético-moral.

A distinção entre análise e interpretação e, ao mesmo tempo, sua interdependência na construção de verdades, ao fazer ciência, é relevante neste artigo pela relação que se estabelece entre *Cuidado* e *Ecologia Integral*. Neste artigo argumenta-se que a consciência do cuidado é elaborada reflexivamente, num processo analítico, e internalizada num processo hermenêutico de reelaboração constante de sentidos e significados. Argumenta-se, também, que a consciência do

cuidado elaborada pelos sujeitos humanos converge numa ética do cuidado que incide em responsabilizar-se por todos os sujeitos que integram numa interdependência os mais diferentes sistemas da casa comum. No nível da responsabilidade, sendo esta, ao mesmo tempo, uma categoria ética e jurídica, interliga-se a noção da sustentabilidade ambiental.

A questão central que se reflete neste artigo é esta: verificando ao longo da história a relação que o ser humano mantém com a natureza e constatando a sua degradação como resultado de um paradigma científico, questiona-se como manter a sustentabilidade ambiental para que a vida da casa comum se mantenha para as futuras gerações? Nesta reflexão sustenta-se que o direito ambiental dos Estados mantém sua função relevante e pertinente em sua dimensão jurídica, porém argumenta-se que a vivência comunitária, com o fomento da solidariedade, consiste numa alternativa para um dos grandes desafios deste século, o de preservar a humanidade num mundo em que predomina o paradigma tecnológico e mercadológico. O despertar da solidariedade integra-se numa consciência de cuidado na ótica de uma *Ecologia Integral*, que não é apenas uma consciência em que se conhecem realidades e fenômenos, mas uma consciência em que se evidencia uma responsabilidade em cuidar da vida integral e sistêmica da casa comum, não deixando apenas o mercado a ditar as regras e as normas do Direito.

Diante dessa temática e mediante a elaboração da pergunta central, a metodologia para se construir a resposta à interrogação delimitadora é, ao mesmo tempo, hermenêutica e analítica. Em toda a reflexão que se faz nesse texto, interligam-se explicação (análise) e compreensão (hermenêutica).

O artigo divide-se em duas partes. Num primeiro momento, faz-se uma análise e uma interpretação de quatro momentos distintos da relação do ser humano com a natureza. Nesta primeira parte, desde a ótica metodológica, pode-se incluir também a descrição. Procura-se, ao analisar e interpretar as distintas relações do sujeito humano com a natureza, descrever momentos históricos dessas relações. O objetivo principal, da primeira parte, ao descrever, analisar e interpretar as distintas relações do humano com a natureza, consiste em esclarecer o que se entende por consciência do cuidado na ótica da *Ecologia Integral*.

Num segundo momento, a reflexão que se faz é uma análise e uma interpretação da inter-relação do cuidado e da sustentabilidade ambiental, mostrando que o comunitarismo responsivo é uma proposta alternativa e um caminho crítico à lógica do mercado para se pensar as relações entre o ser humano e a natureza. Sustenta-se que, para enfrentar a crise planetária, o comunitarismo responsivo, como voz crítica à lógica do mercado, integra uma perspectiva pedagógica de internalização de uma consciência responsável e de cuidado em relação à casa comum, no horizonte do que se entende por *Ecologia Integral*.

1 As Distintas Relações do Ser Humano com a Natureza ao longo da História

Pelos conhecimentos que se possuem hoje sobre a história humana, podem-se descrever, analisar e interpretar, pelo menos, quatro momentos históricos de relações do sujeito humano com a natureza. O primeiro momento pode ser denominado mitológico e mitoreligioso; o segundo, filosófico; o terceiro, científico; o quarto e último é o momento do cuidado. Nesta quarta fase surge a consciência da integralidade e da interdependência sistêmica da casa comum, consciência que fez

surgir a categoria de compreensão e o conceito *Ecologia Integral*. A seguir faz-se a descrição, a análise e a interpretação desses diferentes momentos históricos e das distintas relações e compreensões que se destacam em cada fase. Ressalta-se novamente que o objetivo central dessa primeira parte é esclarecer como, no processo das relações do ser humano com a natureza, a consciência do cuidado foi surgindo e se firmando na ótica e no horizonte da *Ecologia Integral*.

1.1 Fase mitológica e mitoreligiosa

Na história humana, a fase mitológica e mitoreligiosa é a mais longa de sua existência. O ser humano viveu milhares de anos relacionando-se consigo, com os outros humanos, com a natureza e com o grande Outro numa compreensão da vida e numa explicação dos fenômenos e acontecimentos inerente a um imaginário que se denomina mitológico e mitoreligioso. O entendimento da existência encontrava-se seguro envolto a este imaginário possivelmente de tradições milenares. Aliás, há de se ressaltar que o ser humano, pela sua condição psicológica, não vive humanamente sem compreender e explicar. Entender os acontecimentos, compreender os fenômenos, explicar a lógica da vida é condição para uma vida psicologicamente segura. Caso não se tenha essa segurança, a loucura, enquanto desorientação total, se instalaria na vida do ser humano. Quem possibilitava essa segurança existencial aos humanos durante milênios? Não há dúvida de que foram os mitos.⁴ De imediato, deve-se dizer que, se os mitos, durante milênios de anos, foram fundamentais para a existência humana, estes não podem receber uma desconsideração, uma desqualificação e, muito menos, uma desautorização. Pelo contrário, os mitos, ao representar compreensões existenciais e imaginários sistêmicos, necessitam ser por nós compreendidos para não se cometer injustiças em relação aos seus milenares sentidos e significados.

Afinal, o que são mitos? Numa explicação simples, porém não simplista, pode-se afirmar que mitos são narrativas em que os personagens centrais são seres não históricos – no geral são seres divinos - que, no entanto, pelas suas ações, omissões, relações e movimentos significam e dão sentido explicativo aos fenômenos humanos e naturais. Haroldo Reimer afirma que

Com o termo mito faz-se referência a narrativas significativas para determinado grupo social. Mitos são histórias tidas como verdadeiras e que se contam e recontam com diversas finalidades: oferecer sentido e segurança, propor normas e regras, oferecer abrigo simbólico, etc. [...] O termo mito passou por muitas concepções ao longo dos tempos, mas hoje é entendido como conceito genérico para textos sagrados ou religiosos dos povos. Narrativas indígenas, africanas ou mesmo textos da Bíblia ou do Alcorão podem ser entendidos como mitos. Nos mitos, heróis ou deuses ou Deus atuam como instituidores de sentidos e práticas.⁵

⁴ ARMSTRONG, Karen. **Uma breve história do mito**. São Paulo: Cia das Letras, 2005.

⁵ REIMER, Haroldo. *Liberdade religiosa na história e nas Constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013, p. 27.

A narrativa mitológica representa o suporte ao entendimento dos acontecimentos humanos e naturais para povos durante milênios de anos.⁶ A fase mitológica e mitoreligiosa é o período primitivo da história humana. Nessa fase, a natureza aparece ao ser humano como algo gigante, monstruoso, de um poder extraordinário. A natureza se mostra em tempestades, inundações, secas, frio, calor, florestas infinitas, desertos sem fim, colheitas abundantes e penúrias. A natureza se mostra numa paradoxalidade infinita. Nela vida e morte se misturam. Fenômenos diferentes e contrários se evidenciam aos olhos perspicazes e atentos dos observadores da vida natural. Com certeza, o ser humano diante da paradoxalidade natural, em seus inícios, não entendia e não compreendia o que estava se sucedendo.

Como já se afirmou anteriormente, o ser humano necessita de entendimentos e explicações. E ele vai em busca das primeiras explicações dos fenômenos da natureza. Surgem, assim, os mitos para suprir a necessidade de compreender a dinâmica da vida. Aparentemente os mitos são tão ingênuos! No entanto, as narrativas mitológicas e mitoreligiosas elaboram uma profunda expressão do drama, da tragédia, da injustiça, da angústia, da agonia, da finitude, como, também, da felicidade, da harmonia, da paz, da justiça, da esperança, da glória, da alegria, do nascimento humanos.

Como entender e explicar a paradoxalidade da dinâmica da vida? Esta instigante e angustiante pergunta é respondida por Pedro Ramão Hilgert da seguinte forma:

Alguém deve ser o causador dos fenômenos – favoráveis e desfavoráveis – da natureza: são os deuses! E eles devem ter motivos para agir de uma forma ou de outra! Trata-se, então, de descobrir como devemos nos comportar para agradar aos deuses e, especialmente, como devemos comportar-nos para não os desagradar.⁷

A relação entre os humanos e os deuses, de certa forma, é mediada pela natureza, na fase mitológica e mitoreligiosa. A natureza, em sua exuberância e paradoxalidade, manifesta aos humanos a vontade dos deuses. Dito de outra forma, os deuses se manifestam aos humanos através de fenômenos naturais. As narrativas mitoreligiosas/mitológicas são expressões humanas exatamente para propiciar entendimentos e explicações dos fenômenos como manifestações divinas.

Assim, em torno da relação homem-natureza vai nascendo toda a cultura dos povos primitivos: as religiões, os distintos sistemas morais, as diferentes organizações sociais e familiares etc. O eixo homem-natureza é o polo organizador mais profundo dos povos, nesse período. A relação humana com a natureza preponderantemente é de veneração e de temor. Temor não significa necessariamente e exclusivamente medo. Temor integra o sentido de obediência necessária para, de um lado, não ser punido, não ser amaldiçoado e, de outro, de ser abençoado e bendito. A natureza, sim, provoca medo, mas também ela é mediadora de um imaginário vivencial e existencial de contemplação, o que propicia uma relação de diálogo com os deuses mediante os fenômenos naturais, resultando dessa

⁶ ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

⁷ HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missionário de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002, p.34.

contemplação um entendimento de profunda integração do humano com a natureza. Temer a natureza significa, portanto, respeitá-la para não ser punido pelos deuses e poder receber os beneplácitos dela numa profunda integração existencial com ela.

Na compreensão mitológica e mitoreligiosa, o tempo não possui conotação histórica. O tempo mitológico não se reduz ao tempo histórico. O tempo histórico é um tempo situado, contextualizado e, de certa forma, fragmentado, com fraturas e cortes. O tempo mítico não se situa, não se fragmenta e não se delimita a um período, portanto não se contextualiza. O tempo, na compreensão mítica, pode ser captado em expressões, tais como: “No princípio, ...”; “Assim disse Jahweh aos que o quiseram ouvir: ...”; “Quando Deus se manifestou, assim ele falou: ...” Nessas expressões não se sabe em qual tempo histórico possa ter tido uma manifestação divina.

Esta noção de tempo propicia um imaginário seguro, sem fraturas, sem cortes, geracional, de continuidade, perene e de longevidade. A relação do ser humano com a natureza dentro desse imaginário divino/mítico, além de veneração e de temor, caracteriza-se como de continuidade geracional sem interrupções.

No eixo ser humano-natureza, enquanto entendimento mítico, não há agressões à natureza. O imaginário mítico-religioso, mesmo que não se mostre a partir do que hoje se entende por teoria, cria e sustenta relações de temor, de cuidado, de veneração e de respeito entre o ser humano e a natureza. Um texto mítico-religioso que pode ser lembrado para avaliar essa conclusão é a narrativa proveniente de povos do Antigo Oriente, especificamente do povo hebreu, que se encontra, na Bíblia, em Gênesis 2,4-28. Esse texto bíblico relata que o ser humano foi criado por Deus para guardar, cultivar e cuidar a Terra.

1.2 Fase filosófica

A fase filosófica do ser humano com a natureza inicia na Grécia, pelo século sétimo antes de Cristo.⁸ Esta fase se inicia porque há pessoas que têm dificuldades em aceitar as explicações míticas sobre os acontecimentos da natureza e da história. Estes indivíduos são os primeiros filósofos. Eles começam a procurar uma explicação lógica, racional, para os acontecimentos da natureza, primeiro, e da história, mais tarde. Por isto, chama-se este primeiro momento da Filosofia de período cosmológico. Para os filósofos gregos, a natureza não pode ser um caos, uma desordem. Ela deve ser um cosmo, uma ordem.⁹ A suspeita é a de que ela deve ter uma lógica. Ela não pode funcionar de qualquer maneira. Há de existir uma lei que a regule. A relação com a natureza é a de contemplação interrogativa para descobrir leis que a possam regular. Matemáticos e físicos tornam-se os mestres filósofos que mais perguntam do que conseguem responder. Ressaltando novamente, a relação do ser humano com a natureza é a de uma relação interrogativa e contemplativa. As dúvidas e o querer entender são as matrizes motivadoras das relações contemplativas e de admiração com a natureza.¹⁰

⁸ STOERIG, Hans Joachim. **História geral da Filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 101-116.

⁹ HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missionário de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002, p. 36.

¹⁰ STOERIG, Hans Joachim. **História geral da Filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 117-123.

Por isso, se os humanos, com a sua razão conseguirem entender a lógica da natureza, teriam, então, superado o pensamento mítico e poderiam ficar mais tranquilos diante dos acontecimentos naturais. A fase filosófica é, portanto, a fase da descoberta da razão humana e da possibilidade desta de entender a lógica dos fenômenos da vida natural e humana. Esta fase é a de querer compreender racionalmente. É a fase da busca do entendimento de leis que regem a vida.

Assim, nasce a Filosofia: a busca dos princípios lógicos que regem a natureza. Mais tarde, os filósofos também se ocupam em compreender a racionalidade da história, da ética, da política etc. Mas é importante dar-se conta que é propriamente só o povo grego que está nessa busca. O resto da humanidade permanece ainda na cultura mítica.¹¹ E os próprios filósofos gregos procuram apenas os princípios para compreender os fenômenos da natureza. Ainda se está longe do período em que o ser humano vai querer dominar e transformar a natureza. Isso só vai acontecer quase dois mil anos depois, período em que a razão deixa de ser apenas interrogativa, contemplativa e admiradora da natureza para entender sua lógica e torna-se uma razão calculadora, instrumentalizadora e dominadora. Esta razão mostra-se na fase científica.

1.3 Fase científica

A fase científica representa uma mudança paradigmática da relação do ser humano com a natureza.¹² Nas fases mitológica e filosófica predominou uma relação de observação em função da grandiosidade que a natureza representava. O ser humano enxergava-se pequeno diante da força e da imensidão que a natureza representava. O ser humano via-se como um ponto insignificante dentro do horizonte sem fim e imenso que a natureza se mostrava. O temor, o medo, a relação interrogativa e a admiração filosófica, aos poucos vão perdendo força por uma razão muito simples: o ser humano descobriu-se ser racional, teorizou essa descoberta, afastou-se da natureza e sobre ela lançou um olhar diferenciado, assim diferenciando-se dela, entendendo-se sujeito e compreendendo a natureza como sendo um objeto a ser instrumentalizado a seu serviço e à sua utilidade. Esse olhar diferenciado e diferenciador vai gerando uma outra relação. A admiração e o temor esgotam-se ao se projetar o domínio, o cálculo e o olhar técnico-instrumental.¹³

A autocompreensão que o ser humano vai adquirindo é a de “*Dominus*” (pronuncia-se *dóminus*), expressão que significa senhor e dono. Por esta palavra, percebe-se por onde vai se encaminhando a nova relação homem-natureza.¹⁴ Não se quer mais apenas compreender a natureza, como na fase

¹¹ HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missioneiro de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002, p. 35.

¹² OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro de. A difícil integração humana na comunidade de vida da Terra. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, p. 129-133.

¹³ OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro de. A difícil integração humana na comunidade de vida da Terra. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, p. 133-140.

¹⁴ HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missioneiro de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002, p. 33.

filosófica, mas conhecer as suas leis para poder dominá-la e manipulá-la. A fase científica é a fase de um conhecimento instrumentalizador e utilitário.¹⁵ Esta grande transformação cultural inicia no final da Idade Média e vai caracterizar a Idade Moderna: o homem é o senhor da natureza! Esta deve servir ao homem, com tudo o que ela possui. Francis Bacon, um dos pais do ideal da ciência experimental, do empirismo, um inventor do método indutivo, chega a comparar a natureza a uma escrava que deve ser torturada para arrancar de dentro dela tudo o que ela tem, para entregar a seu legítimo senhor: o ser humano.¹⁶

Assim, aos poucos, a partir do século XVI, vão nascendo as ciências da natureza, dentro deste pano de fundo da vontade de poder. Aliás, a partir deste projeto vai se firmando no paradigma científico a ideia de Francis Bacon: “Saber é poder!”.¹⁷ Poder do ser humano sobre a natureza, poder do homem sobre a mulher, poder dos que conhecem sobre aqueles a quem é negado estruturalmente o conhecimento. A concepção epistemológica que vai se moldando na sociedade, o jeito de se fazer ciência, as relações todas que vão se concebendo, vão sendo compreendidas e estruturadas dentro de um molde de dominação, de uso, de utilidade e de instrumentalização.¹⁸

Aliás, como a Europa do século XVI vai entendendo a natureza? Um filósofo francês, René Descartes, diz que a realidade deve ser dividida em duas partes: o espírito (*Res Cogitans*) e a realidade extensa (*Res Extensa*). O que é a natureza? Ela é apenas “coisa” (*Res*), extensão, objeto que está aí para ser usada, utilizada, manipulada, instrumentalizada e transformada pelo e para o ser humano. O antropocentrismo vai se projetando na mente das pessoas e por elas internalizado, constituindo-se desse entendimento, ou seja, de que o ser humano é o centro de tudo, relações de coisificação e reificação com a natureza.^{19 20}

Recoloca-se, nesse contexto do surgimento e desenvolvimento da ciência moderna, a pergunta: Afinal, como surgiu a natureza? Numa decadente visão criacionista mesclada com a ascensão de uma visão mecanicista, Deus é concebido, além de criador, um matemático e um mecânico supremo. Segundo um cálculo grandioso, Deus criou esta enorme e perfeita máquina que funciona como um relógio. Por isto, dá-se a esta teoria de fundo da ciência moderna o nome de “teoria mecanicista”.²¹ Deus criou, como um engenheiro mecânico, todas as peças para que se encaixem de tal forma que tudo funcione bem. Além de uma visão mecanicista,

¹⁵ (CERVI; HAHN, 2016, p. 98-99)

^{16 16} HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missioneiro de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002, p. 260-264.

^{17 17} HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missioneiro de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002, p. 33.

¹⁸ PAPA Francisco. **Carta Encíclica *Laudato Si'***. Sobre o cuidado da casa Comum. Roma: Tipografia Vaticana, 2015, p. 87-95.

¹⁹ CERVI, Jacson Roberto; HAHN, Noli Bernardo. A terra pede paz – a emergência do paradigma do cuidado e a superação do paradigma da conquista. In: **Revista Internacional de Direito Ambiental**. Caxias do Sul: Plenum, n. 15, p.95-116, set/dez. 2016, p. 98-103.

²⁰ PAPA Francisco. **Carta Encíclica *Laudato Si'***. Sobre o cuidado da casa Comum. Roma: Tipografia Vaticana, 2015, p. 95-101.

²¹ MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?** Elementos de Antropologia Filosófica. São Paulo: Paulus, 1980, 44-47.

há a visão funcionalista, onde cada peça, bem encaixada na grande máquina, funcione perfeitamente.

Ora, uma máquina funciona através da perfeita concatenação de peças. Se uma peça estraga, joga-se fora e é substituída por outra. Portanto, a natureza não é vista como um enorme organismo vivo, onde tudo está relacionado, numa interdependência sistêmica, inerente ao horizonte do alcance de *Ecologia Integral*²², mas como um grande conjunto de peças isoladas, de coisas substituíveis e descartáveis. Esta compreensão vai influenciar todas as ciências da natureza. Talvez um exemplo claro para explicar isto seja a medicina: o corpo é uma máquina. Este modelo de ciência ajuda para muitas coisas, mas não dá conta de inúmeras questões para explicar inter-relações entre saúde e doenças.

Mesmo que se fez menção a uma visão teológico-criacionista interconexa com uma visão mecanicista, a visão antropocentrista vai inaugurando uma noção racional de rompimento com a ideia de a natureza ser criatura divina. Este modelo racional antropocentrista vai dando ao ser humano poder sobre a natureza: de agora em diante, não é mais Deus quem “faz” a natureza, mas o homem vai fazendo-a conforme interessa a ele. Aliás, é interessante observar que as ciências da natureza se desenvolvem no século XVI em diante, quando os europeus se deixam embalar pelo sonho de poder, de dominação e de conquista: da natureza, dos mares, dos povos de outros continentes, da economia, da ética, da política e da religião. Tudo o que não era da Europa tinha que ser dominado e “civilizado” por ela! Se isto trouxe muitos progressos técnicos e benefícios, deixou-nos também muitos e graves problemas, porque desembocou numa relação destruidora da natureza e numa exploração neoliberal global dos países pobres. A raiz da questão é a mesma: o desejo de dominar. Por isto, na filosofia da ciência se diz, hoje, com razão, que tal ciência se caracteriza por ser mecânica, masculina, branca, dominadora, que se coloca em lugar de Deus criador, por se julgar ilimitada.²³ Relevante torna-se a observação de que no processo do surgimento da ciência moderna, esta ciência foi sendo endeusada. O processo de sacralização e de endeusamento da visão cientificista foi se afirmando exatamente numa percepção de que a ciência teria poder sobre a vida e a morte; a ciência mostraria o caminho da felicidade humana; a ciência diria o que é certo e o que é errado; a ciência chegaria às verdades que tanto o ser humano necessitava. Afinal, o cientificismo fez com que as dúvidas todas fossem respondidas clara e evidentemente por especialistas e por cientistas que profundamente conheciam a sua peça da grande máquina onde esta peça se encaixava. No mundo da economia, o modelo teológico do endeusamento da ciência foi moldando o mercado como o deus que deverá ser escutado, pois é ele que diz o que é certo e o que está falho. O mercado é o detentor da verdade. É o mercado que deverá ser ouvido para se saber o que é justo ou injusto. Diante de questões polêmicas de justiça, o mercado deverá ser ouvido, porque ele se encontra alicerçado em leis que regulam a vida. O mercado apresenta-se como um ser divino que precisa ser cultuado e adorado. Para a sua defesa, vale a pena sacrificar a natureza e até vidas humanas. Ressalta-se essa dimensão idolátrica do mercado, fruto da visão cientificista da vida, especialmente pela razão do comprometimento, muitas vezes

²² BOFF, Leonardo. A encíclica do Papa Francisco não é “verde”, é integral. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2016, p.15-23.

²³ HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missioneiro de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002, p. 33.

disfarçado e encoberto por interesses ocultos e subterrâneos do referido mercado, do poder judiciário em nossos Estados republicanos.²⁴

No século XX, inúmeras vozes fizeram-se ouvir dizendo que o modelo funcionalista, racional-antropocentrista, mecanicista, instrumentalista, constitui-se no caminho, não apenas da destruição da natureza, mas também da autodestruição da espécie humana. Esta consciência foi se forjando na medida em que verdades científicas foram desautorizando o modelo científico que tem por base o domínio e a instrumentalização do objeto em função e a partir do sujeito. Esta consciência diferenciada fez surgir a categoria de compreensão e o conceito *Ecologia Integral*.²⁵ A seguir, faz-se uma reflexão a partir da dimensão cuidado e se esclarece o significado dessa expressão.

1.4 Fase do cuidado

Não se pode ignorar que na história da espécie humana a dimensão *cuidado* sempre se fez presente. Os humanos não teriam sobrevivido, ao longo de suas gerações, se não tivessem integrado, em suas vidas, a ação *cuidar*. Em que consiste esta ação? Recorre-se, primeiro, a uma expressão da língua alemã que pode nos ajudar a compreender as múltiplas faces de sentidos integrados e interdependentes no substantivo *cuidado* e na ação verbal *cuidar*.

Na língua alemã, o substantivo *Sorgen* integra, ao mesmo tempo, duas faces que se mesclam no significado que se deduz do termo cuidado: preocupação com o outro; preocupação em relação ao outro. Quando uma mãe diz assim para um filho: *Ich haben Sorgen ...* (Eu tenho preocupação ...; Eu me preocupo ...; Eu estou preocupada ...) não expressa, apenas, uma aflição para com um filho, por exemplo, mas nesta aflição mescla-se um desejo protetivo de cuidado ou uma ação protetiva de cuidar. Cuidar, no caso, vincula preocupação e proteção.

Um outro elemento a se destacar e ressaltar provém de pesquisas em Antropologia. A espécie humana torna-se humana ao longo de gerações aprendendo duas dimensões que se tornam constitutivas do seu ser. Como resultados de aprendizagem, estas duas dimensões constituem originariamente o seu ser no sentido de sem elas não seria propriamente humano.²⁶

Uma das dimensões é a dimensão da luta, da busca e da conquista. O ser humano, num processo de humanização, foi constituindo-se um ser conquistador, buscador e lutador. Desde seus tempos mais remotos, a consciência humana despertou à realidade de que a vida não é só gratuita. Ela deve ser buscada em lutas constantes, desde o nascimento até a morte. A existencialidade dinâmica da vida exige atitude de busca, de conquista e de luta.

²⁴ ASSMANN, Hugo; HINKELAMMERT, Franz J. **A idolatria do mercado** – Ensaio sobre Economia e Teologia. Petrópolis: Vozes, 1989.

²⁵ BRIGHENTI, Agenor. A evolução do conceito de ecologia no Ensino Social da Igreja. Da *Rerum Novarum* à *Laudato Si'*. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 52-64.

²⁶ CERVI, Jacson Roberto; HAHN, Noli Bernardo. A terra pede paz – a emergência do paradigma do cuidado e a superação do paradigma da conquista. In: **Revista Internacional de Direito Ambiental**. Caxias do Sul: Plenum, n. 15, p.95-116, set/dez. 2016, p. 98-103.

Outra dimensão e não desvinculada da anterior é a do cuidado. Essa dimensão, que também é resultado de processos de aprendizagem, integra em sentido amplo todo o desenvolvimento da consciência ético-moral. Tornar-se responsável e tornar-se cuidadoso possui uma conexão muito visível desde o horizonte do constituir-se humano. Cuidar, como já se observou anteriormente, inter-relaciona proteção, preocupação, aflição, como, também, comprometimento, compaixão e afeto (do verbo afetar). Somente saberá cuidar quem aprendeu a ser profundamente responsável, comprometido, afetuoso e sensível.²⁷ Quem desenvolveu apenas a consciência gnosiológica, esta consciência de dominar conhecimentos, de conhecer intelectualmente a lógica de determinados fenômenos ou realidades, possivelmente tal desenvolvimento não é suficiente para um sujeito comprometer-se com causas, em que se deva evidenciar uma consciência ético-moral responsável.²⁸

Na observação acima subjaz uma crítica profunda à visão dualista de ser humano que durante milênios se fez presente nas reflexões religiosas e científicas, como também nas vivências que desse entendimento se seguiam.²⁹ A partir da filosofia grega e esta relida por teóricos modernos, o ser humano é concebido como uma coisa pensante (*Res Cogitans*) e uma coisa corpórea (*Res Extensa*). A identidade humana recebia uma tonalidade preponderantemente gnosiológica, intelectual e racional. Esse entendimento subjaz à ciência moderna que concebe o ser humano fundamentalmente como ser racional, intelectual e forjou um ser humano conquistador ao longo de séculos. Enquanto conquistador, racional, gnosiológico, intelectual, a consciência ético-moral de responsabilidade com o outro e de comprometimento cuidadoso, compassivo e afetuoso não se desenvolvia. O ser humano moderno é calculista, conquistador, racional e com uma consciência de alteridade pouco desenvolvida.

A fase do cuidado, que ora está-se refletindo, é a fase da auto-observação e a da vigilância no sentido de observar *que* ser humano sou eu, *que* ser humano somos, o *que* estamos fazendo, *quem* nos fez o que somos e, ao mesmo tempo, é a fase de observar e vigiar os fenômenos naturais e humanos em suas mais variáveis dimensões, para não apenas refletir essas e outras questões, mas também para mudarmos no que necessário for. A fase do cuidado não é apenas uma fase de criar uma consciência racional, mas uma consciência de auto mudança, de transformação de si mesmo e, no sentido coletivo, de nós mesmos.

Uma ressalva necessária e relevante a ser refletida, neste momento, é a de que a dimensão do cuidado é despertada e desenvolvida no ser humano se ele receber uma educação não narcísica em sua vida.³⁰ Já se afirmou acima que a consciência do cuidado se desenvolve no ser humano concomitantemente à consciência ético-moral, consciência em que o homem e a mulher criam uma voz interior e se apropriam dela, pela qual discernem o certo do errado, o justo do injusto

²⁷ BOFF, Leonardo. A encíclica do Papa Francisco não é “verde”, é integral. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2014, p. 124-153.

²⁸ JONAS, Hans. **O Princípio** Responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.

²⁹ OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro de. A difícil integração humana na comunidade de vida da Terra. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2016, p. 90-97.

³⁰ TOURAINE, Alain. **A busca de si**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda, 2004.

e, ao mesmo tempo, há um desenvolvimento de uma autonomia que se projeta e se relaciona ao outro, seja este outro uma pessoa, uma coletividade ou a natureza em suas mais variadas manifestações e vitalidades. Na formação ético-moral há o desenvolvimento de uma consciência autônoma de comprometimento com o outro, o que resulta em cuidados com o outro. O outro me afeta e por isso comprometo-me em protegê-lo. A afetividade despertada e desenvolvida num processo educativo de tornar-se humano brota do desenvolvimento de uma sensibilidade em relação à voz do outro, ao rosto do outro, à situação do outro, ao contexto da outridade.³¹

A educação do ser humano que o leva a enxergar o contexto e a situação do outro não reduz o seu olhar a uma visão míope, no sentido de não levar em conta a história de indivíduos, de coletividades ou da própria natureza. Este olhar amplificado é fundamental para a criação e o desenvolvimento de uma consciência de compaixão em relação ao outro e de comprometimento com mudanças, não apenas de pessoas, mas de transformação de estruturas que reproduzem subterraneamente e ocultamente relações vulneráveis em que pessoas e a natureza são usadas e utilizadas como meios para fins de terceiros.

Está-se num dos temas centrais para se entender a categoria de compreensão *Ecologia Integral*. Pedro Ribeiro de Oliveira, ao analisar a *Laudato Si'*, do Papa Francisco, assim a esta se refere:

Ao assumir a problemática ecológica, a *Laudato Si'* faz um salto de qualidade no magistério social da Igreja Católica. Mais do que introduzir um novo tema no conjunto de problemas sociais, a encíclica alarga o campo da chamada 'questão social' ao vincular o clamor da Terra e clamor dos pobres.³²

No mesmo horizonte de compreensão, Agenor Brighenti, também ao fazer uma análise da *Laudato Si'*, afirma: “Como se pode perceber, o conceito de ecologia integral é muito rico, pois consegue unir o ‘grito da terra’ e o ‘grito dos pobres’”.³³ Agenor chega a esta conclusão ao argumentar que a ecologia integral integra, ao mesmo tempo, e sem negar nenhuma, a ecologia criacional, a ambiental, a humana, a econômica, a social, a cultural e a ecologia da vida cotidiana.³⁴

Ecologia Integral, portanto, não é apenas um conceito *stricto sensu*, mas consiste numa categoria de compreensão que abarca uma amplitude de movimento ininterrupto amplificado que, ao mesmo tempo, é sistêmico, complexo, diverso, multiforme, relacional e dinâmico. Integra, como acima exposto, o grito da terra e o grito dos pobres. Enquanto categoria de compreensão, abrem-se e irradiam-se

³¹ BOFF, Leonardo. A encíclica do Papa Francisco não é “verde”, é integral. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2014, p. 124-153.

³² OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro de. A difícil integração humana na comunidade de vida da Terra. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2016, p. 90.

³³ BRIGHENTI, Agenor. A evolução do conceito de ecologia no Ensino Social da Igreja. Da *Rerum Novarum* à *Laudato Si'*. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2016, p. 63.

³⁴ BRIGHENTI, Agenor. A evolução do conceito de ecologia no Ensino Social da Igreja. Da *Rerum Novarum* à *Laudato Si'*. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2016, p. 52-64.

sentidos e significados de compromisso com o outro, seja este outro sujeito humano, sujeito animal ou sujeito natureza.

Neste horizonte de entendimento, pode-se afirmar que uma educação não narcísica e não personalista desperta e desenvolve no ser humano a dimensão do cuidado, constituidora originária do humano, dimensão tão negligenciada ao longo do desenvolvimento da ciência moderna. Já se tem argumentado que o homem e a mulher modernos receberam uma educação em que o seu centro fora o nível cognitivo. O foco cognitivo, o desenvolvimento racional científico, em dominar o conhecimento de determinada área, com o viés da especialização e com uma metodologia dissociativa e fragmentadora, no sentido de não captar inter-relações e interdependências de saberes distintos, foi decisivo para a formação de uma cultura calculista e funcionalista. Tal cultura foi decisiva para processos de alcance tecnológico inimaginável há séculos, mas também de processos de destruição, tanto do sujeito humano, quanto do sujeito natureza que, na visão cientificista do período moderno, sempre fora vista e tratada como objeto.

Em síntese, conclui-se que a fase do cuidado, fase contemporânea em curso, fez nascer o conceito e a categoria de compreensão *Ecologia Integral* como resultado de análises científicas das últimas décadas, especialmente a partir da segunda metade do século XX, da compreensão da vida em suas múltiplas relações interdependentes, globais, inter-relacionais e sistêmicas, e da emergência da consciência da alteridade. Tal entendimento mostra-se decisivo para uma ética de comprometimento não apenas com os que hoje vivem e existem, mas especialmente com aquelas gerações que estão por vir. O princípio responsabilidade, assim como argumentado e refletido por Hans Jonas, é extremamente relevante e pertinente para se compreender os sentidos e significados da dimensão antropológica do cuidado para a continuidade da vida em nossa casa comum.³⁵

Em continuidade, a reflexão segue inter-relacionando os temas cuidado e sustentabilidade socioambiental.

2 O Cuidado e a Sustentabilidade Socioambiental

As questões afetas ao meio ambiente ilustram particularmente bem a pertinência da análise e interpretação desses diferentes momentos e das distintas relações do ser humano com a natureza ao longo da história. Relações mais humanizadas, com foco no cuidado, tanto entre as pessoas (com acento especial no cuidado em relação aos vulneráveis e pobres), quanto dessas para com o meio ambiente, podem representar uma alternativa à tendência contemporânea de coisificação da vida.

O atual modelo de produção demanda grande quantidade de recursos e não leva em consideração os elevados custos ambientais. Hoje, diante da certeza da finitude dos recursos naturais e da significativa contribuição do modo de vida humano para as transformações climáticas do planeta como um todo, pondo em risco não apenas a vida presente, mas também a possibilidade de vida futura, a questão ambiental está cada vez mais presente na pauta de discussão dos fóruns internacionais. Temas como camada de ozônio, aquecimento global, mudanças

³⁵ JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.

climáticas, dentre outros, além de demonstrarem uma preocupação em nível global com o meio ambiente, evidenciam a necessidade de reconstrução de laços entre as pessoas, de cooperação e participação, de valores compartilhados em prol de interesses comuns como a qualidade de vida de todos.

Todas as iniciativas de mudança, representadas nos inúmeros tratados e convenções internacionais firmados até hoje, ou se mantiveram no âmbito das boas intenções ou apenas foram realizadas parcialmente. O desenvolvimento sustentável, emanado da Conferência de Estocolmo de 1972 para orientar a humanidade nessa transformação, nos padrões adotados atualmente, ao invés de representar mudanças mais profundas, busca apenas abrandar ou humanizar o atual modelo de desenvolvimento capitalista, reproduzindo o sistema produtivo atual. Ao ser dominado pelo mercado, a noção de desenvolvimento sustentável, muito difundida nos dias atuais nas legislações de todo o mundo, está assentada em uma racionalidade econômica, sacrificando muitas vezes o meio ambiente em nome da prevalência das relações de mercado.

Como exemplo recente dessa prática, destaca-se a Conferência de Paris, realizada em 2015 com vistas a revisar as metas do Protocolo de Quioto. Dita Conferência, se por um lado renovou as esperanças de uma ação global em prol do ambiente e da qualidade de vida, por outro, segue a mesma lógica da ideologia de mercado de consumo, agravada pela recente saída dos EUA, que ocupa o topo da lista dos países que mais contribuem para o aquecimento global. Diante desse cenário, constata-se que é o mercado e não o Estado através de leis e muito menos as comunidades, quem determina a capacidade da humanidade em reduzir os efeitos do aquecimento global.

As causas disso, se devido a submissão do Estado ao mercado ou se por pura falta de vontade política, possui pouco relevância para a questão. O fato é que uma mudança na relação entre o homem e o meio ambiente, passa por uma reestruturação do Estado, baseado na participação cidadã, onde as comunidades assumam o protagonismo na definição dos rumos do desenvolvimento, o que depende do reconhecimento da soberania da comunidade, ao lado da soberania do indivíduo e do Estado.³⁶

A ideia de que o ser humano é, por natureza e, ao mesmo tempo, por construção cultural, um ser social, parece óbvio para a ciência hoje. No entanto, o significado disso ou os efeitos da convivência na qualidade de vida das pessoas, na saúde física ou psicológica, é que parece carecer de maior discussão. A maioria dos neurocientistas reconhece o papel dos vínculos sociais na evolução da inteligência humana, residindo na necessidade de lidar com os outros a causa de ser das pessoas. Talvez, por isso, o sentimento de pertencimento a determinado grupo seja fonte de felicidade, bem-estar e de segurança.³⁷

Como os padrões de carreira, moradia, mortalidade e as políticas sociais seguem o comando do capitalismo global, boa parte do mundo parece determinada a adotar um estilo de vida que compõe e reforça a sensação crônica de isolamento de que milhões de indivíduos já estão acometidos,

³⁶ ADÁN, José Perez. *Adiós estado, bienvenida comunidad*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias S.A., 2008, p. 147.

³⁷ CACIOPPO, John T. e PATRICK, William. Tradução de Julian Fucks. *Solidão: a natureza humana e a necessidade de vínculo social*. Rio de Janeiro: Record. 2010, p. 27 e 31.

mesmo quando cercados de amigos e familiares queridos. A contradição é que nós mudamos radicalmente nosso ambiente e a fisiologia continuou a mesma. Por mais saudáveis e guarnecidas pela tecnologia nossas sociedades tenham se tornado, sob a superfície somos as mesmas criaturas vulneráveis que se aconchegavam juntas contra o terror das tempestades sessenta mil anos atrás.³⁸

Nesse contexto, a valorização da vida comunitária vem se apresentando como alternativa a um modelo que tem se demonstrado esgotado em suas próprias bases. O consumismo enquanto fonte de felicidade e prazer também vem gerando disfunções de ordem pessoal, à medida que o materialismo excessivo tem sido causa de conflitos familiares, violência e até mesmo suicídios. A necessidade da solidariedade, da sensibilidade ambiental e da espiritualidade indicam a urgência da construção de uma nova visão de mundo que religue o indivíduo ao universo. O *religamento* pertinente aos dias atuais, segundo Pérez Adán, compreende o renascer da religião voltada a questões comunitárias, de convivência pacífica, de tolerância e de sensibilidade ambiental.³⁹

A falta de solidariedade social e de sensibilidade ambiental reflete os malefícios de um modelo de desenvolvimento individualista e pautado na degradação ambiental. Em nenhum momento da história há registro de tamanho isolamento das pessoas, tampouco as condições de vida no Planeta estiveram na atual dimensão de risco, como na atualidade. A atual crise ambiental deriva da omissão estatal em vigiar o mercado e determinar a atuação deste dentro dos limites de equidade e dignidade humanas, bem como da passividade dos poderes públicos no momento de decidir a respeito de questões ambientais relevantes, a exemplo dos inúmeros acordos e tratados internacionais frustrados.⁴⁰

A vivência comunitária, como alternativa para um dos grandes desafios deste século, de preservar a humanidade num mundo tecnológico e mercadológico, requer o fomento da solidariedade. Essa é a natureza do impulso que nos faz ajudar e que pode ser encontrada na própria identidade de pertencimento a uma mesma nação. No entanto, dada a dimensão planetária da crise ambiental, essa solidariedade precisa ser estendida ao âmbito global, fundada no fato de que todos são parte do meio ambiente. Essa solidariedade ampliada é favorecida pelos atuais problemas ambientais que afetam a todos indistintamente, podendo-se utilizar desse fator generalizante para estreitar os laços de identidade entre os povos e destes para com o meio onde vivem, em nome de uma maior cooperação. Essa compreensão de solidariedade ampliada, numa visão cosmopolita e planetária, ajusta-se à noção de ecologia integral em que acentua-se para além da ecologia ambiental, a ecologia cultural, de respeito às múltiplas culturas, e a ecologia da vida cotidiana, do cuidado de todo o ambiente em que se vive no dia a dia. A solidariedade entre as gerações

³⁸ CACIOPPO, John T. e PATRICK, William. Tradução de Julian Fucks. *Solidão: a natureza humana e a necessidade de vínculo social*. Rio de Janeiro: Record. 2010, p. 72.

³⁹ ADÁN, José Perez. *Adiós estado, bienvenida comunidad*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias S.A., 2008, p. 16-17.

⁴⁰ ADÁN, José Perez. *Adiós estado, bienvenida comunidad*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias S.A., 2008, p. 143 e 144.

pode-se viver de forma cosmopolita e planetária, como também no dia a dia nos ambientes de nossas casas.⁴¹

Nossa era torna as exigências de solidariedade e benevolência sobre as pessoas hoje em dia mais elevadas do que antes. Nunca antes se exigiu que as pessoas se estendessem tanto e tão constante e sistematicamente, tão como algo natural, para o estranho do outro lado dos portões.⁴²

No entanto, essa solidariedade planetária deve brotar do compartilhamento de valores comuns nas comunidades locais. Dos valores nucleares da boa comunidade, segundo o comunitarismo responsivo, vale destacar o da comunidade global, com respeito à diversidade. A ideia de uma comunidade de comunidades, fazendo alusão tanto a comunidades geográficas, como racionais e culturais. A boa sociedade prospera a partir da diversidade de culturas que enriquecem a vida das pessoas. Porém, esta sociedade multicultural não pode existir sem um marco de referência compartilhado por todos e sujeito à evolução. Seus elementos referenciais consistem no compromisso com a democracia e com as normas constitucionais básicas.⁴³

Essa preocupação com culturas minoritárias acaba por complementar a visão universalista de direitos humanos, pois representa o reconhecimento dos direitos das minorias em participar do processo de tomada de decisões políticas. Will Kymlicka, ao comentar a divergência entre individualistas e coletivistas sobre a prioridade do indivíduo ou da comunidade, aduz que o reconhecimento de direitos diferenciados não implica na primazia das comunidades sobre os indivíduos, mas sim se fundamenta na ideia de que a justiça entre grupos exige que membros de grupos distintos possuam direitos diferentes.⁴⁴

Nesse sentido, Etzioni defende a necessidade de fomentar relações entre comunidades, um tema de grande relevância no mundo, onde as identidades comunitárias particulares estão na origem de conflitos, de guerras, de movimentos separatistas, dentre outros. Assim, além de valores compartilhados internamente, a comunidade necessita observar e respeitar valores da sociedade global.⁴⁵

Essa característica integrativa está em sintonia com o princípio da glocalidade, presente nos tratados e convenções internacionais ambientais. A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, de 1972, ao estabelecer critérios e princípios comuns em prol da preservação e conservação do meio ambiente, proclamou a necessidade de cidadãos e comunidades responsabilizarem-se pela maior parte do estabelecimento e aplicação de regras sobre o meio ambiente, em ampla colaboração entre as nações, dado o alcance

⁴¹ BRIGHENTI, Agenor. A evolução do conceito de ecologia no Ensino Social da Igreja. Da *Rerum Novarum* à *Laudato Si'*. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2016, p. 62.

⁴² TAYLOR, Charles. Uma era secular. São Leopoldo, Brasil: Editora Unisinos. 2010, p 812.

⁴³ ETZIONI, Amitai. La tercera vía: hacia una buena sociedad. Madrid: Editora Trotta S.A, 2001, p. 96-97.

⁴⁴ KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural: una teoría liberal dos derechos das minorias. Tradução de Carne Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ed., 1996, p. 76.

⁴⁵ ETZIONI, Amitai. La nueva regla de oro: comunidade y moralidad en una sociedad democrática. Barcelona: Paidós, 1999, p. 225.

regional e global dos problemas ambientais.⁴⁶ A declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ao ratificar e ampliar os termos da Conferência de Estocolmo, também sublinhou a importância da ação local combinada com a cooperação internacional na proteção da integridade do sistema global de meio ambiente e de desenvolvimento.⁴⁷

Ainda, a Convenção sobre Mudança do Clima reconhecendo o aquecimento global como uma preocupação da humanidade, estabeleceu as responsabilidades comuns, mas diferenciadas, de todos os Estados, optando pelo paradigma da glocalidade, ou seja, ações locais em sintonia com um compromisso global com as questões ambientais e a própria existência da espécie humana.⁴⁸

Através dessa atuação do local ao global, com respeito às diversidades, criam-se as condições necessárias para o florescer da ideia já presente nos Tratados e Convenções internacionais, no seio da cultura social, de direito humano fundamental. Antônio Enrique Pérez Luño, ao comentar o atual estágio de positivação dos direitos humanos, mais especificamente, ao fenômeno da internacionalização de tais direitos, destaca a necessidade de qualquer atentado contra direitos e liberdades das pessoas serem tratados como um problema de relevância nacional e não apenas doméstico, afeto aos Estados.⁴⁹

Essa concepção universalista de direitos humanos é muitas vezes criticada quanto à sua legitimidade, coerência e também por não respeitar a diversidade cultural. Destas, merece destaque a terceira objeção, talvez a mais cativante, que diz respeito ao aspecto cultural, de que os direitos humanos consistem em valores puramente ocidentais. Nesse aspecto, Sen demonstra, por meio de exemplos, que existem tanto escritos orientais que os defendem quanto escritos ocidentais que os condenam. O Autor sintetiza seu pensamento na afirmação de que o argumento em favor das liberdades básicas e das formulações associadas a direitos baseia-se em: “A) sua importância intrínseca; B) seu papel consequencial de fornecer incentivos políticos para a segurança econômica; C) seu papel construtivo na gênese de valores e prioridades.”⁵⁰

Logo, pode-se verificar que o fomento da vivência comunitária, nos moldes propostos pelo comunitarismo responsivo, apresenta elementos importantes para servir de alternativa à exclusão social e à degradação ambiental, frutos de modelos de desenvolvimento focados unilateralmente no crescimento econômico sem regras e na liberdade individual absoluta. Diante da forte expansão dos chamados direitos sociais e das dificuldades do Estado do Bem-Estar social atender satisfatoriamente as demandas sociais pela prestação direta de serviços, verificável na atual crise

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 16 DE ABRIL DE 2014, p. 2.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2014, p. 2.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre Mudança do Clima. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2014, p. 7-8.

⁴⁹ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 11ª Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 37.

⁵⁰ SEN Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000, p. 282.

mundial das grandes potências, por um lado, e do descompromisso do Estado liberal em prover tais direitos, por outro, o comunitarismo responsivo apresenta-se como alternativa de solução. O Estado deixaria sua posição de provedor único para assumir o papel de condutor e coordenador, criando condições para o desenvolvimento do capital social, compartilhando com a comunidade e em certas situações com o mercado o papel de garantia dos supracitados direitos.

No caso específico do Brasil, as premissas comunitaristas conduzem a questionar as históricas desigualdades sociais, a exclusão social e a degradação ambiental, bem como a cultura política excessivamente centrada no papel do Estado e do mercado. A tradição brasileira é de pouca expressão cívica, o que leva até mesmo governos democraticamente eleitos a adotarem políticas autoritárias. É premente a instituição de políticas públicas mais democráticas e descentralizadas, que fomentem o acesso à informação e à participação efetiva, não apenas para legitimar decisões do Estado, menos clientelistas e assistencialistas e mais incentivadoras de engajamento cívico.

Nesse sentido, o comunitarismo responsivo pode ser visto como crítica ao assistencialismo. Embora não negue a importância do voluntariado, a exemplo de certas organizações não governamentais, de grupos de autoajuda, de cuidadores de crianças e idosos, entende-se que a boa sociedade se sustenta melhor baseada em organizações de serviços mútuos e associativismo. O mutualismo é uma forma de relação comunitária em que as pessoas se ajudam uns aos outros e não só àqueles que têm necessidade. É naturalmente praticado no seio das famílias, entre amigos, colegas de profissão e membros de associações voluntárias. Cooperativas e associações são igualmente formas importantes de organização social que devem ser “encorajadas e fortalecidas a fim de melhor contribuir para sustentar as cargas sociais nos próximos anos.”⁵¹

Embora não se ocupe especificamente das questões relacionadas ao meio ambiente, o comunitarismo tem uma significativa contribuição a dar na busca de uma nova relação com a natureza, menos degradante e mais sustentável. Nesse aspecto, o desenvolvimento de comunidades, com valores morais compartilhados pode contribuir para a realização plena do princípio do desenvolvimento sustentável, pois nem Estado e muito menos o mercado, terão condições de efetivar. Isso porque o ideal a ser perseguido requer muito mais do que regras que busquem a inclusão do custo ambiental na cadeia de produção, mas uma mudança mais profunda, que depende, primeiramente, da mais ampla disseminação da informação e discussão com a sociedade e, posteriormente, a eleição das questões ambientais como valor moral compartilhado pelas comunidades, pois afeto à qualidade de vida de todos.

O comunitarismo responsivo, nos moldes propostos por Etzioni, representa uma nova forma de ver a comunidade e sua relação com o Estado e o mercado, tratando de forma mais isonômica com os demais entes como alternativa para se buscar políticas públicas mais eficientes na superação dos dilemas sociais atuais, a exemplo da exclusão social, da carência de serviços públicos essenciais e dos problemas ambientais.

Quanto às questões afetas ao meio ambiente, não raras vezes, a iniciativa em fixar políticas públicas se esgota na esfera legislativa carecendo, muitas vezes, de uma maior interação social. Não há como desvincular a participação da sociedade na condução das políticas públicas. Contudo, a concretização desse princípio deve

⁵¹ ETZIONI, Amitai. La tercera vía: hacia una buena sociedad. Madrid: Editora Trotta S.A, 2001, p. 33.

considerar os perigos de distorções de funcionalidade, a exemplo da corrupção, falta de coordenação, além do domínio governamental ou do mercado, os quais podem levar a desvios de finalidade.

A interação entre a sociedade e o Estado para a condução dessas políticas, mais do que um bom instrumento para a eficiência e legitimidade das mesmas é, no direito brasileiro, um princípio constitucional, um imperativo repetitivo e refletido nas normas infraconstitucionais de organização da Administração Pública.⁵²

A participação dos cidadãos está relacionada com a concepção de democracia, não apenas à base de procedimentos e sim do envolvimento dos cidadãos e a responsabilidade cívica de cada membro da comunidade. Portanto, a ideia de democracia não se restringe a sua forma representativa, necessitando ser ampliada para formas cada vez mais comuns de participação direta, nas quais as pessoas tenham a oportunidade de opinar e também deliberar, juntamente com os seus representantes, sobre questões de interesse comum.

Essa participação mais efetiva, desde que exercida com transparência, garantindo-se o direito de acesso à informação, pode representar maior legitimidade social às políticas públicas, uma vez que fundamentadas nos valores e convicções morais dos cidadãos. Além disso, políticas públicas que promovam a participação e a inclusão social acabam por fomentar o desenvolvimento econômico sustentável, pois, ao viabilizar a participação de todos, torna os cidadãos responsáveis uns pelos outros, inclusive com relação à garantia do mínimo existencial para uma vida digna.

Por fim, para que a prioridade ambiental supere a econômica, o protagonismo da comunidade é fundamental, à medida em que o espaço local é onde as comunidades reclamam e exercem seus direitos. A necessária mudança de valores com relação à qualidade de vida e à preservação ambiental, consistem em condições indispensáveis para a concretização do Direito Ambiental de forma mais eficaz e menos coercitiva. Afinal, tudo começa no interior de cada um de nós.

Resta a questão: como fazer as pessoas cooperarem e participarem? Uma possível resposta pode residir no simples fato de que todos, direta ou indiretamente, são afetados pelas decisões políticas e, por outro lado, até mesmo por razões não tão altruístas, a vida em comunidade, com o compartilhamento de valores, como confiança e respeito mútuo, pode trazer inúmeros benefícios, inclusive para o mercado. Ademais, seguindo o caminho atual, corre-se o risco de passarmos de consumidores a objetos, consumidos por um estilo de vida extremamente materialista e artificial.

Considerações Finais

O ser humano, ao longo de sua existência, sempre se relacionou com a natureza. A premência de se refletir na contemporaneidade esta questão tem a ver

⁵² PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria P. D. (org). Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. p. 176.

com o modelo ou o paradigma dessa relação. Tem-se hoje a convicção, fundamentada com argumentos científicos, de que o paradigma tecnocrático, exatamente pela ambiguidade da ciência e da tecnologia, pelo poder de seu uso tanto para o mal, quanto para o bem; tanto para a vida, quanto para a morte; tanto para o justo, quanto para o injusto; tanto para a guerra, quanto para a paz; tanto para a construção, quanto para a destruição, ... terão de ser sempre bem avaliadas quanto aos seus fins. A ciência e a tecnologia, no tocante a suas finalidades, não são neutras. A neutralidade científica e a tecnológica, quanto ao uso e seus resultados, não expressam neutralidade.

A ciência e a tecnologia passaram por um processo de sacralização e de endeuçamento, distanciando-as do espaço da vida, onde a neutralidade não existe, convertendo-as como seres quase como tendo vida em si, portanto independentes das vontades e dos interesses humanos. Esse jeito de compreender as realidades científica e tecnológica possui seu alicerce filosófico em René Descartes, que separou a coisa pensante e a coisa material. A tecnologia, em especial, dentro deste pensamento cartesiano, integra o que não possui vida, pois é objeto. A ciência, da mesma forma, mesmo sendo feita por seres humanos, foi sendo separada do imaginário cotidiano da vida e situada num patamar de veneração e de culto. Esse endeuçamento da ciência, que agora diz a verdade, o certo, o bom e o justo aos seres humanos, formatou um imaginário de muita agressão e violência em relação à natureza, especificamente porque não se teve o entendimento da inter-relação e da interação profunda entre humanidade, natureza e sociedade.⁵³

O conceito e a categoria de compreensão *ecologia integral* emerge da compreensão da interação dinâmica da natureza, da sociedade e da humanidade, não apenas nos níveis biológico e climático, mas também nos níveis econômico, geopolítico e cultural.

A consciência dessa dinâmica complexa, sistêmica, inter-relacional e interativa concebe a degradação ambiental e social de forma integrada. Para, na atualidade, imaginar-se soluções à degradação ambiental, necessariamente necessita-se criar soluções para a degradação social. O grito da terra e o grito dos vulneráveis e pobres mesclam-se numa única voz. A noção de *ecologia integral* consiste numa racionalidade para salvaguardar a vida na terra. Esta racionalidade impõe-se como um caminho teórico e prático, ao mesmo tempo, em alternativa ao entendimento secular imposto pelo paradigma tecnocrático, responsável pela degradação ambiental e social. A racionalidade de noção e de perspectiva da *ecologia integral*, do ponto de vista ético convida o ser humano a cuidar da terra e não de dominar a terra; do ponto de vista político “pensar e discutir acerca das condições de vida e de sobrevivência de uma sociedade, com honestidade de pôr em questão modelos de desenvolvimento, produção e consumo”⁵⁴; do ponto de vista econômico, “evitar uma concepção mágica do mercado, que tende a pensar que os problemas se resolvem apenas com o crescimento dos lucros das empresas ou dos indivíduos”.⁵⁵

⁵³ MAÇANEIRO, Marcial. A ecologia como parâmetro para a ética, a política e a economia. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2016, p. 80-81.

⁵⁴ PAPA Francisco. **Carta Encíclica Laudato Si'**. Sobre o cuidado da casa Comum. Roma: Tipografia Vaticana, 2015, n. 138.

⁵⁵ PAPA Francisco. **Carta Encíclica Laudato Si'**. Sobre o cuidado da casa Comum. Roma: Tipografia Vaticana, 2015, n. 190.

Ressalta-se portanto que, para salvaguardar a vida na casa comum, necessita-se urgentemente reintegrar, com muita ênfase, a dimensão do cuidado nas relações entre o ser humano e a natureza, como igualmente entre os próprios seres humanos. A solidariedade humana, tanto em nível global, como local, é condição necessária para enfrentar as graves crises de degradação ambiental e social geradas ao longo dos últimos séculos, especificamente na fase conhecida como moderno-científica. Talvez tenhamos que olhar para as fases mitológica/mitoreligiosa e filosófica para reaprender a admirar, interrogar e temer o fenômeno, em sua complexidade, denominado natureza. Esta admiração, no entanto, não no sentido e lugar de nos situarmos fora e para além dela, mas nela como partícipe dela, como sendo ela.

Referências

ADÁN, José Perez. *Adiós estado, bienvenida comunidad*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitárias S.A., 2008.

ARMSTRONG, Karen. **Uma breve história do mito**. São Paulo: Cia das Letras, 2005.

ASSMANN, Hugo; HINKELAMMERT, Franz J. **A idolatria do mercado** – Ensaio sobre Economia e Teologia. Petrópolis: Vozes, 1989.

BOFF, Leonardo. A encíclica do Papa Francisco não é “verde”, é integral. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas.

BRIGHENTI, Agenor. A evolução do conceito de ecologia no Ensino Social da Igreja. Da *Rerum Novarum* à *Laudato Si'*. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas.

CACIOPPO, John T. e PATRICK, William. Tradução de Julian Fucks. *Solidão: a natureza humana e a necessidade de vínculo social*. Rio de Janeiro: Record. 2010.

CERVI, Jacson Roberto; HAHN, Noli Bernardo. A terra pede paz – a emergência do paradigma do cuidado e a superação do paradigma da conquista. In: **Revista Internacional de Direito Ambiental**. Caxias do Sul: Plenum, n. 15, p.95-116, set/dez. 2016.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ETZIONI, Amitai. *La nueva regla de oro: comunidade y moralidad en una sociedad democrática*. Barcelona: Paidós, 1999.

ETZIONI, Amitai. *La tercera vía: hacia una buena sociedad*. Madrid: Editora Trotta S.A, 2001.

HILGERT, Pedro Ramão. O ser humano e a natureza. In: **Missioneira** – Revista do Instituto Missioneiro de Teologia, Santo Ângelo, 35, p. 30-36, Dez. 2002.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.

KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural: uma teoria liberal dos direitos das minorias. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ed., 1996.

LUÑO, Antón Enrique Pérez. Los Derechos Fundamentales. 11ª Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

MAÇANEIRO, Marcial. A ecologia como parâmetro para a ética, a política e a economia. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas.

MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?** Elementos de Antropologia Filosófica. São Paulo: Paulus, 1980.

MO SUNG, Jung. **A idolatria do capital e a morte dos pobres** – Uma reflexão teológica a partir da dívida externa. São Paulo: Paulinas, 1989.

OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro de. A difícil integração humana na comunidade de vida da Terra. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 16 DE ABRIL DE 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre Mudança do Clima. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2014.

PAPA Francisco. **Carta Encíclica Laudato Si`**. Sobre o cuidado da casa Comum. Roma: Tipografia Vaticana, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria P. D. (org). Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

REIMER, Haroldo. *Liberdade religiosa na história e nas Constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013.

SEN Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

STOERIG, Hans Joachim. **História geral da Filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2008.

SUSIN, Luiz Carlos. Conversão ecológica: “conversão da conversão”. In: MURAD, Afonso; TAVARES, Sinivaldo Silva (org.). **Cuidar da casa comum**. São Paulo: Paulinas.

TAYLOR, Charles. *Uma era secular*. São Leopoldo, Brasil: Editora Unisinos. 2010.

TOURAINÉ, Alain. **O mundo das mulheres**. Petrópolis: Vozes, 2007.

TOURAINÉ, Alain. **A busca de si**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda, 2004.

Recebido em 11 de agosto de 2017

Aceito em 25 de agosto de 2017

NORMAS DE SUBMISSÃO

1. 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 para publicação artigos inéditos.
2. Quanto à temática, os artigos deverão obedecer às linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: I – Direito e Multiculturalismo e II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos.
3. Os trabalhos serão recepcionados pelo método *double blind peer review* que possibilita a análise dos inominados artigos, garantindo segurança tanto para o(s) autor(es), quanto para os avaliadores. Esse método ainda exige a avaliação do artigo por dois ou mais avaliadores.
4. A publicação de trabalhos está condicionada à aprovação por pareceristas e, em sendo o caso, ao cumprimento de suas recomendações. São levados em conta a originalidade do tratamento do tema, a consistência e o rigor da abordagem, sua contribuição para a academia e a linha temática da revista. Os nomes dos pareceristas permanecerão em sigilo, omitindo-se também os nomes dos autores perante os pareceristas.
5. Os trabalhos devem:
 - a) Conter entre os autores, pelos menos, um DOUTOR;
 - b) ser inéditos;
 - c) conter título (na língua portuguesa e inglesa);
 - d) resumo (na língua portuguesa e inglesa), com no máximo 200 palavras;
 - e) palavras-chave (na língua portuguesa);
 - f) sumário (na língua portuguesa e inglesa);
 - g) introdução, desenvolvimento, conclusão e referências;
 - h) possuir de 10 a 20 laudas no formato Word;
 - i) fonte **Times New Roman** 12, espaçamento entre linhas simples, espaçamento entre parágrafos simples, com margens superior e esquerda de 3cm, inferior e direita 2cm.
6. Os textos podem ser enviados através da página da revista (<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>) em texto corrido e sem o uso de recursos sofisticados de formatação. Para envio e acompanhamento do texto, é necessário cadastrar-se na área de acesso.
7. Os artigos devem estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

8. Deve ser adotada citação na forma de nota de rodapé, sistema numérico.
9. Os títulos das divisões e subdivisões dos textos devem ser escritos em letras minúsculas e em negrito e numerados de forma progressiva.
10. As referências são apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética e sem numeração, de acordo com a ABNT. Exemplos:

a) Livro

SOBRENOME, Nome. Título em negrito. Edição. Local de publicação: Editora, ano.

Ex.: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 1997.

b) Capítulo

SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. *In: SOBRENOME, Nome (Org.)*. Título do livro em itálico. Edição. Local de publicação: Editora, ano. p.página inicial-página final.

Ex.: McCARTHY, Thomas. Practical discourse: on the relation of morality to politics. *In: CALHOUN, Craig (Org.)*. **Habermas and the public sphere**. Cambridge: The Mit Press, 1992. p.51-72.

c) Artigo

SOBRENOME, Nome. Título do artigo. Título do periódico em itálico, local de publicação, v. ano-ou-volume, n. número-ou-fascículo, p. página inicial-página final, data.

Ex.: CIRNE-LIMA, Carlos. Ética de coerência dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n.4, p.941-964, dez./1999.

d) Publicações eletrônicas: seguem o padrão acima, segundo seu gênero, acrescido da especificação do meio. Páginas www e similares vêm acompanhadas do endereço completo e data da leitura.

11. O envio espontâneo de artigos e a posterior aceitação para publicação implica, automaticamente, a cessão dos direitos autorais à Revista, tanto em versão impressa como eletrônica. Sua reprodução posterior, por qualquer meio, poderá ser feita somente mediante entendimento prévio entre a Revista e o autor e com a devida citação da fonte.
12. Com a publicação, a autora ou o autor principal de artigo recebe dois exemplares sem custo; coautores recebem um exemplar.

13. Os conceitos emitidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos autores.
14. Somente serão analisados trabalhos que estejam dentro das regras e que atendam às recomendações.
15. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação via e-mail.

Redação:

Revista Direitos Culturais

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

Doutorado da URI, RS - Brasil

Av. Universidade das Missões, 464 – Tel. (55) 3313-7907

Email: ppgdireito@santoangelo.uri.br

Página:

<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>
98802-470 – Santo Ângelo, RS – Brasil

