

REVISTA **DireitoUFMS**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

**Direitos Humanos e Fundamentais**

**ANO 2017 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA**



Reitor	CONSELHO CIENTÍFICO
Marcelo Augusto Santo Turine	
<b>Vice-Reitora</b>	<b>Andreas Niederberger</b>
Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo	Universität Duisburg-Essen, Alemanha
<b>Pró-Reitora de Ensino e Graduação</b>	<b>Dinorá Adelaide Musetti Grotti</b>
Ruy Alberto Caetano Filho	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil
<b>Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação</b>	<b>Georgenor de Sousa Franco Filho</b>
Walvo Franco de Almeida Júnior	Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil
<b>Diretora da Faculdade de Direito</b>	<b>Helena Taveira Torres</b>
Ynes da Silva Félix	Universidade de São Paulo – USP, Brasil
<b>Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito</b>	<b>Ingo Wolfgang Sarlet</b>
Lívia Gaigher Bósio Campello	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil
<b>Coordenadora do Curso de Graduação em Direito</b>	<b>Jesús Lima Torrado</b>
Luciane Gregio Soares Linjardi	Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

## REVISTA Direito UFMS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

### COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

#### Prof.ª Dr.ª Lívia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

#### Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

#### ASSISTENTES EDITORIAIS

##### Angela Jank Calixto

Mestranda – Fadir/UFMS

##### Flávio Garcia Cabral

Doutorando – PUC/SP

#### Endereço para correspondência

##### REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito – FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

### CONSELHO CIENTÍFICO

#### Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

#### Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

#### Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

#### Helena Taveira Torres

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

#### Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

#### Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

#### Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

#### Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

#### Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

#### Luiz Alberto David Araújo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

#### Luiz Otavio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

#### Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

#### Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

#### Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

#### Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

#### Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

#### Vladmir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito  
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –  
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015-.  
v. ; 25 cm.

Semestral  
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085

CDD (22) 342.085

CDD (22) 340.05

CDDir (4) 341.27

## SUMÁRIO

### EDITORIAL

Lívia Gaigher Bósio Campello  
Luciani Coimbra de Carvalho

5

### ARTIGOS

#### CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

César Landa

7

#### LA ÉTICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Pilar Jiménez Tello  
Victoria Eugenia Plaza

23

#### EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL COMO UN MECANISMO DE EXIGIBILIDAD DE RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA Y SU APLICACIÓN EN BRASIL POR LA CORTE SUPREMA

Omar Huertas Díaz  
Ana Alice de Carli  
Bruno de Paula Soares

33

#### MEA CULPA, SUA CULPA, TUA MAXIMA CULPA: COLLECTIVE RESPONSIBILITY AND LEGAL JUDGMENT

Nergis Canefe

53

#### DRAWING THE LINE BETWEEN PROPER AND IMPROPER PROSELYTISM: THE RIGHT TO ATTEMPT TO CONVINCE ONE'S NEIGHBOR IN EUROPE

Letícia Machado Haertel

91

#### IDENTIDADE, DEMOCRACIA E NARRATIVA: POR UMA ANTROPOLOGIA DO SUJEITO NA IDENTIDADE MODERNA

Alanna Caroline Gadelha Alves  
Loiane Prado Verbicaro

109

<b>MOBILIDADE GUARANI E TERRITORIALIDADE NAS FRONTEIRAS DE MATO GROSSO DO SUL: O PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO- PARTICIPATIVO</b>	129
Antonio Hilario Aguilera Urquiza	
Luyse Vilaverde Abascal Munhós	
<b>EXTRAFISCALIDADE NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: MECANISMO ALTERNATIVO DE VIABILIDADE</b>	151
Welington Oliveira de Souza Costa	
Antonio Conceição Paranhos Filho	
Daniele dos Santos Nogueira Justino	
Renan Lemos Livramento	
<b>A MULTIDIMENSIONALIDADE DA SUSTENTABILIDADE: ABORDAGENS CONSTITUCIONAIS SOBRE O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR</b>	167
Cristiane Caldas Carvalho	
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino	
<b>MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS: DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA</b>	183
Elaine Cler Alexandre dos Santos	
Pedro Pereira Borges	
<b>A TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO E AS DESIGUALDADES SOCIAIS NO ESTADO DE CRISE SOCIOECONÔMICA</b>	211
Daisy Rafaela da Silva	
Darlan Alves Moulin	
<b>PRINCIPIO DA PARTICIPAÇÃO E INFORMAÇÃO DAS MULHERES NAS TOMADAS DE DECISÕES AMBIENTAIS EM MOÇAMBIQUE</b>	233
Valentina Alfredo Veleta	
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza	
Micheline Ramos de Oliveira Correio	
<b>A SOLIDARIEDADE COMO BASE PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL</b>	259
Marcelino da Silva Meleu	
Laís Cristina Bandeira	
<b>A NATUREZA JURÍDICA DOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS E A POSSIBILIDADE DE ELES RECEBEREM DOAÇÕES</b>	275
Galdino Luiz Ramos Júnior	
Jefferson Aparecido Dias	
<b>LINHA EDITORIAL</b>	293

## EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e graduandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, software disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Além disso, conta com a gentil contribuição de ilustres estrangeiros convidados, o professor César Landa, pesquisador vinculado à Pontifícia Universidad Católica del Perú e à Universidad Nacional Mayor de San Marcos, a professora Pilar Jiménez Tello, pesquisadora vinculada à Universidad de Salamanca, e a advogada espanhola Victoria Eugenia Plaza.

Além dos Professores convidados, destaca-se também nesta edição a maior divulgação e abertura conferida a autores estrangeiros, bem como a aceitação de artigos em língua estrangeira, a exemplo da contribuição do professor colombiano Omar Huertas Días (em coautoria com a professora Ana Alice de Carli e o autor Bruno de Paula Soares), professor associado da Universidade Nacional da Colômbia, do professor canadense Nergis Canafe, pesquisador da York University, de Toronto, ou, ainda, o artigo em língua inglesa escrito pela autora Letícia Machado Haertel.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a Revista Direito UFMS possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/

UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES/MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, em que a avaliação é feita por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos são registrados no sistema *Digital Object Identifier – DOI*. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oají.net, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que informamos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo ***Qualis B2***. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

Nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, em particular, aos assistentes editoriais que gentilmente contribuíram para a realização deste volume, Angela Jank Calixto e Flávio Garcia Cabral.

Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, inverno de 2017.

*Lívia Gaigher Bóssio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho*  
Coordenação editorial da Revista Direito UFMS

## CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO\*

### ***CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO***

César Landa

Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

#### **AUTOR CONVIDADO**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4113>

**SUMARIO:** 1. Presentación. 2. Control judicial de las leyes. 3. Amparo de los derechos fundamentales. 4. Perspectivas. Referencias.

#### **1. PRESENTACIÓN**

Desde finales del siglo XX, la historia constitucional en América Latina se ha caracterizado por la despolitización y *desparlamentarización* de los asuntos de interés público y, simultáneamente, por la *economización* del interés general. Este proceso ha sido conducido por el presidencialismo a través de la transferencia de la economía pública a los grupos privados y las cargas públicas a los ciudadanos (DE VEGA, 1997, p.31-36).

El constante crecimiento económico de la región de las últimas décadas, debido en buena medida al largo período de la subida de los precios internacionales de los recursos naturales renovables y no renovables, que es la fuente principal de la riqueza en la región, ha generado inestabilidad social y política dada la falta de redistribución de dicha riqueza. Motivo por el cual a comienzos del siglo XXI han surgido: por un lado, los nuevos gobiernos de Venezuela, Bolivia y Ecuador que cuestionan el clásico modelo económico y político internacional, y; por otro

---

\*Conferencia dictada en la University of Texas School of Law. Austin, March 4, 2011.

lado, los gobiernos de Brasil, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay que buscan conciliar sus programas nacionales con los nuevos estándares de la economía internacional. Mientras que países como México, Colombia y Perú se han allanado al nuevo modelo económico, con la consecuencia de las convulsiones sociales producto del narcotráfico que ello ha traído consigo.

Desde entonces se han producido reformas constitucionales en Brasil, México, Argentina; así como, también, se han promulgado nuevas constituciones mediante procesos constituyentes en Chile, Colombia y Perú o; se han aprobado por referéndum popular constituciones con un nuevo modelo político y económico en Venezuela, Ecuador y Bolivia (NEGRETTO)<sup>1</sup>. En todas estas constituciones presidencialistas se han incorporado o profundizado el rol de la justicia constitucional, mediante la creación de tribunales o cortes constitucionales, salas constitucionales o, concentrando las competencias constitucionales en las cortes supremas.

En efecto, desde finales del siglo XX, la justicia constitucional en América Latina se ha instalado en la forma de tribunales o cortes constitucionales (Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia, Guatemala y República Dominicana), así también como una nueva competencia de la Cortes Supremas (Brasil, México, Argentina) o de una sala especializada de éstas (Costa Rica, Venezuela). Ello pone en evidencia dos cosas: una jurídica, que el Estado de Derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente en la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales (DE VEGA, 1987, p.283-309)<sup>2</sup>; y, otra política, que dada la experiencia autoritaria -militar o civil- en la región, no puede haber justicia constitucional, sin Derecho ni democracia, como tampoco puede haber democracia sin Derecho ni justicia constitucional (BÖCKENFÖRDE, 2000, p.118-131)<sup>3</sup>.

El afianzamiento y desarrollo de este modelo de Estado Constitucional constituye un desafío común para la región latinoamericana, que ha estado caracterizada por históricos problemas de inestabilidad jurídica y política, y por la necesidad de llevar a cabo reformas estructurales que democratizan el poder y distribuyan equitativamente la riqueza entre todos los ciudadanos (LANDA, 1996, 13-23).

<sup>1</sup> Asimismo, Cameron, Maxwell. "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad". En: <[https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli\\_sci/Faculty/cameron/maxwell\\_a\\_cameron.pdf](https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a_cameron.pdf)>. (Visitado en enero de 2011).

<sup>2</sup> Asimismo, Leibholz, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 145-174.

<sup>3</sup> Asimismo, Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007, pp. 41-46.

En ese escenario, se puede señalar que la justicia constitucional se encuentra inserta en el núcleo de las cuestiones del nuevo Estado constitucional, en la medida que su quehacer si bien es de naturaleza jurídico, dada la crisis de representatividad de las clásicas instituciones democráticas como el Congreso y el Poder Judicial, la justicia constitucional se ha convertido en una nueva instancia de canalización y resolución jurídica de grandes cuestiones políticas. Con los peligros que la justicia tenga todo que perder y la política nada que ganar (SCHMITT, 1931, p.35).

En ese escenario ha ido surgiendo el neoconstitucionalismo andino, inicialmente, en Colombia y posteriormente en Venezuela, Ecuador y Bolivia, como una forma distinta de concebir a la justicia constitucional; caracterizada porque busca superar el conflicto entre el principio democrático del cual emana la legitimidad de las nuevas asambleas o congresos con el principio de supremacía constitucional; por cuanto consideran que la legitimidad de los jueces constitucionales no es suficiente para convertirse en árbitros que decidan las cuestiones centrales en estos países que atraviesan procesos políticos de refundación del Estado (VICIANO; MARTÍNEZ)<sup>4</sup>.

No obstante se formulan críticas acerca que en estos últimos tres países se pueda estar construyendo jurídicamente un modelo de Estado y sociedad andino, pero a la vez medrando los valores y principios de la democracia, sin la cual el constitucionalismo quedaría reducido a una fórmula vacía y sometida al caudillismo populista latinoamericano de siempre (ANDRADE; OLANO, 2005, p.198).

Si el estado en que se encuentra la justicia constitucional es el termómetro de los avances o retrocesos de la democracia contemporánea en América Latina, se puede señalar que se observan distintas realidades y desafíos al constitucionalismo y a la justicia constitucional en la región, en función de la reformulación de las instituciones representativas, a través del radicalismo popular (Venezuela, Bolivia y Ecuador); así como en función de la mayor estabilidad institucional, pero con problemas de falta de transparencia y autonomía frente al poder (Brasil, Argentina, Chile) o los mismos problemas pero con menor institucionalidad y corrupción gubernamental (Perú y Colombia).

Estas experiencias están vinculadas con la implementación de un modelo político y económico neoliberal o uno alternativo, que impacta sobre la Constitución y llega a colocar a la justicia constitucional misma en el centro del

---

<sup>4</sup> Asimismo, Uprimy, Rodrigo. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos". En VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Constituciones y Principios. Mesa 13 Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina. México, 6-10 Diciembre, 2010. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm>>. (visitado en febrero de 2011).

debate político; lo cual ha llegado a repercutir negativamente en la independencia, autonomía y/o estabilidad en el cargo de los magistrados constitucionales.

No obstante, la justicia constitucional Latinoamericana ha respondido dichos desafíos, en “casos límite” para el poder, a través del proceso de inconstitucionalidad de las normas legales impugnadas y del procesos de amparo en la tutela de los derechos fundamentales afectados por el poder público o probado. Procesos constitucionales que por su naturaleza en última instancia jurídica y política se constituyen en los indicadores de la afirmación o debilitamiento del Estado Constitucional en América Latina.

## 2. CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES

Como en un Estado Constitucional el principio democrático se encuentra en la base no sólo de la representación política del Estado, sino también del quehacer judicial; en América Latina se ha consagrado el principio según el cual, la potestad de administrar justicia emana del pueblo con arreglo a la Constitución y las leyes. Sin embargo, la justicia constitucional como entidad encargada del control judicial de las leyes ejerce un poder contra mayoritario de anular las normas legales inconstitucionales, tarea que no siempre es entendida por los poderes constituidos, en la medida que se asumen representantes exclusivos y excluyentes de la voluntad popular (BERGER, 1997, p.55).

Es precisamente frente a esta concepción democrática corporeizada tanto en el Presidente de la República y/o el Congreso de la Nación, que surge la necesidad del control judicial de las leyes en base a la norma constitucional y a los principios no menos importantes de libertad e igualdad (ELY, 1981, p.281 y ss)<sup>5</sup>. Se habilita a la justicia constitucional oponer a la soberanía popular, la soberanía de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales consagrados en ella.

En esa relación de tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional, la justicia constitucional debería operar como un árbitro que se encuentra por encima del conflicto político y jurídico. Sin embargo, en la región latinoamericana, las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales no siempre pueden hacerse la ilusión de estar situados, ante la opinión pública, por encima de las partes de un proceso que ellos mismos han de juzgar. Pero, sí pueden generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda Constitución

<sup>5</sup> Asimismo, Álvarez Álvarez, Fernando. “Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad [Refutaciones de carácter contramayoritario del Poder Judicial]”. En: *Revista DIKAION-LO JUSTO*, Año 17, N.º 12, Colombia, Universidad de la Sabana, 2003.

tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional (ATIENZA, 1997).

Ahora bien, éste no siempre ha sido el supuesto, sino que, por el contrario, muchas veces los tribunales y cortes forman parte del mismo conflicto en unos casos, dada su proximidad al gobierno que los nominó. Y cuando éste no ha sido el supuesto, el poder ha arremetido contra la justicia constitucional independiente, mediante los juicios políticos en Perú o Argentina y las renuncias forzadas a los jueces constitucionales, como en Venezuela y Bolivia o la clausura del Tribunal Constitucional del Ecuador en el año 2004 o el del Perú en 1992. Ello, a partir de determinados procesos políticos que pone en evidencia cómo el poder en América Latina se relaciona con la justicia constitucional o puede acecharla en las causas límite para el gobierno.

Ello no ha sido óbice para que a partir del complejo proceso de la judicialización de la Constitución, los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas en América Latina participen aunque subsidiariamente en la creación de las normas mediante su labor de intérpretes de la Constitución y a través de las sentencias atípicas, ejerciendo amplios poderes para controlar no sólo la forma, sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. Por ello Cappelletti (1984, p.629), ha señalado lo siguiente: "la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*".

Este proceso de constitucionalización y judicialización del Estado de Derecho no ha dejado de lado el principio de legalidad y el de la ley, en la medida que constituyen las categorías básicas del ordenamiento jurídico, en función del cual se viene ejecutando la reorganización del Estado, la sociedad y la economía (PÉREZ ROYO, 1985, p. 93-143)<sup>6</sup>.

Sin embargo, la otra noción de ley –general, abstracta, intemporal- ya no expresa las necesidades de los nuevos poderes públicos ni privados, sino más bien, se demanda cada vez más la expedición de leyes especiales o decretos de urgencia –particulares, concretos y transitorios-, propios del presidencialismo latinoamericano. Frente a las normas cuestionadas de inconstitucionales ante la justicia constitucional, los jueces han respondido desde la auto limitación, diluyendo su mandato como organismo encargado del control constitucional, hasta el activismo judicial que coloca al juez constitucional en una posición de quasi legislador positivo.

<sup>6</sup> Asimismo, Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1996, pp. 911 y ss.

Ahora bien, este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y la tendencia al uso de normas legales especiales, pone de manifiesto no sólo la crisis de la clásica noción de ley y legalidad, sino que lleva a replantear la manera de entender el control constitucional de las leyes, en cuanto al nuevo rol de la magistratura, los principios con que opera la jurisdicción constitucional, la vinculación de su jurisprudencia, las técnicas de la argumentación jurídica y los tipos de sentencias típicas y atípicas (FERRAJOLI, 2003, p.13 y ss)<sup>7</sup>.

No es el momento para abordar la complejidad de todos estos temas, sino analizar la temática de la justicia constitucional en América Latina, a partir de las premisas jurídico-políticas del control constitucional al poder político parlamentario y sobretodo presidencial, en una región con una larga tradición autoritaria.

Ello no es óbice para señalar, que en la región se hecho necesario el desarrollo de un Derecho Procesal Constitucional de raíces latinoamericanas, no exenta de la impronta europea de la justicia constitucional; donde la incorporación del uso de las sentencias atípicas constituye la punta del *iceberg* del debate, en la medida que resuelven sobre la constitucionalidad o no de una norma legal, ofreciendo una amplia gama de respuestas judiciales sobre el fondo y forma de la controversia.

En el clásico modelo de control constitucional de la ley, éste tiene como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a la jurisdicción constitucional en base a un canon valorativo constitucional —*función de valoración*—. Sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso de control se expresa en la expedición de una sentencia que expulsa una norma legal del ordenamiento jurídico cuando es declarada inconstitucional —*función pacificadora*—. Esta decisión de eliminación tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores, públicos y privados, de las normas jurídicas —*función ordenadora*— (JIMÉNEZ CAMPO, 1997, p.24 y ss).

Sin perjuicio de ello, la experiencia del control constitucional de las leyes en América Latina viene produciendo sentencias que se pronuncian más allá o fuera de lo demandado —*ultra petita* y *extra petita*—; donde los efectos del fallo si bien en principio son a futuro —*ex nunc*— también pueden ser moduladas con efectos retroactivos —*ex tunc*— o incluso disponiendo dejar la aplicación de sus efectos a futuro, pero sujeta a una condición material o temporal —*vacatio sententiae*—; donde no sólo el fallo es vinculante, sino también los fundamentos que expresan la razón jurídica —*ratio decidendi*—.

---

<sup>7</sup> Asimismo, Atienza, Manuel. "Argumentación y Constitución". En: Aguiló, Joseph, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007, pp. 113 ss.

Asimismo, el fallo no siempre será mandatorio, sino que puede ser de apelación o exhortación al legislador a fin de que corrija el potencial vicio de inconstitucionalidad; donde el fallo demanda la aprobación de políticas públicas al gobierno, las cuales deberán ser objeto de supervisión en su cumplimiento por la magistratura constitucional; o que la cosa juzgada constitucional permita la anulación de fallos de la justicia ordinaria, entre otras fórmulas. Lo cual apareja el debate en torno a la actuación de los tribunales constitucionales como entidades jurisdiccionales exorbitantes.

Sin embargo, cabe señalar que la gran diferencia entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria radica en el ejercicio del control abstracto de las normas legales. Por cuanto el control del poder al constituir una tarea jurídica y política, se requiere de una legitimidad no sólo por su origen, sino por los resultados, en base a una consistente argumentación constitucional. Por eso, en América Latina se viene incorporando y desarrollando jurisprudencialmente la doctrina comparada acerca de la naturaleza, tipos, alcances y límites de las sentencias constitucionales (FIX-ZAMUDIO, 2009, p.7).

Así, por un lado, la sentencia constitucional como cualquier otra sentencia en principio está investida de la misma naturaleza de un fallo judicial ordinario; sin embargo, dada la finalidad material al cual está vinculado un proceso constitucional, se ha trasladado mecánicamente una falsa dicotomía propia de una sentencia ordinaria, al declarar fundada o infundada una demanda y, en consecuencia, expulsar una norma o mantenerla en el sistema jurídico.

Ello es así, debido a que el juez constitucional, al identificar un vicio sobre la constitucionalidad de una norma legal, se le presenta un abanico de opciones entre la declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad de la norma impugnada, a partir de lo cual puede construir diferentes tipos de sentencias atípicas, con diversos alcances, límites y efectos jurídicos en su fallo.

Precisamente esa situación ha dado lugar, por un lado, que se ponga en cuestión a las sentencias constitucionales atípicas en la medida que no sólo declaran fundada o infundada una demanda; y, por otro lado, que se acuse a los jueces constitucionales de operar como legisladores positivos. Lo cual, se ha señalado, pone en entredicho el clásico principio de división de poderes, la legitimidad democrática del legislador y hasta la propia seguridad jurídica; en la medida que, como diría en su día Forsthoff (1975, p.244): “una jurisdicción independizada es una jurisdicción en expansión”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> A modo de ejemplo revisar el Proyecto de Ley N.º 14321/2205-CR que propuso que el Tribunal Constitucional del Perú no sea el intérprete supremo de la Constitución, ni pudiera dictar sentencias interpretativas, el cual fue rechazado en su admisión. Ver en Landa, César (editor). *Tribunal*

Por ello, corresponde recuperar el viejo concepto de la jurisprudencia —*juris prudentia*—, frente a la ciencia jurídica —*scientia juris*—. En tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a fundamentar sus decisiones en los principios constitucionales y en la ponderación de valores, mientras la segunda encuentra en la racionalidad formal de la aplicación de las reglas, a través de la subsunción de los hechos en la norma, el único camino para la comprensión de la Constitución.

Además, mientras la *scientia juris* pretende llegar a un criterio, excluyente, de verdadero/falso, conforme a la lógica excluyente del *aut-aut* o “dentro o fuera” —*Entweder oder-*; la *juris prudentia* busca, más bien, acercarse a la verdad constitucional progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que, contemporáneamente, se denomina *ponderación o razonabilidad* (ZAGREBELSKY, 1995, p.122-126).

Ello resulta necesario, por cuanto, sólo en un Estado Constitucional basado en la justicia se presenta la compleja tarea jurídica y política del control constitucional, ante las insuficiencias y los nuevos desafíos del actual proceso de democratización; para lo cual el análisis de la vinculación de las técnicas de la elaboración de las sentencias a la solución de las cuestiones políticas, económicas y sociales pendientes de solución, permitirá valorar las consecuencias y eficacia de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la democracia.

### 3. AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El amparo constitucional es una institución procesal producto del tránsito del Estado de Derecho basado en la ley hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución. Esta innovación aparece modernamente cuando la vieja noción de los derechos públicos subjetivos de creación legislativa, que reconocía los derechos y libertades en los códigos y otorgaba al Poder Judicial su tutela, se transformó en el siglo XX en derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los cuales requerirán defensa y protección a través de procesos constitucionales como el amparo, a ser resueltos por tribunales constitucionales (España 1931, Alemania 1949) (LEIBHOLZ, 1971, p.145-174)<sup>9</sup>. Ello sin perjuicio que en sus antecedentes europeos existiera un recurso de queja, por ejemplo en la Constitución Suiza de 1848.

---

*Constitucional y control de poderes: documentos de debate*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú – Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 135.

<sup>9</sup> Asimismo, De Vega, Pedro. *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 283-309.

No obstante, es recién en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial que el Estado Constitucional de Derecho se afirma en un conjunto de valores y principios democráticos que otorgan a los derechos fundamentales una naturaleza no sólo subjetiva e individual, sino también un carácter objetivo como garante de la persona humana y de su dignidad. Desde entonces el proceso de amparo cumple tanto con tutelar el derecho individual, como también asegurar los valores institucionales en que se asienta dicho derecho constitucional; tareas que cumplen los tribunales constitucionales o queda reservada para los Cortes Supremas, en última instancia, como intérpretes supremos de la Constitución y guardianes de los derechos fundamentales.

En América Latina, el amparo entendido como proceso constitucional contemporáneo es de larga data. Se incardina en los procesos de modernización democráticos a través de las nuevas constituciones o reformas constitucionales del siglo XX (México 1917, Brasil 1934, Perú 1979, Colombia 1992, Argentina 1994) (LANDA, 1996, p.13-23). No obstante, es del caso precisar que desde la época de los Imperios Español y Portugués, existieron el amparo colonial y la *seguridad real*, respectivamente. Pero, una vez asentada la vida republicana, durante el siglo XIX bajo la influencia sajona se fue incorporando el interdicto del habeas corpus en nuestra región, desde donde luego se fue consagrando el juicio o recurso de amparo; sin perjuicio del amparo mexicano de la Constitución de 1857 o la de Yucatán de 1840.

Sin embargo, el desarrollo contemporáneo de la justicia constitucional en torno a los tribunales constitucionales o cortes supremas ha hecho del proceso de amparo el mejor indicador para caracterizar el estado de la tutela de los derechos fundamentales en la región latinoamericana. Si bien el amparo ha surgido como un instrumento procesal de fortalecimiento de dichos derechos, también es cierto que en la actual hora democrática existen, déficits de institucionalidad estatal y social que llevan a concebir al amparo como un “noble sueño” o como “una pesadilla” (HART, 1994, p.327-350).

Es un “noble sueño” en la medida que los jueces deben aplicar el Derecho existente y no crear nuevas normas aun cuando la Constitución y las leyes no ofrezcan una regla determinada para resolver un amparo. Ello supone partir de una noción positivista y normativista del proceso de amparo, que se encuentra regulado por la norma constitucional y legal, delimitando la función interpretativa del juez constitucional y los alcances de sus sentencias; lo cual usualmente se corresponde con una concepción individualista de los derechos que protege el amparo y, en consecuencia, obliga al juez a pronunciarse exclusivamente sobre el petitorio de la demanda —principio de congruencia—,

convirtiendo al amparo en un proceso formalista y subjetivo (DÍEZ-PICAZO, 1996, p.17-74)<sup>10</sup>.

Pero, el amparo también se convierte en “una pesadilla” cuando los jueces y tribunales constitucionales, para declarar fundado el derecho demandado, crean una norma jurídica que permite resolver la pretensión planteada; aunque no se trate de inventar una norma incompatible con la Constitución, sino más bien identificar la que razonablemente se derive de una disposición constitucional de principio.

Eso supone que la norma constitucional sea concebida también como norma histórica y social, permitiendo así una labor interpretativa y argumentativa del juez en aras de la tutela del derecho violado, de acuerdo con la realidad de la que emana; reconociendo también derechos colectivos, ampliando la legitimidad de las partes y desarrollando diversos tipos de sentencias y mandatos incluso con efectos generales o normativos, con alcances no sólo para las partes, sino también para todos. Ello configura un status del juez que lo convierte en una suerte de juez-petoriano y al amparo en un proceso garantista y objetivo (XÍOL-RÍOS, 1996, p.75-107)<sup>11</sup>.

Ello se debe a que “cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento lleva consigo una concepción de Constitución. No existe un *prius* ni un *posteriorius*, sino una recíproca implicación (...)” (ZAGREBELSKY, 2004, p.18). Por ello, estas dos concepciones jurídicas del proceso constitucional nos recuerda que la Constitución y el Derecho Procesal se colocan en una línea de tensión en función de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales y la tutela objetiva de la Constitución; tensión en la cual el juez constitucional adopta diversas posturas, a partir de la aplicación y/o interpretación normativa (ZAGREBELSKY, 1977, p.39-69), que se pone en evidencia en la *praxis jurisprudencial latinoamericana*.

Dicha concepción ha puesto en evidencia en América latina que el proceso constitucional de amparo cumple un rol protagónico en la protección de los derechos de las personas, sobretodo en una región caracterizada por contar con regímenes democráticos de mayor intensidad que buscan consolidar los fundamentos del Estado constitucional; mientras que otros regímenes de menor intensidad que no aseguran una protección general de los derechos humanos como límite a los excesos del poder.

<sup>10</sup> Asimismo, MONTERO AROCA, Juan (coordinador). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia Tirant lo Blanch, 2006, p.438.

<sup>11</sup> Asimismo, Jania Maria Lopes Saldanha, Angela Araújo Espindola. *A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2009, Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 311-328.

Sin embargo, cabe señalar que los desafíos del amparo en un proceso de diferentes velocidades de la transición democrática son de naturaleza distinta, al estar vinculado directamente con los problemas democráticos de origen de cada país. En efecto, la naturaleza procesal del amparo tiene en su configuración constitucional, legislativa o jurisprudencial una concepción de la Constitución y del proceso, no exenta de la tensión permanente entre la política y el Derecho, como sucede en todo tipo de procesos al afrontar casos difíciles, por cuanto detrás de un gran proceso de amparo, siempre existe una gran cuestión de poder (TRIEPEL, 1986, p.33-78).

Por ello, en América Latina encontramos modelos del proceso de amparo que van, por un lado, desde un “noble sueño” para quienes encuentran al proceso de amparo y a la justicia constitucional como mecanismos para obtener justicia, pero muchas veces con el peligro de su abuso o incluso fraude de los valores de la Constitución. Y, por otro lado, hasta “una pesadilla” para las élites sociales de siempre que no han necesitado de la justicia constitucional para proteger sus intereses y más bien se preocupan y critican el rol que cumplen los valores constitucionales e institutos procesales que desarrollan los jueces del amparo para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos comunes.

En ese arco iris de posibilidades, cada país ha diseñado normativamente su modelo de amparo y más aún lo viene judicializando de distintas formas, en función de la tensión que produce la demanda por más derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y, la oferta muchas veces limitada de derechos por parte de los poderes públicos y privados, a pesar de no encontrarse la región en una época de dictaduras o de crisis económica, sino con normas constitucionales y legales amplias en derechos; lo cual deja en manos de los operadores jurídicos y políticos la eficacia de dichos mandatos.

Por ello, en línea de conclusión se puede señalar que en unos países el amparo puede ser concebido como un recurso procesal dependiente de los procesos ordinarios y en última *ratio* de los códigos procesales civiles, como en el caso mexicano, o, en otros países es entendido como un proceso judicial autónomo, con normatividad procesal especial en principio, como el caso peruano; asimismo, para unos países su naturaleza puede ser unilateral y de protección subjetiva e individual del derecho fundamental, en tanto su fin es el *favor libertatis* o el *pro homine*, como en el caso argentino, y, para otros su naturaleza puede ser la de un proceso bilateral y de carácter también objetivo, tanto en cuanto hay una relación de interdependencia entre los derechos de libertad y las competencias de la autoridad o de otros particulares, como orientada a la protección de valores constitucionales, como en el caso colombiano.

De un lado, en algunos países el amparo se agota en las normas constitucionales y legales, dejando al juez la labor formalista de la aplicación de las mismas, como en el Brasil, y; de otro lado, se tiene una concepción que hace del amparo un medio de realización de dichas normas mediante la interpretación y argumentación jurídica, no exenta de establecer reglas procesales, a través de la autonomía procesal que desarrolla el juez, como el caso peruano o colombiano. El amparo en algunos países tutela derechos pre constituidos cuando son violados, por ello se le reconoce al amparo un efecto meramente reparador, como en Argentina o Brasil; pero, en otros, además de ello, surge la tutela mediante el amparo de derechos colectivos e implícitos que emanan de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, tutelándolos innovativamente, como en Colombia y Perú.

Asimismo, en algunos países una relación jurídica se traslada rígidamente a la relación jurídica procesal, de donde emana la legitimación activa y pasiva para actuar, salvo la incorporación de terceros con legítimo interés, como en México; mientras que en otros países el modelo deja la relación procesal abierta a la legítima intervención de terceros —*amicus curiae*—, como en Brasil e incluso instituciones garantes de los derechos fundamentales —defensorías del pueblo—, como en Perú y Colombia. En unos casos, el amparo procede contra la autoridad en la medida que se concibe que la violación a los derechos fundamentales sólo puede provenir de los poderes públicos —eficacia vertical—, como en Brasil y México, mientras que en otros países además de ello se facilita a interponer el amparo contra particulares —eficacia horizontal—, como en Argentina, Colombia o Perú. En consecuencia, mientras que en unos países el amparo cabe contra sentencias judiciales y actos de gobierno, como en México y Brasil, en otros, además de ellos se puede incoar contra normas legales de forma directa cuando son normas auto aplicativas, como en Argentina, Perú y Colombia.

Finalmente, por todo ello, se puede señalar que “el noble sueño” del modelo del amparo clásico reposa en una concepción liberal y privatista del proceso vinculada al quehacer de la justicia ordinaria, llevada a cabo en principio por los tribunales o cortes supremas que remontan a duras penas los anclajes del proceso privado. Mientras que “la pesadilla” del amparo moderno es una concepción garantista del proceso, que desarrollan sobretodo los tribunales constitucionales; los cuales en general vienen cumpliendo un rol protagónico en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la defensa de la supremacía constitucional.

#### 4. PERSPECTIVA

Los desafíos contemporáneos al constitucionalismo latinoamericano han pasado de ser políticos -democracia y derechos humanos- y económicos

-garantías para las inversiones y comercio libre-, para incorporarse temas específicos como las materias ambientales -energías renovables, recursos naturales, en especial el agua,- y culturales -derechos de los pueblos indígenas-, los mismos que vienen reformulando la agenda del Estado en América Latina, sin que se haya llegado a resolver todos los problemas previos o de origen, como la pobreza y extrema pobreza, corrupción, narcotráfico, enfermedades epidémicas y hasta analfabetismo, entre otros.

En ese entendido el constitucionalismo lentamente ha ido aprobando nuevas constituciones o reformas que permitan encausar los nuevos temas/problems en cada país; donde la justicia constitucional a través de las acciones de inconstitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo, expresan lenta y algunos erráticamente la constitucionalización de la vida política, económica, social y jurídica. No obstante, hay evidencias que muestran que ellos pueden significar una regulación meramente semántica o nominal, cuando la Constitución y la justicia constitucional sólo son consideradas como un medio y no un fin en sí mismos, por los gobernantes latinoamericanos.

Ello, muchas veces, se debe a que el constitucionalismo en tanto forma de vida de la sociedad y del Estado, debe estar representado no solo en la Constitución, sino también debe ser defendido y desarrollado por el Presidencialismo, y; sobre todo por las autoridades judiciales del Poder Judicial y/o del Tribunal Constitucional. Más aún, en una época de crisis de valores donde es necesario comprender que “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política” (DE CABO MARTÍN, 1997, p.303).

## REFERENCIAS

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando. “Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (Refutaciones de carácter contramayoritario del Poder Judicial)”. En: *Revista DIKAION-LO JUSTO*, Año 17, N.º 12, Colombia, Universidad de la Sabana, 2003.
- ANDRADE, Pedro; OLANO, Aldo. *Constitucionalismo autoritario: los régimenes contemporáneos en la región Andina*. Quito: Corporación Editora Nacional – Centro Andino de Estudios Internacionales Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.
- ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En: Aguiló, Joseph, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007.
- ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- BERGER, Raoul. *Government by judiciary. The transformation of the Fourteenth Amendment*. Indianapolis: Liberty Fund, 1997.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- CAMERON, Maxwell. "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad". En: <[https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli\\_sci/Faculty/cameron/maxwell\\_a\\_cameron.pdf](https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a_cameron.pdf)>. (Visitado en enero de 2011).
- CAPPELLETTI, Mauro. "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional". En: AA. VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1984.
- DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: UNAM, 1997.
- DE VEGA, Pedro. "Neoliberalismo y Estado". En: *Pensamiento Constitucional*. Año IV, N.º 4. Lima: Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997
- DE VEGA, Pedro. *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio. "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo". En Ignacio Díez-Picazo, Juan Xiol Ríos et al. *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust, a theory of judicial review*. Harvard University Press, United States, 1981.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: M. Carbonell (editor) *Neoconstitucionalismo(s)*. Barcelona: Editorial Trotta, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo Ferrer-Mac-Gregor. *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. México: Editorial Porrúa, 2009.
- FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 244.
- HART, Herbert. "Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño". En: VVAA. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Qué hacer con la ley inconstitucional". *Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEC, 1997.
- LANDA, César. "La vigencia de la Constitución en América Latina". En: César Landa – Julio Faúndez. *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1996.
- LANDA, César. (editor). *Tribunal Constitucional y control de poderes: documentos de debate*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú – Konrad Adenauer Stiftung, 2006
- LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007.
- LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- MONTERO AROCA, Juan (coordinador). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia Tirant lo Blanch, 2006.

NEGRETTO, Gabriel. "Paradojas de la reforma constitucional en América Latina". En: <<http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf>> (Visitado en enero de 2011).

PÉREZ ROYO, Javier. "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno". En: *Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider y otros. El Gobierno*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 1985.

SALDANHA, Jania Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo. "A Jurisdicão constitucional e o caso da ADI 3510. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2009 Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.

TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política*. Madrid: Civitas, 1986.

UPRIMY, Rodrigo. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos". En VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Constituciones y Principios. Mesa 13 Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina. México, 6-10 Diciembre, 2010. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm>>. Visitado en febrero de 2011.

VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Roberto. "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?"

XÍOL-RÍOS, Juan Antonio. "Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo «reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»". En Ignacio Díez-Picazo, Juan Xiol Ríos et al. *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*. México: FUNDAP, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1977.



## LA ÉTICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

### *A ÉTICA NO ENSINO DO DIREITO*

Pilar Jiménez Tello

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca - USAL

Victoria Eugenia Plaza

Abogada

### AUTORAS CONVIDADAS

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4114>

**Resumen:** La Educación superior tiene encomendada la formación de ciudadanos para su incorporación a la sociedad y al mercado laboral. El presente artículo plantea la necesidad de incorporar a esa formación y dentro del Plan de Estudios, la educación en valores y en el ámbito de los planes de estudio del grado en Derecho, y en concreto, la enseñanza de la ética como una asignatura más. También entendemos que la enseñanza en valores y especialmente la enseñanza de la ética es una educación trasversal por lo que el estudiante se encontrará con esta formación a lo largo de todo el proceso educativo.

**Palabras clave:** Etica; Derecho; Valores.

**Abstract:** Higher education is entrusted with the training of citizens for their incorporation into society and the labor market. The present article raises the need to incorporate into this training and within the Curriculum, education in values and in the field of curriculum of the degree in Law, and in particular, the teaching of ethics as a subject. We also understand that teaching in values and especially the teaching of ethics is a cross-curricular education, so students will find this training throughout the entire educational process.

**Keywords:** Ethics; Law; Values.

Antes de centrarnos en la dimensión ética en la enseñanza del Derecho pasaremos brevemente a resaltar algunas definiciones de la ética.

La ética proviene del latín *ethicum* y esta a su vez proviene del griego *ethikós*, es una de las grandes ramas de la Filosofía que trata de la valoración moral de los actos humanos (NUEVA ENCICLOPEDIA LAROUSSE , p.3706).

La ética es la teoría o la ciencia del comportamiento moral de los hombres.

Rodríguez Luño (1989, p.17) define la ética como “parte de la filosofía que estudia la moralidad del obrar humano, es decir, considera los actos humanos en cuanto son buenos o malos”.

La Enciclopedia Jurídica Omeha, describe “lo ético” como dimensión ontológica de la conducta del hombre, progresivamente identificada con lo bueno, lo honesto, lo justo y, en general, con lo positivamente valioso dentro de un orden de vida plenaria exigible”<sup>1</sup>.

Los países, especialmente los de occidente están viviendo una crisis de valores, como indica González Pérez (2006, p.40) “Asistimos a una quiebra general de los valores morales. En la vida pública y en la privada. En el político y en el ciudadano. En el administrador y en el administrado” y continua refiriéndose a los ámbitos privado y público “...hoy desgraciadamente, ni los unos ni los otros están en condiciones de elevar su voz pidiendo moralidad”.

La preocupación por la ética, tanto en el ámbito público como en el privado es general. En el ámbito público se han venido desarrollando diversas acciones, entre los que se encuentran el primer Congreso Internacional de Ética Pública, celebrado en Washington en noviembre de 1994, la Convención Americana contra la corrupción, celebrada en Caracas en marzo de 1996 y son varios los países que han elaborado leyes y normas de menor rango de ética para la Administración Pública, así tenemos el caso de Argentina, Colombia, Costa Rica, etc.

[...] En este comienzo de milenio innumerables voces, venidas de todos los sectores sociales, advierten de la necesidad de una ética universal de la responsabilidad por el presente y por el futuro de las personas y de la tierra. Sin una ética global dicen, con toda razón, la globalización informática y financiera y el incremento técnico no se pondrán al servicio del desarrollo, sino que abrirán un abismo cada vez más profundo entre los países pobres y los ricos, y la diversidad de cultura desembocará en una ‘*clash of civilizations*’, en vez de propiciar una ciudadanía intercultural y cosmopolita (SERANO, 2004, p.16).

Como indica Georges Hadad (2006, p.XXXIV), Director de la división de Educación Superior de la UNESCO “... La formación universitaria, tiene entre otros

---

<sup>1</sup>Ver *Etica*, pág. 259.

objetivos, el de permitir al estudiante prepararse para el mundo profesional y, por encima de todo, desarrollar las aptitudes y las competencias que harán que no tema los planteamientos regulares que impone a sociedad en evolución permanente...".

Una de las finalidades más importantes de la Educación Superior, quizás su razón esencial, es la formación de ciudadanos para la vida en sociedad. Con esa tarea están estrechamente relacionadas al menos dos dimensiones: la epistémica y la ética-política. La Educación Superior es un lugar de producción de conocimientos y de formación humana según los requisitos de la ciencia y de los compromisos sociales. Las universidades son instituciones sociales que ejercen funciones estratégicas para el desarrollo cultural científico y tecnológico y para los proyectos de consolidación de una sociedad (DIAS; GOERGEN, 2006, p.XXXVIII).

Dentro de esa preparación para el mundo profesional es fundamental la educación en valores, entre los que fundamentalmente se encuentran los éticos, en este sentido Victoria Camps (2000, p.1) en su interesante obra sobre *Los valores de la educación* indica "la misión de la educación es transmitir conocimientos integrados en una cultura y en una dimensión ética. Esto lleva a educar en valores, pero no cualesquiera (estéticos, políticos, económicos...) sino éticos, los que forman el carácter y permiten promover un mundo más civilizado".

Y añade "La ética se ha alimentado siempre de la insatisfacción, es decir, de la distancia entre lo que es y lo que debería ser o nos gustaría que fuera, por lo que se puede decir que los valores éticos siempre están en crisis. Ya decía Locke que lo que mueve a las personas es la insatisfacción con la realidad" (CAMPUS, 2000, p.1).

La ética implica un camino común, unos intereses comunes en la construcción de un mundo mejor. Por eso sus principios son abstractos: libertad, igualdad, paz... Si se hicieran muy concretos, obligarían a políticas concretas. Cada cultura traducirá la ética a su modo (bajo la abierta mirada de esta). Y por ello tampoco es admisible la existencia de varias éticas, pues el camino es común, se nutre de intereses comunes. Y exige el compromiso no solo de los Estados, sino también de los individuos, resolviendo los continuos conflictos y problemas de interpretación práctica de los principios éticos (CAMPUS, 2000, p.2).

"La ética ha nacido con la historia. Se ha hecho con el tiempo. Y, del mismo modo, las personas no nacemos éticas, sino que vamos adquiriendo conciencia moral durante el desarrollo" (CAMPUS, 2000, p.3).

"El educador tiene una responsabilidad pública: no solo debe formar a los estudiantes para desenvolverse en la sociedad, sino también para mejorarla. Pero para ello hay que vencer tres prejuicios muy arraigados":

1. Que se puede instruir solo con conocimientos sin valores. El centro es un lugar de convivencia donde se aprende a relacionarse con la autoridad, con los demás... dónde se accede a modelos de conducta. Intentar no formar en valores es formar en perplejidad y duda, en desorientación.
2. Que formar en valores es formar de manera dogmática y cerrada. Por el contrario, la ética de la responsabilidad exige una relación dialéctica entre los principios éticos y sus consecuencias, de tal forma que la sabiduría moral llega a ser la forma correcta de interpretar esos principios.
3. Que el sistema no funciona, la culpa es del Estado o del Ministro de turno. Eso es verdad, pero no toda la verdad. Todas las manos cuentan y la responsabilidad pública es de todos los implicados en el proceso (CAMPUS, 2000, p.4).

“Educar es una inversión más general, que tiene que ver con una sabiduría teórica y práctica, con un enseñar a vivir desde un punto de vista no sólo técnico, sino humano” (CAMPUS, 2000, p.4).

El eje central de la ética es la justicia “...significa libertad e igualdad, pero también tolerancia, paz, reconocimiento de la dignidad. La justicia promueve la felicidad colectiva, condición necesaria aunque no suficiente para la felicidad individual” (CAMPUS, 2000, p.5).

“La solidaridad es el sentimiento de comunidad. Complementa a la justicia, pues sin aquella no hay denuncia de injusticia; y la justicia, transformada en ley y regida por instituciones, queda coja sin la solidaridad de las personas” (CAMPUS, 2000, p.5).

El profesor Gregorio Peces Barba (1995, p.64), habla de cuatro valores que constituyen la moralidad del poder y del Derecho “A mi juicio se puede hablar de cuatro valores que constituyen la moralidad del poder y del derecho en este paradigma político y jurídico de la modernidad y que son expresión de las tres liberaciones estudiantiles: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica”. Esta afirmación supone que la idea de dignidad humana, para su realización, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica”.

Hasta aquí hemos visto la necesidad de educar en valores y como la ética es el eje de esa educación en valores, pero llegado este momento debemos preguntarnos ¿qué debe incorporarse al proceso formativo? y ¿cómo debe incorporarse al mismo?. A nuestro juicio es necesario que la educación en valores, entendiendo la ética como eje del mismo debe figurar dentro de los planes de estudio, en este caso al Plan de estudios de derecho, como una asignatura más, hasta el momento no está incluida en los mismos en nuestro país, y es más nos atrevemos a aconsejar que esta debería impartirse en el primer curso para que el estudiante tenga una base

sólida, pero también entendemos que la educación en valores es una educación trasversal por lo que el alumno se encontrará con esta formación a lo largo de todo su proceso educativo, pues recordando las palabra de Victoria Camps ya rejetadas en otro momento de este artículo "...Las personas no nacemos éticas, sino que vamos adquiriendo conciencia moral durante el desarrollo".

El programa formativo tiene como objetivo primordial dotar al estudiante de las aptitudes, habilidades, competencias y formación humana para su incorporación al mercado laboral, no podemos obviar que las aptitudes éticas son la base de esas aptitudes, habilidades, competencias y formación humana que el estudiante debe desarrollar no solo a lo largo de su carrera, sino también a la hora de incorporarse al mercado laboral y vamos más allá el estudiante una vez incorporado al mercado laboral debe de transmitir, ya que se lo debe a la sociedad, esos valores que el ha adquirido a lo largo de su carrera.

En cuanto al contenido de esta asignatura "ética" a la que nos hemos referido en el párrafo anterior tenemos que indicar que "el núcleo fundamental de la educación en valores es aprender a vivir en un mundo compartido por otros". "La formación de los ciudadanos, con aquel conjunto de virtudes y carácter (hábitos) que hacen agradable la vida en común, es el núcleo de la educación en valores" (BOLÍVAR, 1998, p.50), en esta misma línea Joseph Puig Rovira y Xus Martín García proponen una serie de propósitos y son:

- \*Construir aquellas disposiciones que configuren la conciencia moral autónoma en tanto que capacidad para regular dirigir por sí mismo la propia vida moral.
- \*Adquirir criterios de juicio que guíen la producción de razones y argumentos morales justos y solidarios, y usarlos recta y habitualmente en las controversias que implican un conflicto de valores.
- \*Desarrollar las capacidades de comprensión crítica de la realidad personal y social de modo que sea posible reconocer y valorar el significado de las situaciones concretas.
- \*Formar las disposiciones necesarias para la autorregulación que permitan dirigir por sí mismo la propia conducta y construir formas comportamentales voluntaria y reflexivamente decididas.
- \*Adquirir la sensibilidad necesaria para percibir los propios sentimientos y emociones morales, para aceptarlos críticamente, y para usarlos en tanto que componentes de los procedimientos de la conciencia moral.
- \*Fomentar las competencias dialógicas que predisponen al acuerdo, al entendimiento y a la autodirección, así como a la tolerancia y a la participación democrática.
- \*Reconocer y asimilar aquellos valores morales que podemos entender como universalmente deseables.

\*Conocer toda aquella información que tenga relevancia moral o pueda resultar formativa por su clara explicación en valores.

Construir una identidad moral compleja, abierta y crítica que delimita un espacio de diferenciación y creatividad personal en el ámbito de los valores. Tal construcción supone al menos un trabajo de elaboración autobiográfica, de diálogo democrático y de acción comprometida.

\*Reconocer y valorar la pertenencia a las comunidades habituales de convivencia, integrarse participativamente en ellas y reflexionar críticamente sobre sus formas de vida y tradiciones valorativas (PUIG ROVIRA; MARTÍN GARCÍA).

Centrándonos en el ámbito de la enseñanza del Derecho la asignatura de ética jurídica debería dotar al estudiantes de las aptitudes y habilidades éticas necesarias para su incorporación al mercado laboral y crear en el la necesidad de transmitir a sus clientes en el ejercicio de su profesión los principios éticos que deben regir no solo en el ámbito del derecho sino en todos los ámbito de la vida. De destacar básicamente dentro de los valores éticos, los derechos humanos.

Los docentes no deben de dejar de transmitir a los estudiantes de derecho la importancia de la ética en su formación, en su desarrollo como persona, en su posterior vida laboral y en su relación con el entorno social. No olvidemos que el derecho, desde la antigüedad se ha definido como “el arte de lo bueno y de lo justo” y son esos valores los que se deben transmitir a los estudiantes.

Para afianzarnos en la postura de la necesidad en este campo nos referiremos a las palabras de Lord Nolan<sup>2</sup> en su conocido informe “Si los códigos de conducta sirven para asegurarse de que las organizaciones establecen normas, la formación es esencial para reforzarlas. Una formación inicial en materia ética es especialmente importante” y continua aunque refiriéndose a la función pública pero que es extrapolable a la formación de los juristas “De esta manera ningún funcionario puede alegar el desconocimiento de las reglas y, al mismo tiempo, se inculcan los buenos hábitos antes de que se aprendan los malos” y va más allá hablando de una formación continuada, sentido en la que nuestra Ley Orgánica de Universidades hace especial hincapié “Pero además de la formación inicial, es también necesaria la formación continua. Es necesario recordar al personal con regularidad la política de la organización en materia ética....”.

Existe una paradoja en todo este campo de la ética, los países, las instituciones y las organizaciones demandan códigos éticos, cartas éticas, informes sobre la

---

<sup>2</sup> Presidente de la Comisión del Parlamento británico que elaboró en 1994 un informe sobre “Normas de Conducta para la vida Pública”.

ética, ranking sobre comportamientos éticos y sin embargo nos olvidamos de incorporar la ética a la formación de los estudiantes. No podemos exigir conductas éticas a los profesionales del derecho sino les hemos formado en valores, y la formación no solo implica el establecimiento de la asignatura de “ética jurídica”, sino que es necesario un hábito en el conocimiento y vivencia de los principios éticos. Así vemos que en que en Estados Unidos, dónde se estudia ética de forma trasversal a lo largo del currículo se ha creado un hábito en los estudiantes ya desde la universidad y esos principios éticos se llevan a la práctica en el ejercicio profesional.

Los países más desarrollados lo son porque tienen calidad y seguridad jurídica, entendiendo por seguridad jurídica con el profesor Peces-Barba (1995, p.65) “valor específico de la modernidad, es la condición de otros valores y razón que fundamenta derechos y principios de organización, en la creación de un ámbito de paz, de orden, de certeza, de superación del miedo, ante ataques de fuerza irracional del otro o del poder, ante la enfermedad, ante la edad, es decir ante aquellas realidades personales fácticas que pueden impedir o dificultar la existencia de otros valores”. El componente más importante de la calidad jurídica y de la seguridad jurídica es la ética. Por lo que podemos decir que los valores éticos o morales son los elementos básicos y nucleares de todo el sistema jurídico de calidad. Por tanto si esto es así, a parte de otros temas, debemos introducir que si nadie pone en duda que para conocer la calidad de la enseñanza del derecho, la calidad de una universidad tenemos que acudir a los ranking que están en relación con el establecimiento de un sistema de auditoria y calidad por lo que tenemos que darnos cuenta que un sistema de auditoria y calidad universitaria debe tener como punto neurálgico la auditoria y evaluación de la ética y como se innova en ética.

El único instrumento de cambio real en el ámbito de los valores éticos es la evaluación y a través de estos procesos de evaluación tendremos información de si esos hábitos y aptitudes éticas están siendo congruentes con los valores éticos establecidos, pero partimos en muchos casos que esos valores éticos ni siquiera se han contemplado en el proceso formativo y por tanto en la evaluación del mismo.

Es necesario el establecimiento de hábitos y aptitudes éticas y una vez incorporados estos al proceso formativo, establecer unos indicadores, tanto cualitativos, como cuantitativos de calidad ética que nos permitan medir la calidad ética de la institución evaluada, de la titulación, etc. Igualmente es necesario el establecimiento de estándares de calidad para poder medir la evolución de los programas que se han llevado a cabo para innovar sobre la ética en la enseñanza

del derecho y las medidas que se han puesto en marcha para avanzar en calidad. El contenido en valores éticos y el respeto a los derechos de las personas es también la ética. En el ámbito de la evaluación, en el campo de la ética, en el campo de la enseñanza del derecho, podemos decir que nos falta muchísimo por hacer. En otro ámbito como es el mundo empresarial existe ya ranking sobre la ética en los diferentes países que se elaboran cada año, es una buena práctica que debe servir de referencia para otros ámbitos, como por ejemplo para el que ahora nos ocupa.

Creemos que es necesario evaluar dentro de la titulación la asignatura “ética legal” sino también la trasversalidad de la ética a lo largo de toda su carrera.

No deja de llamar la atención que países como España que es la séptima potencia económica no tengan introducidas en sus planes de estudio, la enseñanza de la ética, no solo como asignatura independiente, sino de forma trasversal en el proceso formativo.

## REFERENCIAS

- Bolívar, A. “Los valores en la escuela hoy”, Revista Aula de Innovación Educativa, nº 136.
- Camps, V., Los valores de la educación, Madrid Anaya, 2000.
- Días Sobrino, J. Y Goergen, P., “Compromiso social de la Educación Superior” dentro de la obra La educación superior en el mundo 2007, Barcelona, Madrid, México, ediciones Mundi-prensa, 2006.
- González Pérez, J., Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas, Madrid, Aranzadi, 2006.
- González Pérez, J., “Ética en la Administración Pública”, en Anales de la Real Academia en Ciencias Morales y Políticas, Año XLVIII, nº 73, curso académico 1995-1996, pp. 117-158.
- Hadd, G., “Calidad de la formación en la enseñanza superior: Una aproximación completa” dentro de la obra La educación superior en el mundo 2007, Barcelona, Madrid, México, ediciones Mundi-prensa, 2006.
- Morell Ocaña, L., “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, en Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 111, 2001, pp. 347-372.
- Peces-Barba, G., Ética, Poder y Derecho, Cuadernos y debates, nº 54, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Puig Rovira, J. y Martín García. X, Educación Moral y democracia, Barcelona, Ed. Herder, “Reflexiones sobre el Primer Congreso Internacional de ética Pública celebrado en Washington en noviembre de 1994”, Revista de Administración Pública, nº 136, 1994.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., “La ética y empleados públicos”, en Revista Gobierno y Administración Pública, nº 9, mayo-agosto, 1999.

Rodríguez Luño, A., *Ética*, Editorial Eunsa, Pamplona, 1989.

Serrano, V. (Ed.), *Ética y globalización. Cosmopolitismo, responsabilidad y diferencia en un mundo global*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2004.



## **EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL COMO UN MECANISMO DE EXIGIBILIDAD DE RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA Y SU APLICACIÓN EN BRASIL POR LA CORTE SUPREMA**

### ***ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NA COLOMBIA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL PELA SUPREMA CORTE***

Omar Huertas Díaz

Profesor Asociado, Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, PhD en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España.  
Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional

Ana Alice De Carli

Professora Adjunta do Curso de Direito e do Mestrado em Tecnologia Ambiental da Universidade Federal Fluminense (UFF/UFF). Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social. Especialista em Direito Público. Membro da Comissão de Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Rio de Janeiro. Pesquisadora fundadora do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito - GEMADI/UFF.

Bruno de Paula Soares

Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Orientando dos professores doutores Ana Alice De Carli e Omar Huertas Díaz. Monitor da Disciplina de Direito Financeiro e Tributário do Curso de Direito da UFF/VR. Estagiário da Procuradoria da Fazenda Nacional.

**Submissão em 02/07/2017  
Aprovação em 03/07/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4096>

**Resumen:** Indiscutiblemente, en las últimas dos décadas la sociedad colombiana ha sido testigo y participe de las transformaciones más importantes que ha sufrido el Estado, tanto del rediseño de la estructura organizacional del poder, así como del reconocimiento progresivo de un amplio catálogo de derechos fundamentales en su carta política. En ese sentido, las transformaciones en estas dos áreas han traído como consecuencia la existencia de un mayor parámetro de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos; para cumplir con ello, se han implementado novedosos y complejos mecanismos procesales para su defensa, tal como lo es la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. Dicho desarrollo guarda especial relevancia, ya que sirve de modelo y guía para los países latinoamericanos, pues con ello se pretende la intervención colectiva de los poderes públicos y superar las falencias de carácter estructural de las políticas públicas, hacer frente y disminuir las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales y con ello reintegrar el valor máximo del ser humano que es su dignidad. Por último, se demuestra que en Brasil, aunque tímidamente, la doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional ha sido aplicada por la Suprema Corte de aquel país.

**Palabras clave.** Constitución; Dignidad Humana; Políticas públicas, Estado de Cosas; Derechos Humanos.

**Resumo:** Inegavelmente, nas últimas duas décadas a sociedade colombiana tem sido testemunha das transformações ocorridas no contexto socio-jurídico, as quais implicam um redesenho da estrutura organizacional do poder, bem como o reconhecimento progressivo de uma ampla gama de direitos fundamentais, na sua carta política. Nesse sentido, tais mudanças implicam a construção de um parâmetro importante de efetividade e garantia dos direitos humanos, que é a declaração do estado de coisas inconstitucional. Tal construção jurídica pode servir como um modelo e guia para países da América Latina, visto que se destina à superação das deficiências de natureza estrutural das políticas públicas, ao enfrentamento e à redução das violações massivas e sistemáticas dos direitos fundamentais e, com isso, reintegrar o valor máximo do ser humano, que é sua dignidade. Por fim, visa-se a demonstrar que no Brasil, ainda que timidamente, a tese do estado de coisas inconstitucional vem sendo aplicado pela Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Constituição; Dignidade da pessoa humana; Políticas Públicas; Estado de Coisas Inconstitucional; Direitos Humanos.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Declaración del estado de cosas inconstitucional en Colombia. 3. La protección de los derechos humanos a partir del activismo judicial. 4. La aplicación de la doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional en Brasil por la Corte Suprema. 5. La Acción de Arguición de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) nº 347/DF: breve análisis y la aplicación de la doctrina del estado de cosas inconstitucional. Conclusión. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se utilizan dos perspectivas metodológicas: la analítica y comparativa. La perspectiva analítica permite buscar, analizar y descomponer todos los conceptos y definiciones de los temas que se pretenden abarcar, aclarar los conceptos, sus alcances y límites desde un punto de vista crítico y propositivo. Con la perspectiva comparativa se buscará la comparación sistemática de casos de análisis con la finalidad de la verificación de hipótesis.

La República de Colombia vive actualmente desafíos trascendentales para cumplir con su carta política, cuya vigencia data del 20 de julio de 1991, así como con el gran entramado de derechos humanos que se consagran en la legislación y en el amplio número de tratados internacionales suscritos en la materia, los cuales representan sin duda alguna las actuales aspiraciones de la sociedad.

Es importante señalar, que la Constitución de 1991, además de sus implicaciones constitucionales y jurídicas, configuró en Colombia un proyecto social-democrático de modernidad política, pluralista y tolerante, enfrentándose a todas aquellas tradiciones y fines anacrónicos derivados de la constitución de 1886 (QUINTANA, 2012, pág. 185).

En ese mismo sentido, Quinche Ramírez, al referirse a la constitución de 1991, la describe como un texto democrático, participativo y pluralista, toda vez que el texto ha incluido las demandas de muy diversos sectores sociales, precisando que:

[...] al lado de los políticos y de los aristócratas de las regiones, tomaron asientos como constituyentes, personas venidas de los más diversos orígenes. Hubo allí estudiantes, líderes sociales, políticos, miembros de comunidades religiosas, sindicalistas, intelectuales, indígenas, afrocolombianos y sujetos de otros sectores, ejercitando una experiencia participativa jamás ensayada en el país (RAMÍREZ, 2012, pág. 13).

No cabe la menor duda de que la promulgación de una nueva constitución en 1991 trajo consigo el hecho como tal, una innegable transformación profunda, toda vez que, en el rediseño de la estructura del Estado y sus instituciones de la vida política, en la que existió la participaron un gran número de sectores sociales, quienes se hicieron escuchar, para efecto de rediseñar y plasmar los derechos y aspiraciones que se pretendían que fueran garantizados y materializados.

Para cumplir con dichas aspiraciones, es el Estado organizado, que se despliega en todas sus instituciones y órganos, el encargado de que la constitución se conviertan en una realidad y no se queden en simples supuestos ideológicos o metafísicos. Esta organización implica la forma en que habrá de integrarse, estructurarse y ejercitarse el poder político, pero además debe poner a disposición de los gobernados aquellos mecanismos o medios de control que permitan restituir el orden y los derechos conculcados ante cualquier acto autoritario, todo lo anterior, “con la finalidad de garantizar el bien común” (NÚÑEZ, 2013, pág. 138)

Es aquí, donde ha jugado un papel relevante la actuación proactiva que ha tenido la Corte Constitucional de Colombia en los últimos años, frente a las graves violaciones a los derechos humanos, lo cual se puede constatar en el importante desarrollo jurisprudencial que ha acuñado, y del cual tiene su origen la figura que

nos proponemos analizar en éste trabajo, nos referimos a la declaración de estado de cosas inconstitucional, misma que tiene por finalidad, la protección de los derechos humanos cuyas violaciones posean un carácter general y cuyas causas tengan un carácter estructural.

Por ello, la Corte Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la garantía de los derechos humanos frente al abuso del poder, en el que además, no solo se ha convertido en revisora de los actos de la autoridad, sino que ha tenido un papel muy activo de coordinación y dialogo con todos los poderes para hacer, cada día más vigente el modelo de estado social y democrático de derecho que proclama la Carta política de 1991; y con ello superar los desafíos actuales en torno al respeto y garantía de los derechos humanos, pues hoy en día aún existen vacíos y fallas estructurales en la vida nacional, mismas que han permitido que en el país colombiano se violen de manera sistemática y reiterativa los derechos fundamentales de quienes habitan en el país, afectando con ello el principio básico y fundante del estado social de derecho, me refiero a la dignidad humana (CONSTITUYENTE, 1991).

## **2. DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

La Republica de Colombia cuenta con importantes instrumentos jurídicos y entes encargados de velar por el cumplimiento y salvaguardia del contenido constitucional, así como del contenido que deviene del derecho interno de fuente internacional – tratados internacionales – mismos que contienen un amplio abanico de derechos humanos que se les reconocen a los habitantes del país colombiano.

Uno de ellos es la Corte Constitucional de Colombia, la cual, de conformidad con el artículo 241 de la constitución, se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, pero además, guarda una función relevante, pues tal y como lo sostiene Cepeda Espinoza dicha corte “ha concentrado sus esfuerzos en la protección de los derechos fundamentales de los individuos y grupos de la sociedad, esta labor ha sido de gran importancia para los grupos poblacionales más vulnerables”. (CEPEDA ESPINOZA, 2001, pág. 21)

Así mismo, como principal institución jurídica de protección de los derechos fundamentales que se consagran dentro de la constitución y de los tratados internacionales, y a la cual puede acceder cualquier persona, es el que se contiene el artículo 86 de la constitución, nos referimos a la acción de tutela, la cual fue perfeccionada por decreto del entonces presidente Cesar Gaviria dentro de la ley 2591, la cual, de conformidad con el artículo en cita, reza de la siguiente manera:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (CONSTITUYENTE, 1991).

Resulta claro que, por mandamiento de la carta política colombiana, la acción de tutela es el mecanismo por excelencia de protección de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas cuyos derechos están siendo vulnerados o amenazados, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial eficaz.

Asimismo, resulta importante señalar que, por medio de la acción de tutela, y ante la necesidad de salvaguardar los derechos constitucionales de amplios sectores de la población colombiana, es que la Corte constitucional como guardián de la ley fundamental, ha hecho un desarrollo jurisprudencial de dicha institución jurídica, a lo cual se le ha denominado la declaratoria del estado de cosas inconstitucional.

Mendoza Martelo, al realizar un análisis sobre el tema en comento, señala que toda decisión de la Corte Constitucional supone la presencia de preceptos constitucionales como fundamento (SCJN-Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014, pág. 423), de manera tal que el estado de cosas inconstitucional tiene como base y se sustenta en los siguientes preceptos constitucionales 1°, 2°, 13, 113, y 334, mismos que precisan:

Art. 1) el modelo de estado social de derecho; Art. 2) los fines del estado que principalmente se traducen en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, Art. 13) la obligación de promover las condiciones de igualdad a favor de los grupos marginados y sancionar los abusos contra éstos, Art. 113) la obligación de los órganos del estado de colaborar armónicamente para la realización de sus fines, y finalmente, Art. 334) la dirección general de la economía del estado para cumplir con los objetivos del modelo de estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, como se puede advertir, la figura del estado de cosas inconstitucional ha sido creada jurisprudencialmente con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, así como garantizar los derechos y deberes constitucionales, buscando contrarrestar y corregir las violaciones a los derechos humanos que requieren de un tratamiento especial por parte de los órganos del estado en su conjunto.

En palabras de la propia Corte Constitucional de Colombia esta figura, se ha creado (Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, 1998) “con el

fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas", es por medio de este desarrollo, y en apoyo al principio de igualdad, que la Corte ha hecho extensivo los efectos de la acción de tutela, para el efecto de ordenar la reparación integral de la situación que impera y con ello evitar que continúen las violaciones graves y sistemáticas de un abanico de derechos de un grupo de la población en específico.

Es importante señalar que, el desarrollo jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional, ha presentado variaciones a lo largo de su desarrollo y estructuración, por lo que debemos señalar que la misma se encuentra en constante evolución, desde el surgimiento de la figura con la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997,dentro de la cual la Corte constitucional por medio de este mecanismo pretendió resolver la vulneración de los derechos fundamentales de un grupo de docentes derivada de la omisión de su afiliación a un fondo de prestaciones sociales, en la que la Corte declaró la existencia de un "estado de cosas contrario a los preceptos constitucionales".

A partir de dicha sentencia se han acumulado varios elementos para efecto de determinar si existe un estado de cosas inconstitucional, la Corte ha expuesto 5 factores a valorar, dentro de los cuales se señalan los siguientes:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculado;
- (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
- (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (Estado de cosas incosntitucional de la población desplazada, 2004).

Seis factores que tienden a romper con el esquema tradicional de la acción de tutela, pues mientras esta tiene efectos *inter partes*, el estado de cosas inconstitucional tiene efectos generales, es decir *inter communis*, pues tal y como se des-

prende del primer factor, esta surge de la vulneración masiva y generalizada de varios derechos que afectan a una pluralidad de individuos.

Tenemos que precisar que una característica de la acción de tutela son los efectos *inter partes*, los cuales son una regla general de dicha institución, toda vez que a través de la acción se resuelve violaciones a los derechos humanos del solicitante, esto atendiendo a la petición que eleva la víctima, por la acción u omisión de la autoridad violadora de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y en tratados internacionales.

Sin embargo, de manera excepcional el fallo puede tener efectos *inter communis*, en ese sentido la Corte Constitucional ha precisado que "hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela" (DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD, 2001). De aquí se desprende la doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional.

Ello se debe a que la "Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país" (QUINTERO LYONS, 2011, pág. 1), ante estos retos de vulneración masiva y generalizada, es claro que sobrepasan la órbita de control de la acción de tutela, la cual es exclusiva de la persona que solicita la protección de la justicia.

Por cuanto se refiere al primer punto, es claro que la vulneración masiva, generalizada y sistemática de los derechos fundamentales de las personas sobrepasan la órbita de control de la acción de tutela, la cual es exclusiva de la persona que solicita la protección de la justicia, pero además, esta vulneración es seguida de la omisión de las autoridades para atender tal situación, lo que implica la imposibilidad de corregir las principales falencias de ese estado de cosas inconstitucional, permitiendo la repetición y prolongación de las violaciones a través del tiempo.

Una observación que no debemos dejar pasar es que, al ser generalizadas las prácticas inconstitucionales por parte de las autoridades, esto trae como consecuencia que las personas utilicen la acción de tutela para efecto de que se les proteja y restituya en cuanto a la vulneración de sus derechos, pero al ser masiva la vulneración, se da un fenómeno de congestión del sistema judicial de todos aquellos que acuden a solicitar la tutela.

Por cuanto corresponde a las omisiones legislativas, administrativas y presupuestales que traen como consecuencia que las violaciones masivas sean de

naturaleza estructural, la Corte ha señalado que “su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades” (Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, 1998, pág. 2). Atendiendo a ello, se reclama al conjunto de autoridades omisas la realización de las acciones y asignación del presupuesto necesario y suficiente para erradicar la situación contraria a los derechos humanos, por lo que estamos frente a una obligación de tipo mancomunado.

Por otra parte, atendiendo al punto tercero y quinto de los factores en comento, es importante referirnos que al ser generalizadas las prácticas constitucionales por parte de las autoridades, esto traerá como consecuencia que las personas utilicen la acción de tutela para efecto de que se les proteja y restituya en cuanto a la vulneración de sus derechos, pero al ser masiva la vulneración, se da un fenómeno de congestión del sistema judicial de todos aquellos que acuden a solicitar la tutela.

Por cuanto hace a los puntos cuarto y quinto, la corte ha señalado en su sentencia T-153-98 que las omisiones legislativas, administrativas y presupuestales “son causas de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades”. Por lo que se exige al conjunto de autoridades omisas realicen las acciones y destinen el presupuesto necesario y suficiente para erradicar la situación contraria a los derechos humanos, por lo que estamos frente a una obligación de tipo mancomunado.

De todo lo anteriormente expuesto, se puede estar en condiciones de definir que el estado de cosas inconstitucional:

[...] se predica de aquellas situaciones en las que se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales (Vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, 2015, pág. 75).

La importancia de la misma radica en que el estado de cosas inconstitucional identifica una serie de violaciones de derechos humanos que no pueden ser toleradas en un estado social y democrático de derecho; y que su vez, requieren de la acción coordinada, conjunta y compleja, de los poderes estatales para superar las fallas estructurales que han permitido la vulneración de los derechos de una colectividad.

Figura que se emplea para constatar que “alguna situación particular del texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose

meramente formal” (Vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, 2015, pág. 74). Por lo que se decreta el desconocimiento de los derechos constitucionales en la actuación de diversas autoridades, y se hacen claras las omisiones en que se incurren, lo que genera que desde sus respectivas competencias se atente con el marco de derechos humanos y de las obligaciones de respeto y garantía de los mismos.

Es por ello que la figura del estado de cosas inconstitucional obliga a que las políticas públicas sean sensibles a los retos de gran calado que conllevan los derechos humanos, que estas tengan una perspectiva guiada y orientadas por los mismos, en esta parte la Corte ha sentado en sus resoluciones que “una política pública no es el conjunto de promesas y de directrices que una autoridad pública formula en un texto. Una política pública la constituye el conjunto de acciones y omisiones de una autoridad sobre una cuestión” (ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL DEL SISTEMA CARCELARIO, 2013) En ese sentido, estas deben de contar con una dimensión prestacional de los derechos y libertades fundamentales señaladas y que se exigen en el Bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, y para superar la declaratoria del estado de cosas, la Corte constitucional ha ordenado una serie de medidas para poder superarlo, las cuales consisten en que:

- 1) se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional;
- 2) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos;
- 3) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución;
- 4) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y
- 5) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos (Corte Constitucional de Colombia, 2004, pág. 84).

Aquí, es importante señalar que, las decisiones de la Corte Constitucional han impactado en las acciones de los otros poderes, toda vez que dicha figura ha motivado que se lleven a cabo actos de tipo no solo administrativo, como es el caso de las políticas públicas, sino que la misma ha influenciado el ámbito legislativo, como es el caso de la creación de la ley 1448 de 2011; el decreto 1660 de 2007 que reglamentó parcialmente el artículo 19 de la Ley 387 de 1997; el decreto 790 de 2012, entre otros (SCJN-Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014, pág. 438).

En cuanto se refiere a las políticas públicas, es necesario recalcar que en todo momento la Corte Constitucional se ha involucrado en la formación de las mismas, así como en la vigilancia de estricta aplicación, las cuales se encaminan a corregir el estado de cosas inconstitucional. Al respecto García Jaramillo señala tres etapas en las que participa la Corte con relación a la política pública:

- a) interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto mediante una orden específica de garantía a ese derecho;
- b) imparte otra orden para que se diseñe un programa de atención integral, luego de confrontar la realidad con un juicio de naturaleza constitucional;
- c) además de impartir órdenes estructurales con remedios, establece plazos (JARAMILLO, 2015, pág. 209).

Como podemos observar, la Corte Constitucional no concluye su labor con el dictado de una sentencia, es decir una simple labor jurisdiccional, sino que asume su papel más activo, para alcanzar los fines del estado social de derecho, involucrando al resto de los órganos e instituciones del Estado, tomando en cuenta a la población más vulnerada en cuanto a sus derechos. Sin duda alguna, dicho activismo judicial implica una verdadera garantía y tutela de los derechos.

Por cuanto se refiere al plano internacional, no debemos perder de vista que la vulneración de los derechos fundamentales de carácter general y cuyas causas correspondan a una naturaleza estructural, no sólo transgreden las obligaciones domésticas que derivan del código político colombiano, sino que contravienen las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Instrumento donde se encuentran los pilares en que descansa la mayor protección y en donde se concentran las más importantes obligaciones generales que los Estados parte tienen para cumplir con los derechos y libertades en el ámbito interamericano, y que en palabras del Juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor son la piedra angular del sistema interamericano (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2013), estos son los artículos 1º y 2º del citado instrumento, los cuales son la base de todas las sentencias que ha dictado por más de treinta años la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículos que guardan especial importancia para hacer valer los derechos esenciales del hombre contenidos en este importante instrumento internacional.

En lo que respecta al Artículo 1º del Pacto San José, se establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones

políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

1.2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (AMERICANOS, 1969, pág. 1).

Tal y como se puede observar en este dispositivo, se encuentran dos obligaciones generales para los Estados parte de la citada Convención, entre los que se incluye a Colombia, los cuales son fundamentales para poder cumplir con los derechos y libertades de las personas que se consagran, estas son las obligaciones de respeto y de garantía de los derechos humanos.

Si el país es omiso en el respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, todo esto parece confirmar que se estaría ante un estado de cosas inconvenionales, pues no solo se estaría inobservando y ofendiendo el catálogo nacional de derechos humanos, sino también el internacional, en específico de aquel que surge del seno del Sistema Interamericano.

En atención a lo anterior, ya ha sido señalado con gran atino por parte del Gobierno Colombiano que

[...] el respeto del orden jurídico en Colombia exige que, frente a la demanda de justicia, su aparato jurisdiccional resuelva los conflictos conforme al derecho aplicable, empezando por el bloque de constitucionalidad, para aplicar la Constitución Política, los Tratados Públcos y las leyes, sin perjuicio de los precedentes judiciales que sea necesario. (INFORME DEL GOBIERNO NACIONAL a la Corte Constitucional sobre la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004, 2010, pág. 24).

Con todo lo anterior, podemos afirmar que el papel que ha desempeñado la Corte Constitucional de Colombia – con la declaración del estado de cosas inconstitucional – corresponde al de una autoridad que busca cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos. Para lograrlo, la misma ha asumido un activismo judicial como coordinador y supervisor de algunas medidas que exigen la actuación urgente del resto de los poderes estatales, todo ello para cumplir con la constitución colombiana y los derechos que en ella se proclaman.

### **3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DEL ACTIVISMO JUDICIAL**

En este apartado discutiremos brevemente sobre la importancia que guarda la labor democrática de los jueces en el estado de derecho, lo anterior, a partir

de la emisión de sus resoluciones, pues el papel que desempeñen los jueces debe ser analizado en todo momento, destacando los avances en sus resoluciones – tal y como lo es la declaración de estado de cosas constitucional – y proponiendo una continuidad en la línea de protección de los derechos.

El enriquecimiento del desarrollo jurisprudencial obedece a que en el ámbito interno ha tenido gran influencia el derecho internacional de los derechos humanos, así como las decisiones de importantes tribunales supranacionales, el cual ha permitido la inclusión en los textos constitucionales latinoamericanos, así como la inclusión de las cláusulas de apertura como base de un complejo sistema de recepción del derecho internacional.

Ciertamente nos encontramos ante una reconfiguración del escenario jurídico latinoamericano y global, en el que el panorama jurídico contemporáneo se construye a partir de un entramado de interacciones heterárquicas (ALVARADO, 2015, pág. 19), con muy diversos alcances que se van definiendo a partir de la actuación y respuesta de muy diversos actores, entre ellos los actores judiciales en conjunto con otras autoridades e instituciones que conforman el gobierno nacional.

De acuerdo con los planteamientos anteriores, la justicia constitucional nacional exige una participación activa de los juzgadores, en la que se les exige dejar de ser simples aplicadores de las normas, es decir, los retos del nuevo orden jurídico integral llevan consigo que las autoridades judiciales dejen de ser simples revisores de la ley y se conviertan en auténticos defensores activos del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, y exigir en todo momento la materialización de los mismos.

Hemos de señalar que nos encontramos en un proceso evolutivo de la actividad jurisdiccional tendiente a la materialización del contenido constitucional, cuyo antecedente lo podemos ubicar a partir de procedimiento denominado *judicial review* proveniente del sistema legal anglosajón, cuyo predominio del contenido constitucional sobre las leyes fue resaltada por el juez Edward Coke, quien se pronunció sobre la validez de las leyes y su anulación por ser contrarias al derecho común, cuyo antecedente sirvió de base para que una vez iniciada la era del constitucionalismo, en la constitución norteamericana se estableciera la cláusula de supremacía constitucional y por consiguiente la vinculación a todas las autoridades incluidos los jueces, disposición que se vio materializada a partir del caso *Marbury vs. Madison* y su resolución dictada por el juez Marshall.

De lo anterior, García de Enterría plantea que dicha función es legitimadora del Tribunal Supremo, como ente guardián de la Constitución, calificando a la *judicial review* como la clave de bóveda de la construcción histórica de los Estados Unidos (MARTÍNEZ -CARANDE, 2006, pág. 126), pero sobre todo con gran

influencia en los sistemas jurídicos de los países hispanoparlantes, pues dicho instrumento ha servido de guía para el control de la constitucionalidad.

No perdamos de vista que el control constitucional llevado a cabo por las altas Cortes – y en algunos casos con distintos alcances por los tribunales y jueces locales –, del cual Hans Kelsen precisó que “las leyes atacadas de inconstitucionalidad son las que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional” (KELSEN, 2001, pág. 59), de allí la intervención del poder judicial en el ámbito legislativo.

Tampoco se debe olvidar que Kelsen advertía que si bien es cierto las leyes son el principal objeto del control constitucional, también debían someterse a este control todos los actos que acusen formas de leyes, aún y cuando éstos contengan normas individuales, tales como el reglamento del Parlamento o el voto del presupuesto, de ahí que sostuviese que el control debiera extenderse a los reglamentos que tienen fuerza de ley y de los simples reglamentos complementarios (KELSEN, 2001, pág. 63).

Ante los retos actuales y para evitar las profundas crisis sistemáticas en materia de derechos humanos que se viven en la región latinoamericana, tenemos que recordar el pensamiento del barón de Montesquieu, al señalar que “los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor” (MONTEQUIEU, 2015, pág. 151), sino todo lo contrario, hoy en día ante los contextos mundiales y para alcanzar los objetivos y aspiraciones constitucionales, su actuación ya no se reduce en una simple revisión de las leyes y actos frente a la Constitución y sus fuentes, sino que además exige una actividad más elaborada que materialice el contenido que consagra los derechos fundamentales de millones de personas.

#### **4. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN BRASIL POR LA CORTE SUPREMA<sup>1</sup>**

Sólo como breve introducción, cabe destacar que Brasil adopta un sistema mixto de control de constitucionalidad. De tal manera, se tiene el control en abstracto, por medio del cual la Corte Suprema analiza en tesis las leyes impugnadas en sede de Acción Directa de Inconstitucionalidad – por supuesto vicio de inconstitucionalidad.

A rigor, el primer sistema de control de constitucionalidad adoptado en el solo brasileño para el denominado sistema norteamericano, en el que los vicios

---

<sup>1</sup> La traducción de la lengua portuguesa a la española de este tópico fue realizada por la graduada em derecho de la Universidad Federal Fluminense - UFF / BRASIL e investigadora del Grupo de Estudios en Medio Ambiente y Derecho - GEMADI / UFF, Ana Julia Maturano.

de inconstitucionalidad pueden ser examinados por cualquier órgano, no es un bojo de una acción en el curso, por lo que también se conoce como el control concreto y difuso (SARLET, 2015).

Cabe señalar también que, como ocurre en Colombia, la Corte Suprema de Justicia, el Supremo Tribunal Federal, es el guardián máximo de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, en los términos del art. 102 de la referida Carta Magna, correspondiendo a él el control de constitucionalidad de todas las normas jurídicas infraconstitucionales.

En ese contexto, la Suprema Corte brasileña (STF) posee un conjunto de instrumentos procesales, como la Acción Directa de Inconstitucionalidad; La Acción Directa de Inconstitucionalidad por omisión y la Acción de Arguición de Incumplimiento de Precepto Fundamental para examinar, en el control en abstracto leyes, los actos normativos considerados incompatibles con la Carta Magna vigente.

Se observa que las decisiones en el marco del control de la Constitución no siempre son fáciles, imponiendo la utilización por parte del STF de variadas técnicas, a ejemplo de la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, de la interpretación conforme a la constitución. Los ministros de la Corte Suprema, al declarar “la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, y teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social”, determinan “por mayoría de dos tercios de sus miembros”, ciertas restricciones o hasta incluso permiten que la decisión “sólo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado o de otro momento que se fije”, con arreglo al artículo 27, de la Ley nº 9.868 / 1999.

Es importante señalar, por oportuno, que la referida Corte de Justicia no cuida sólo del control de constitucionalidad, siendo atribuido por el texto constitucional una serie de otras competencias, como juzgar, en las hipótesis de infracciones penales comunes, el Presidente de la República, el Vicepresidente, los miembros del Congreso Nacional, sus propios Ministros y el Procurador General de la República, conforme establece el artículo 102 inciso I, letra b, de la Constitución Federal de 1988.

## **5. LA ACCIÓN DE ARGUICIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL (ADPF) N° 347 / DF: BREVE ANÁLISIS Y LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL**

Al mismo tiempo que el procesamiento de la ADPF 347 / DF, sobre la declaración del Estado de Cosas Inconstitucionales en relación a las penitenciarías del país, el

Supremo Tribunal Federal fue llamado a manifestarse en varias ocasiones, en casos concretos, sobre temas sensibles a la realidad carcelaria. Siguen dos ejemplos.

En el RE 580.252/MS, se discutió la compensación por daños morales causados por el Estado a los presos en razón de la coyuntura estructural del sistema penitenciario. En el pronunciamiento de voto de este recurso, el relator, ministro Teori Zavascki, acompañado por el ministro Gilmar Mendes, concluyó por la responsabilidad estatal al pago de fondos por daños morales a los detenidos. En el voto-vista, el ministro Luís Roberto Barroso aventuró la posibilidad de que los presos se beneficien de la remisión de pena cuando las condiciones de cumplimiento sean más gravosas que el establecido en la Ley de Ejecución Penal (Ley 7.210/1984). El mismo tema está siendo discutido en la ADI 5170.

En el RE 641.320 / RS, se enfrentó la realidad de presos que permanecían en el régimen cerrado en razón de la inexistencia de vacantes en otros establecimientos penitentes cuyos regímenes ya habían sido deferidos por el juez de la ejecución penal. EN este, el voto del relator, ministro Gilmar Mendes, dio preferencia al arresto domiciliario monitoreado e a penas alternativas, además de establecer obligación negativa a los jueces de ejecución en el sentido de vedar la restricción de detenidos a permanecer en régimen más gravoso.

En el marco del control en abstracto del Supremo Tribunal Federal, la primera acusación formal de Estado de Cosas Inconstitucional se refiere a las condiciones objetivas de cumplimiento de pena en las cárceles brasileñas. La ADPF 347/DF fue propuesta por el PSOL (Partido Socialismo y Libertad) en mayo de 2015 para, en el mérito, el reconocimiento de este instituto y la ejecución de las medidas prácticas de su declaración, y, cautelarmente, provisiones con el objetivo de atenuar las máculas por las que pasan los detenidos.

El partido sacó a la luz varias estadísticas sosteniendo la violación de derechos humanos experimentada en Brasil, entre ellas, números referendados por el Consejo Nacional de Justicia y por una Comisión Parlamentaria de Investigación realizada en 2009 sobre el sistema carcelario brasileño. Se trata de cifras reveladoras sobre la existencia de lechos, la escolaridad de los detenidos, las tasas de reincidencia y tantas otras de magnitud que reflejan las consecuencias de las acciones y omisiones por parte del Estado y de la sociedad en relación con la cuestión carcelaria.

Para fundamentar las solicitudes definitivas formuladas (entre ellos, el de la declaración del Estado de Cosas Inconstitucionales y el de la expedición de plan de metas por el Gobierno Federal para superarlo, sometiendo su control a órganos representantes de las instituciones democráticas, como la sociedad civil por de la audiencia pública, la OAB, el Ministerio Público, la Fiscalía General

de la Unión y la Defensoría General de la Unión), la petición inicial fue instruida con los elementos abstractos de la Teoría del Estado de Cosas Inconstitucionales, basándose en la doctrina, como dictámenes de juristas, y en la jurisprudencia colombiana, a saber, principalmente en la sentencia del proceso T-153/1998.

Cabe resaltar que, hasta el presente, sólo se han pronunciado los votos del ministro Marco Aurelio y del ministro Edson Fachin.

En las palabras del ministro Marco Aurelio, reconociendo los argumentos de hecho levantados en la inicial,

[...] no sería posible indicar, con seguridad, entre los muchos problemas de derechos enfrentados en Brasil [...] todos que encajen en ese concepto. Sin embargo, las dificultades en definir el alcance mayor del término no impiden, teniendo en cuenta el cuadro relatado, se consigna una zona de certeza positiva: el sistema carcelario brasileño se enmarca en la denominación de "estado de cosas inconstitucional".

En el juicio cautelar, deferiendo casi la totalidad de las medidas cautelares, el ministro Marco Aurelio reconoció que hay banalización de la prisión preventiva en Brasil, hipótesis en que presos quedan meses o incluso años a la espera de una decisión judicial de mérito. También reconoció que la audiencia de custodia contenida en el artículo 7.5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos debe ser implementada en Brasil, ya que el tratado ya fue internalizado en el ordenamiento. El ministro aclaró, en el voto, que los recursos del Fondo Penitenciario Nacional, en los últimos años, han sido contingenciados, impidiendo la inversión en la mejora de las condiciones de las cárceles.

En el voto del ministro Edson Fachin, fueron deferidas sólo las precauciones referentes a las solicitudes de realización de las audiencias de custodia, de los mutirones carcelarios para revisar procesos de ejecución penal en que la detención cautelar es innecesaria o excesiva y la liberación de los recursos del Fondo Penitenciario Nacional. El ministro Edson Fachin concluyó que los otros pedidos se confundían con el pedido de mérito de la acción, por lo que dejó para el análisis en el juicio final.

Sin embargo, la lectura del voto permite concluir que el ministro se alineó al entendimiento por la importancia del tema y por la declaración del Estado de Cosas Inconstitucionales:

Los establecimientos penitentes funcionan como instituciones segregacionistas de grupos en situación de vulnerabilidad social. Se encuentran separados de la sociedad los negros, las personas con discapacidad, los analfabetos. Y no hay muestras de que esa segregación objetiva - un día - reintegrar a la sociedad, sino mantenerlos indefinidamente apartados,

a partir de la contribución que la precariedad de los establecimientos ofrece a la reincidencia [...].

Se avecina un estado en que los derechos fundamentales de los presos, definitivos o provisionales, padecen de protección efectiva por parte del Estado.

Al confrontarse las peticiones cautelares con los votos de los dos ministros, se puede percibir una alineación determinante a favor del reconocimiento del Estado de Cosas Inconstitucionales en las cárceles brasileñas, que, en la ADPF 347 / DF, constituye una de las solicitudes principales, el cual será apreciado en el juicio definitivo de la acción.

## CONCLUSIÓN

Para la materialización de los derechos humanos dentro del territorio colombiano, la sociedad ha exigido a los poderes el cumplimiento irrestricto de la carta política y de sus fuentes internas de derecho internacional, para ello, ha hecho uso de los instrumentos que la propia constitución señala, tal como lo es la acción de tutela, lamentablemente y ante la crisis sistemática en materia de derechos humanos que sufren grupos sociales que el estado ha identificado – población desplazada, personas recluidas en las cárceles, personas mayores, población en estado de indigencia, defensores de los derechos humanos, etc. – dicho instrumento ha sido insuficiente.

Para atender las situaciones en las que se advierten graves violaciones a los derechos humanos de una generalidad de personas en situación de vulnerabilidad, en las cuales se hacen patentes las fallas estructurales en las políticas públicas, la Corte Constitucional colombiana ha jugado un especial papel para atender tal situación y garantizar los derechos fundamentales, para ello, la misma a desarrollado por la vía jurisprudencial las figuras como la del estado de cosas inconstitucional.

Con este mecanismo se decreta el desconocimiento de los derechos constitucionales en la actuación de diversas autoridades, y se hacen claras las falencias u omisiones en que se incurren, lo que genera que desde sus respectivas competencias se atente con el marco de derechos humanos y de las obligaciones de respeto y garantía de los mismos.

Aquí es importante señalar que, mediante este desarrollo la Corte Constitucional se ha planteado el objetivo de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, así como garantizar los derechos y deberes constitucionales, buscando contrarrestar y corregir las violaciones a los derechos humanos que requieren de un tratamiento especial por parte de los órganos del estado en su conjunto.

Dicho desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana es un gran aporte no solo a la teoría jurídica latinoamericana, sino que es en cada declaratoria, la mejor vía para reintegrar a los seres humanos el principio básico y fundante del estado social de derecho, nos referimos a la dignidad humana, pues con este mecanismo se pretende mejorar la situación de la población más vulnerable del país.

Por tanto, sostenemos que la aplicación de la teoría expuesta dentro del presente artículo sirve de modelo y guía para los tribunales latinoamericanos, en especial para el Supremo Tribunal Federal a partir de la ADPF 347, pues además de representar un movimiento que permite hacer efectivas las garantías secundarias para hacer valer los derechos fundamentales, también permite optimizar el sistema jurídico del país, haciéndolo más coherente e integrado con los fines del Estado.

## REFERENCIAS

- ALVARADO, P. A. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel, el caso interamericano*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2015.
- AMERICANOS, O. d. *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica : OEA, 1969.
- BRASIL. Partido Socialismo y Libertad. *Petição inicial da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347*. Disponible en: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acceso en: 18 de junho de 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 580.252/MS*. Relatoria: Teori Zavascki. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>>. Acceso en: 18 de junho de 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 641.320/MS*. Relatoria: Gilmar Mendes. Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acceso em: 18 de junho de 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 592.581/MS*. Relatoria: Ricardo Lewandowski. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acceso en: 18 de junho de 2017.
- CAMPOS, C. A. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1<sup>a</sup> edición. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- CEPEDA E. M. *Grandes decisiones de la Corte Constitucional*. Bogotá: Legis Editores S.A. 2001.
- COLOMBIA. CONSTITUYENTE, A. N. *Constitución política de Colombia*, Bogotá, Colombia: Senado de la República, 20 de julio de 1991.
- \_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Colombia. *Estado de cosas inconstitucional de la población desplazada, Sentencia T-025/04*, Bogotá, Colombia, 22 de enero de 2004.
- \_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Colombia. *Estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario, Sentencia T-388/13*, Bogotá, Colombia, 28 de junio de 2013.
- \_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Colombia. *Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98*, Bogotá, Colombia, 28 de abril de 1998.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Colombia. *Derecho a la seguridad social de persona de la tercera edad, Sentencia SU1023-01*, Bogotá, Colombia, 26 de septiembre de 2001.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Colombia. *Vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, Sentencia T-762/15*, Bogotá, Colombia, 16 de diciembre de 2015.

\_\_\_\_\_. *Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004*. Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, SNAIPD. Bogotá D.C.: SNAIPD. 2010.

FERRER MG.P.E. *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos y las víctimas de violación de derechos humanos*. México, IIJ UNAM, 19 de febrero de 2013.

JARAMILLO, L. G. *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México, D.F.: IIJ-UNAM, 2015.

KELSEN. H. *La garantía jurisdiccional de la constitución*. México, D.F. IIJ-UNAM, 2001.

MARTÍNEZ-CARANDE, E. G. *La constitución como norma y tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2006.

MONTESQUIEU.C. B. *Del espíritu de las leyes*. México, D.F.: Porrúa, 2015.

NÚÑEZ, C. B. México-Colombia: dos décadas de distancia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Bogotá, *Revista Derecho y Sociedad*, 6, 2013.

OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS. "El estado de cosas inconstitucional" en *Un diálogo entre jueces*, En G. M. Martelo, Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales. México, D.F. SCJN, 2014.

QUINTANA, O. M. *Dos décadas de la constitución del 91: cronología de una constitución sitiada*. En *Memorias del XI Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Bogotá: Universidad Libre, 2012.

QUINTERO, L. J. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia, Cartagena, *Revista juriídica Mario Alario D'Filippo*, 72, 2011.

RAMÍREZ, M. Q. *Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas* (5ta ed.). Bogotá: Temis, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.



## **MEA CULPA, SUA CULPA, TUA MAXIMA CULPA: COLLECTIVE RESPONSIBILITY AND LEGAL JUDGMENT**

### ***MEA CULPA, SUA CULPA, TUA MAXIMA CULPA: RESPONSABILIDADE COLETIVA E JULGAMENTO LEGAL***

Nergis Canefe\*

Associate Professor, Departments of Political Science and Public Policy,  
Administration and Law (Joint Appointment), York University, Toronto, Canada

**Submissão em 27/04/2017**

**Aprovação em 05/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.3542>

**Abstract:** Ascertaining litigation for crimes reaching the dimensions of crimes against humanity remains an elusive quest. This is despite the precedents set by post-WWII trials in international criminal law and post-conflict justice. Ranging from the contribution of Nuremberg to the substantive development of international criminal law, to the philosophical evaluation of legalism in post-conflict systems of justice, the persistent significance of the Nuremberg legacy is indeed worthy of attention. In this article, the Nuremberg legacy is reexamined from the perspective of collective responsibility for mass crimes. The Nuremberg Judgment is counted as the benchmark in international law for the definition and adjudication of individual accountability for war crimes and crimes against humanity and redefined the nature of legal responsibility. However, concurring with Karl Jaspers, I argue that for such crimes, the judgment cannot emanate from the courtroom alone. In this vein, the paper revisits theories of collective responsibility and culpability. Due to the extensive nature of harm involved in historic injustices, I posit that individual responsibility argument waged against historic justice claims carries forward a great deficit. Historic injustices and the harms they generate are best understood as collective harms. The response to such harms must have a collective component as well, and the remedies offered are only meaningful in a social and political context. One common form of such harm, constitutive harm, significantly differs from the aggregative accounts of harm generally used by standard

\*The author wishes to thank Professor Carl Ehrlich for introducing her to Karl Jaspers' thought and sharing his late father Professor Leonard Ehrlich's pathfinder work on Jaspers, who was a student of the philosopher himself, with great generosity.

individual criminal litigation processes. It is the type of harm that people suffer as members of historically wronged groups and communities and often in the hands of the state that was poised to protect them. Therefore, historic injustice cases require a different account of responsibility, one that cannot be harnessed solely based on individual responsibility argumentation within the context of domestic or international criminal justice jurisprudence. The article urges that we make room for considerations pertaining to collective responsibility as a moral obligation, thus providing a context within which legal judgment for egregious crimes could be firmly situated and historicized.

**Keywords:** Collective responsibility; International criminal Law; Historical injustices; Collective harms; Moral obligation.

**Resumo:** *Estabelecendo litigância por crimes que atingem as dimensões de crimes contra a humanidade continua sendo uma missão evasiva. Isto ocorre apesar dos precedentes estabelecidos pelos julgamentos pós-Segunda Guerra Mundial no direito penal internacional e na justiça pós-conflito. Variando da contribuição de Nuremberg para o desenvolvimento substantivo do direito penal internacional, para a avaliação filosófica do legalismo em sistemas de justiça pós-conflito, o significado persistente do legado de Nuremberga é realmente digno de atenção. Neste artigo, o legado de Nuremberga é reexaminado a partir da perspectiva da responsabilidade coletiva por crimes de massa. O julgamento de Nuremberga é considerado referência no direito internacional para a definição e adjudicação da responsabilidade individual por crimes de guerra e crimes contra a humanidade e redefiniu a natureza da responsabilidade legal. No entanto, concordando com Karl Jaspers, argumento que, para tais crimes, o julgamento não pode emanar apenas do tribunal. Nesse sentido, o artigo revisa teorias de responsabilidade coletiva e culpabilidade. Devido à extensa natureza dos danos envolvidos em injustiças históricas, considero que o argumento da responsabilidade individual contra reivindicações históricas de justiça traz um grande déficit. As injustiças históricas e os danos que geram são melhor entendidos como danos coletivos. A resposta a tais danos também deve ter um componente coletivo, e os remédios oferecidos só são significativos em um contexto social e político. Uma forma comum de tais danos, o dano constitutivo, difere significativamente dos relatos agregadas de danos geralmente utilizados pelos processos individuais padrões de litigância criminal. É o tipo de dano que as pessoas sofrem como membros de grupos e comunidades historicamente injustiçados e muitas vezes nas mãos do Estado que foi preparado para protegê-los. Portanto, os casos de injustiça histórica requerem uma responsabilidade diferenciada, que não pode ser aproveitada exclusivamente com base na argumentação de responsabilidade individual no contexto da jurisprudência de justiça penal nacional ou internacional. O artigo insiste em que demos lugar a considerações relativas à responsabilidade coletiva como uma obrigação moral, fornecendo, assim, um contexto dentro do qual o julgamento legal para crimes atrozes possam ser firmemente situados e historicizados.*

**Palavras-chave:** Responsabilidade coletiva; Direito criminal internacional; Injustiças históricas; Danos coletivos; Obrigação moral.

**SUMÁRIO:** 1. Introduction. 2. Beyond Eichmann: on the necessity of judgment. 3. Towards an engaged theory of judgment and collective responsibility. 4. Collective responsibility and legal judgment in international law: the jaspers alternative? 5. Moral responsibility as an epicurian cure for the conundrums of international criminal law? 6. Collective responsibility and the distribution of blameworthiness. 7. Conclusion: the dilemma of the sum total versus its constitutive parts.

*ad auctores reddit sceleris coacti culpa* –the guilt of imposed crimes lies on those who impose them.

Seneca.<sup>1</sup>

*cavendum est ne major poena, quam culpa, sit*--care should be taken in all cases, that the punishment not exceed the guilt.

Cicero.<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCTION

If only we would abide by the ethical guidelines offered by the Romans, problematic aspects of collective responsibility in law and legal morality could perhaps be successfully avoided. However, a harmonious relationship between social life and political peace is not so easy to attain or sustain during deep crises and mass violence in our current era. Issues pertaining to justice and personal desert at times of turmoil and uproar such as genocidal violence, ethnic cleansing or crimes against humanity cannot be reduced to that of proven links between punishable individual actions and responsibility-cum-accountability. Intricacies of mass political violence and societal crimes render such direct and methodical solution inapplicable or lacking.

How far are our lives implicated by what other people do to each other *indirectly*? How much responsibility falls on our shoulders by the harms that flow from social, economic, and political institutions that we are embedded in even if we do not inflict harm while occupying positions of authority? Do our relations as individuals to spheres of collective existence lead to complicity and collective responsibility in the event that they lead to harm for select sectors of the society?<sup>3</sup> Indeed, the relationship between collective responsibility and individual guilt or accountability is a very critical albeit difficult one, often avoided

---

<sup>1</sup> See the Latin-English dictionary Eudict online at <http://www.eudict.com/?lang=lateng&word=ad%20auctores%20redit%20sceleris%20coacti%20culpa> [21.03.2017] For the full text of Seneca's work on Melancholy from which this quote comes, see <http://www.gutenberg.org/files/10800/10800-h/ampart1.html> [21.03.2017].

<sup>2</sup> For the translations, see Eudict at <http://www.eudict.com/?lang=lateng&word=cavendum%20est%20ne%20major%20poena,%20quam%20culpa,%20sit;%20et%20ne%20iisdem%20de%20causis%20alii%20pectantur,%20alii%20ne%20appellantur%20quidem> [21.03.2017].

<sup>3</sup> As Christopher Kutz' work shows, the two prevailing theories of moral philosophy, Kantianism and consequentialism, both have difficulties resolving problems concerning complicity in collective violence. See Christopher Kutz, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age* (Cambridge University Press, 2007). Also see the classical work of Andrew Arato, "The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship" (2002) 9 *Constellations* 457.

entirely in international criminal law. It provides a precious point of entry to the nature of our relations with the society and the state, which we are a part of and for which we are the harbingers of legitimacy. In this article, I posit that legal scholarship needs a richer theory of accountability in which our understanding of individual responsibility in relation to societal acts of violence not only allows for but demands an analysis of collective action. Here, I will argue that what should be sought after is not more complicated punishment schemes but rather a substantive way of addressing harm we give to each other both by commission and by omission.<sup>4</sup> In this context, intentional and purposeful collective action, collective moral responsibility and collective guilt, individual responsibility for (and in) collective wrongs, collective legal obligations to victims of societal and political crimes, and individual moral responsibility with regard to wrongful social and political acts constitute key entries for having a meaningful politico-legal debate on collective responsibility and legal judgment.

In the following pages, I will pursue these questions in a context originally set by Hannah Arendt's work on legal judgment. In *Eichmann in Jerusalem*, her account of the trial of Adolf Eichmann, Arendt used the phrase "the banality of evil," describing how a man who was neither a monster nor a demon could nevertheless be an agent of the most extreme and evil acts of violence and destruction.<sup>5</sup> This subsequently prompted her to readdress fundamental questions and concerns about the nature of [collective] violence and our making of moral choices. Indeed to be seen as a sequel to her work on Eichmann in that regard, her *Responsibility and Judgment* gathers together unpublished writings from the last decade of Arendt's life.<sup>6</sup> In these later works, she strived to explicate the meaning of the Eichmann trial in Jerusalem much further. At the heart of this series of essays lies a profound ethical investigation concerning traditional moral

---

<sup>4</sup> On this issue, see Larry May, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*. (Cambridge University Press, 2007). May's work is the first book-length treatment of the philosophical foundations of international criminal law. His focus is on the moral, legal, and political questions that arise when individuals who commit collective crimes, such as crimes against humanity, are held accountable by international criminal tribunals. These tribunals challenge one of the most sacred prerogatives of states - sovereignty -. Breaches to this sovereignty can be justified only in limited circumstances, which constitutes minimalist threshold of the justification for international prosecution. May's work begins an important discussion inside the field of international criminal law. What I purport here is to carry this discussion forward in conjunction with moral theories of judgment in applied legal philosophy and legal ethics.

<sup>5</sup> See Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem* (Penguin, 1963). Also see Jacob Robinson, *And the Crooked Shall Be Made Straight the Eichmann Trial, the Jewish Catastrophe, and Hannah Arendt's Narrative* (MacMillan, 1965), and, Seyla Benhabib, 'Arendt's Eichmann in Jerusalem' in Dana Richard Villa, ed. *The Cambridge Companion to Hannah Arendt* (Cambridge University Press, 2000) at 65-85.

<sup>6</sup> See Hannah Arendt, *Responsibility and Judgment* (Schocken Books, 2003).

truths being used as politico-legal standards to judge criminality pertaining to mass violence.

Arendt's analysis on judgment tests our ability to distinguish good from evil and right from wrong to its limits. The radical evil she had addressed in her earlier work on totalitarianism evolves into her work on a much more pernicious evil, almost independent of political ideology, whose execution is limitless when the perpetrator feels no remorse and can erase the memory of his/her acts as soon as they are committed. For such acts, individual criminal responsibility, even if it comes tied to mass crimes such as crimes against humanity, does not suffice for us to understand the true nature of the harm and wrong implicated by such criminal acts. Arendt's conclusion has serious repercussions for contemporary conceptions of accountability at the level of international criminal law and this article is a token of dedication to think further in that vein.

Individual autonomy is an ideal that refers to the capacity to be one's own person, to live one's life according to reasons and motives that are taken as one's own and not the product of manipulative, coercive or distorting external forces. It is the central value in the Kantian tradition of moral philosophy but it is also given fundamental status in John Stuart Mill's and his successors version of utilitarian liberalism. Examination of the concept of autonomy also figures centrally in debates over legal freedoms and rights (such as freedom of speech and the right to privacy), as well as moral and political theory pertaining to justice.<sup>7</sup> In the realm of moral theory, seeing autonomy as a foundational value stands in contrast with alternative frameworks such as ethics of care and ethics of virtue. However, those are rarely brought into debates on criminal justice. Autonomy has traditionally been thought to connote independence and hence prioritizes individual agency in both moral thinking and political decisions. In the context of individual autonomy and the banality of evil, however, the existing arsenal of concepts we have do not suffice to deal with the massive problem in hand, namely, how to understand the weight of individual choices in producing such unforgivable forms of societal and mass harm.

In the following pages, I argue that we have to turn to another concept, one that Arendt was not contend with at all, in order to make sense of this conundrum

<sup>7</sup> See Immanuel Kant, *Grounding for the Metaphysics of Morals*, in I. Kant, *Ethical Philosophy*, James W. Ellington, trans. (Indianapolis, IA: Hackett Publishing [1785/1983]) and his *Metaphysical Elements of Justice*, John Ladd, ed. (Indianapolis, IN: Hackett, [1797/1999]); John Stuart Mill, *On Liberty*, David Spitz, ed. (Norton, [1859/1975]). Also see Joseph Raz, Joseph, *The Morality of Freedom* (Clarendon 1986); Jennifer Nedelsky, "Reconcieving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities" (1989) 1 *Yale Journal of Law and Feminism* 7, and, Ben Coburn, *Autonomy and Liberalism* (Routledge, 2010).

of common-place and rule-bound choices made by individuals leading to collective forms of violence and societal wrongdoing. This is the concept of *collective responsibility*.<sup>8</sup> In legal philosophy, starting with Joel Feinberg's work, this debate has been kept alive like a slowly burning flame always looming at the background of questions pertaining to accountability.<sup>9</sup> It also received ire from many corners as it goes against the basic principle that no one can be responsible, in the properly ethical or criminal sense, for the conduct of another and that responsibility squarely belongs to the individual. However, the implications of this principle are far-reaching and much more damaging than is evident at first, and reflecting upon them led at least a small group of scholars and legal thinkers to withdraw the assent which they might otherwise accord to this limited and strict view of responsibility. In international criminal law, reverting to the barbarous notion of collective or group responsibility for litigation purposes is considered an absolute derogation of rights, and rightfully. What I am pursuing here is something rather different: it is the notion of accountability for atrocities as societal responsibility in a distinctively moral and socio-political sense.<sup>10</sup>

My purpose is not to attribute a diminishing importance to causation in law and moral philosophy. In ideal circumstances where harm is not involved, the outcome of an act does not and should not effect our assessment of the moral quality of the act. In cases of acts blameworthy due to their resulting in harm or near harm, however, should our moral assessment be neutral? Furthermore, should we not look elsewhere other than the individual *mens rea* component for criminal acts that require societal endorsement, support and condoning? Should larger outcomes never matter in our moral assessment of a person's individual acts? Back in 1968, when D. E. Cooper proposed the thesis that collectives can be held responsible in a sense not reducible to the individual responsibility of members of the collective. He also stated clearly that it is not *moral* responsibility

<sup>8</sup> In legal scholarship, the concept was taken up mainly in the context of blameworthiness for litigation purposes. The first important intervention in this regard came in the form of the suggestion that actions could serve as legitimate bases for blame without objective wrongdoing *per se*. Here, intent is identified as the key. See Jan Narveson, "Collective responsibility" (2002) 6 *The Journal of Ethics* 179.

<sup>9</sup> See Joel Feinberg, "Collective responsibility" (1968) 65 *The Journal of Philosophy* 674. Also see Virginia Held, «Can a random collection of individuals be morally responsible?» (1970) 67 *The Journal of Philosophy* 471. Held's article was taken up and reevaluated extensively in Stanley Bates, «The Responsibility of» Random Collections» (1971) 81 *Ethics* 343.

<sup>10</sup> Starting with Hywel D. Lewis, "Collective responsibility" (1948) 23 *Philosophy* 3, the spectrum of works to be consulted in this regard include Larry May, *Sharing responsibility*. (University of Chicago Press, 1992); Larry May & Stacey Hoffman, eds. *Collective responsibility: Five decades of debate in theoretical and applied ethics* (Rowman & Littlefield Publishers, 1992); Angelo Corlett, *Collective responsibility* (John Wiley & Sons, Ltd, 2001), and, Christopher Kutz, *Complicity: Ethics and law for a collective age* (Cambridge University Press, 2007).

which is involved in such an askance of accountability.<sup>11</sup> I strongly concur with Cooper and invite us to revisit the collective responsibility debate at the current historical junction of criminal acts, especially those pertaining to civil war, military occupation and neo-colonialism, almost all of which prove beyond reach of current regime of accountability in international criminal law barring universal jurisdiction jurisprudence. We have nothing to lose in the regard, and perhaps a lot to gain, by at least temporarily suspending our overdependence on legal institutions for finding cures to our societal ills via litigation based on individual accountability.

## 2. BEYOND EICHMANN: ON THE NECESSITY OF JUDGMENT

Half a century ago, while writing *Eichmann in Jerusalem*, Hannah Arendt struggled to defend the possibility of judgment against the manifold problems we encounter in our attempts to offer legally valid and morally meaningful verdicts concerning those who had committed crimes in morally bankrupt and legally defunct communities.<sup>12</sup> No doubt some of Arendt's conclusions concerning Eichmann are equivocal. Her theory of judgment in the *Eichmann* manuscript itself could even suggest that Arendt may have been suffering from remaining trapped within a set of Kantian assumptions in her philosophy of history, and thus ended up defining the question of freedom to act in a binary way. In contradistinction, proposing that judgment has an antinomical character and emphasizing the importance of elements of reason and sense as well as

<sup>11</sup> See the Cooper/Downie debate at David E. Cooper, "Collective responsibility" (1968) 43 *Philosophy* 258 and Robert Silcock Downie, «Collective responsibility» (1969) 44 *Philosophy* 66. Also see Howard McGary, «Morality and collective liability» (1986) 20 *The Journal of Value Inquiry* 157.

<sup>12</sup> See Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, supra note 5 and Hannah Arendt, "Eichmann in Jerusalem: An exchange of letters between Gershom Scholem and Hannah Arendt" (1964) 22 *Encounter* 51. Commentaries on Arendt's *Eichmann in Jerusalem* are generally one of two kinds. The first group confronts the historical relevance of Arendt's observations and attempts to ascertain whether her presentation of Eichmann's trial compliments or corresponds to the reality of the incommensurable suffering of the Jewish people during the Second World War. The second variety focuses on the meaning of her term 'the banality of evil' by placing Arendt in a long tradition of moral and political philosophy concerned with the problem of judging evil and harm. See, for instance, Peg Birmingham, "Holes of Oblivion: The Banality of Radical Evil," (2003) 18 *Hypatia* 80. If one is to read Arendt's treatise on Eichmann in light of Walter Benjamin's conceptions of history and storytelling, a third route emerges and it becomes clear that *Eichmann in Jerusalem* was not intended to reflect reality objectively. On the contrary, Arendt aimed at avoiding the cold and detached neutrality of historicism, as she calls it the 'tradition of *sine ira et studio*', the Latin term meaning "without anger and fondness" or "without hate and zealousness." For Arendt, such an approach to Eichmann and the crimes he committed would represent a renunciation of his and others' responsibility for them. See Annabel Herzog, "Reporting and Storytelling: Eichmann in Jerusalem as Political Testimony" (2002) 68 *Thesis Eleven* 83.

circumstance may allow for a better understanding of the collective nature of responsibility for societal crimes and freedom to be redefined in this particular context.<sup>13</sup> In Theodore Adorno's terms, judgment becomes the very test for the limits of agency and autonomy suffered by the potentially free but essentially 'unfree subjects' of modernity.<sup>14</sup>

Contemporary readers of *Eichmann in Jerusalem* sometimes cast it as a juridical text, due to the fact that presumably it is concerned more with justice than politics or ethics. Such juridical readings of Arendt's treatise on Eichmann in particular and crimes against humanity in general, focus attention on what Arendt calls the primary challenge of the case—namely, the trial of Eichmann's unprecedented crimes against humanity in a domestic court.<sup>15</sup> However, putting so much emphasis on the nature of the crimes against humanity legislation leads to our failing to attend Arendt's principled resistance to a juridical response in such cases. This is clearly evidenced in her criticism of both procedural and substantive aspects of the Jerusalem Court's ruling. Taking heed from Arendt's resistance to the Court's approach, here I argue that *Eichmann in Jerusalem* does not authorize a juridical approach to the unprecedented and egregious crimes under discussion, namely crimes against humanity. Instead, it leads us to think

<sup>13</sup> For a timely discussion on the presence of 'ethical' narratives and images of the Holocaust in debates and demonstrations around the recent conflicts in Gaza and the need for a new form of foundation for legal reflection, legal judgment and legal justice in the Arendtian tradition of rethinking law, see David Seymour, "From Auschwitz to Jerusalem to Gaza: Ethics for the Want of Law" (2011) 6 *Journal of Global Ethics* 205.

<sup>14</sup> During the 1960s, Theodore Adorno became the most prominent challenger of both Karl Popper's philosophy of science and Martin Heidegger's philosophy of existence. The scope of Adorno's influence stems from the interdisciplinary character of his research and of the Frankfurt School to which he belonged. The thoroughness with which he examined Western philosophical traditions from Kant onward, and the radicalness of his critique of contemporary Western society remain pivotal for any critique of moral claims concerning individual autonomy. It should also be noted that for both Adorno and Arendt, a critical reading of Kant's *Third Critique* is the indispensable means by which it is possible to locate a path pointing beyond the chiasmic structure suggested by the tradition of natural history. See Theodore Adorno, *Can One Live after Auschwitz?: A Philosophical Reader*, ed. R. Tiedemann, trans. R. Livingstone et al. (Stanford University Press, 2003). Also see Susan Buck-Morss, *The Origin of Negative Dialectics; Theodor W. Adorno, Walter Benjamin and the Frankfurt Institute* (Free Press, 1977).

<sup>15</sup> In the course of her 1964 interview with Günter Gaus, Arendt stated her distaste for "intellectual business" that arose from witnessing the widespread and "relatively voluntary" Gleichshaltung (coordination) of German "intellectuals" with the Nazis in 1933. This raises the following question: what does lack of conscientious engagement with one's own acts--as exemplified by Eichmann--tell us about the relation between reason, judgment and harm? For a select list of critical readings on the subject, see Shoshana Felman, "Theatres of Justice: Arendt in Jerusalen, The Eichmann Trial and the Redefinition of Legal Meaning in the Wake of Holocaust" (2001) 27 *Critical Inquiry* 201; Paul Formosa, "Thinking, Conscience and Acting in the Face of Mass Evil" In Andrew Schaap, Danielle Celermajer and Vrasidas Karalis, eds., *Power, Judgement and Political Evil: In Conversation with Arendt* (Ashgate, 2010); Roger Berkowitz, Jeffrey Katz & Thomas Keenan, eds. *Thinking in Dark Times: Hannah Arendt on Ethics and Politics* (Fordham University Press, 2010).

about the importance of an ‘agonistic understanding of law’.<sup>16</sup> Such a take would foreground law’s dependence on political acceptance or contestation of legal strictures, maxims and constraints. Especially with the advent of mass crimes such as crimes against humanity, Arendt asks us to attend to law’s dependence on the human capacity to resist legal compulsions and urges us to redefine the meaning and merit of legal institutions in light of the responsibility of all concerned for their maintenance, sustenance and functioning.<sup>17</sup>

In her *Lectures on Kant’s Political Philosophy*, Arendt detranscendentalizes Kant by linking Kant’s judgment of taste to empirical sociability and lived experience.<sup>18</sup> However, she does not confuse Kant’s idea of enlarged thinking with an actual dialogue with others. Instead, she introduces the notion of interdependence between judgment and speech, or communication. In this sense, Arendt interprets Kant’s *Critique of Judgment* not as a theory of aesthetic judgment, but as an answer to the more general question of ‘how do I judge?’ She also draws a distinction between common sense and community sense, a notion further explored in the work of Jennifer Nedelsky and others writing in the area of human rights. Working with the notion of community sense, Arendt uncovers a foundation not only for humans as political beings but also for the idea of humanity at large. However, this finding is often overlooked in the literature pertaining to her theory of judgment.<sup>19</sup> In the following pages, I would

<sup>16</sup> See Lida Maxwell, “Towards an Agonistic Understanding of Law: Law and Politics in Hannah Arendt’s Eichmann in Jerusalem” (2010) 11 *Contemporary Political Theory* 88. On the issue of morality and politics of law concerning Nazi crimes, see Diana Taylor, “Hannah Arendt on Judgment: Thinking for Politics” (2002) 10 *International Journal of Philosophical Studies* 151; Craig Reeves, “Exploding the Limits of Law: Judgment and Freedom in Arendt and Adorno” (2009) 15 *Res Publica* 137; Seyla Benhabib, ed. *Politics in Dark Times: Encounters with Hannah Arendt* (Cambridge University Press, 2010).

<sup>17</sup> The literature on this debate is immense. For a select set of critical readings that concentrates precisely on this subject, see Samir (2004) “Writing and Judging: Adorno, Arendt and the Chiasmus of Natural History.” *Philosophy and Social Criticism* 30 (4): 445-475; Parekh, Serena (2008) *Hannah Arendt and the Challenge of Modernity: A Phenomenology of Human Rights*. Routledge; Gandesha, Goldman, Avery (2010) “An Antinomy of Political Judgment: Kant, Arendt and the Role of Purposiveness in Reflective Judgment.” *Continental Philosophy Review* 43 (3): 331-352; Degryse, Anthony (2011) “Sensus Communis as a Foundation for Men as Political Beings: Arendt’s Reading of Kant’s Critique of Judgment.” *Philosophy and Social Criticism* 37 (3): 345-358; Villa, Dana (2012) From the Critique of Identity to Plurality of Politics: Reconsidering Adorno and Arendt. In Lars Rensmann and Samir Gandesha, eds., *Arendt and Adorno: Political and Philosophical Investigations*. Stanford University Press.

<sup>18</sup> See Hannah Arendt & Ronald Beiner. *Lectures on Kant’s political philosophy* (University of Chicago Press, 1989).

<sup>19</sup> On this issue, see Ronald Beiner, “Rereading Hannah Arendt’s Kant Lectures” (1997) 23 *Philosophy and Social Criticism* 21; Paul Formosa, “Thinking, Willing, Judging.” (2009) 4 *Crossroads* 53; Avery Goldman, “An Antimony of Political Judgment: Kant, Arendt and the Role of Purposiveness in Reflective Judgment” (2010) 43 *Continental Philosophy Review* 331; Roger Berkowitz & Majid Yar, Majid “From Actor to Spectator: Hannah Arendt’s Two Theories of Judgment” (2010) 26 *Philosophy*

like to bring back this sense of political groundedness of collective action vis-à-vis our notions of collective responsibility and concerns pertaining to criminal judgments in this context.

Of Arendt's completed works, the 'Postscriptum' to *Thinking*, the first volume of *The Life of the Mind*, and her Lectures on *Kant's Political Philosophy* are widely considered to be her definitive remarks on judgment. These texts are privileged for two reasons. First, they were written after Arendt's controversial text, *Eichmann in Jerusalem*. It was Arendt's recognition of the role that Eichmann's inability to think played in his war crimes which motivated her to analyze more fully not only the 'human activity' of thinking, but those of willing, and judging as well. In addition, in both *The Life of the Mind* and the *Kant Lectures*, Arendt treats judgment as a distinct human activity with a unique potential. In these later works, though Arendt does indeed reformulate her notion of judgment, she does not depoliticize it. On the contrary, the effects of what Arendt refers to as 'dark times' are long-term and pervasive and, moreover, the function of making judgments within such an expanded context remains politically germane as it was back in the immediate aftermath of WWII.

Specifically, the basic project of Arendt's *Lectures on Kant's Political Philosophy* could be identified as an attempt to ground the idea of human dignity within the context of the publicly displayed 'words and deeds' that constitute the realm of human affairs and of course, politics. Her attempt to redefine human dignity also involves a strong philosophical response to Plato's impugning of the dignity from the *polis*. The Kant Lectures bring this distinct philosophical take on the political nature of genuine human conduct to its completion: the enactment of public deeds presupposes a company of engaged spectators who draw meaning by judging what is enacted in the public sphere. In other words, Arendt appropriates and reconceptualizes Kant's work in such a way that judgment, while a distinct faculty, nonetheless retains an utmost political character.

### **3. TOWARDS AN ENGAGED THEORY OF JUDGMENT AND COLLECTIVE RESPONSIBILITY**

The notion of collective responsibility would indeed prove legally and morally unsustainable if it is taken to be an unqualified application of the Kantian model of individual moral responsibility to the society at large.<sup>20</sup> However, it emerges as

---

*and Social Criticism* 1, and, Roger Berkowitz, ed. *Thinking in Dark Times: Hannah Arendt on Ethics and Politics* (Fordham University Press, 2010).

<sup>20</sup>For a strong philosophical critique of the direct application of the Kantian model with reference to legal obligations, see David Copp, "What Collectives are: Agency, Individualism and Legal

a more coherent phenomenon should we choose to formulate it in terms of moral choices leading to willing acts that are above and beyond the singular capacity of autonomous individual agents.<sup>21</sup> Our desire for accountability against actions of groups and institutions that cause harm and injustice in the society at large could be at least partially satiated if we allow the lens of collective responsibility to refocus our attention from intentionality of harm to the processes pertaining to production or possible curtailment of it.<sup>22</sup>

In the field of legal theory, the biggest controversy concerning collective responsibility is about the method of its attribution. Without grounds for ascertaining collective responsibility, received wisdom has it that there is no possibility for judgment. Legally speaking, collective responsibility is defined mainly in terms of duties to respond to the victims of collective crimes. Therefore, it invokes a reverse reading that is heavily situation-bound. Accordingly, reasonable fear on the part of the victimized groups and communities creates duties to respond that concern members of the perpetrating group or the society

---

Theory" (1984) 23 *Dialogue* 249 and Kendy M. Hess, "Because They Can: The Basis for the Moral Obligations of Collectives" (2014) 38 *Midwest Studies in Philosophy* 203. Philosophers who reject rank individualism and a self-interested legal culture tend to reject schisms between legal norms and community values, institutionalized separation of law from morals, supremacy of intricate regimes of legislation and adjudication over social truths. They also tend to stand against the culture of rampant litigation for seeking justice. The alienation of individuals from each other and from their communities is so easily bred within highly complex political and legal systems. This issue is squarely taken up by communitarian critiques of law in legal theory. See for instance, Chantal Mouffe, "Democratic citizenship and the political community" in her *Dimensions of radical democracy: Pluralism, citizenship, community* (Verso, 1992) at 225-239.

<sup>21</sup> On the legal significance of the concept, see Joel Feinberg's work, especially his *Doing and deserving; essays in the theory of responsibility*, supra note 6. Also see Linda Raznik, "Collective Responsibility and Duties to Respond" (2001) 27 *Social Theory and Practice* 455; Iris Mario Young, "Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model" (2006) 23 *Social Philosophy and Policy* 102; Ronald Tinnevelt, "Collective Responsibility, National Peoples and the International Order" (2009) 2 *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 147, and, Margaret Gilbert, "Shared Intention and Personal Intentions" (2009) 144 *Philosophical Studies* 167.

<sup>22</sup> On the issue of 'communities of judgment', Jennifer Nedelsky makes a strong argument in support of the social foundations of judgment. Nedelsky posits that the debates over 'universal' human rights versus abuses in the name of culture and tradition are best understood as conflicts between different communities of judgment. Using Hannah Arendt's work on judgment as a starting point, she addresses the problems and possibilities that arise out of Arendt's view that judgment relies on a 'common sense' shared by members of a community of judging subjects. Nedelsky points out that 'common sense,' 'community' and 'other judging subjects,' are concepts not fully developed in Arendt's theory. This leads to her account of the concept of 'enlarged mentality' as the basis for human rights. There remains, however, the thorny question of how one could decide to change or oppose 'common sense' when it seems to be presupposed for judgment to be possible. As we attend to concrete manifestation of the problem of judgment across communities, our linked capacities for autonomy and judgment emerge as complementary rather than contradictory faculties and capacities. Nedelsky's insights on Arendt's theory of judgment prove most useful in the context of collective responsibility. See Jennifer Nedelsky, "Communities of Judgment and Human Rights" (2000) 1 *Theoretical Inquiries in Law* 245.

at large. This phenomenological account of collective responsibility may offer us a justification for making judgments about collective responsibility that are compatible with the separateness and autonomy of persons. However, it still leaves a number of critical questions unattended. For instance, could we defend the claim that collective responsibility can be assigned based on group membership? I would argue that this is indeed a dangerously erroneous approach to the subject. For the purpose of examining the nature of legal judgment under the strenuous circumstances of egregious crimes, collective responsibility is best understood in terms of *societal duties* to respond to the victims of collective crimes rather than attribution of collective guilt and culpability.<sup>23</sup>

Responsibilities moral agents have in relation to global structural social processes with unjust consequences constitute a good case in point. How ought moral agents, whether individual or institutional, conceptualize their responsibilities in relation to global injustice, for instance, if they do so at all? In this case, a model of collective responsibility deriving from global social connections and interdependencies may serve the purpose of forming the foundation for defining obligations of justice arising from structural social processes. As detailed in the work of Iris Marion Young, such a social connection model of responsibility dictates that all agents who contribute by their actions to the structural processes that produce injustice have responsibilities to work to remedy these injustices.<sup>24</sup> This is quite different from the standard model of responsibility putting emphasis on liability. This alternative model does not isolate perpetrators. It also judges background conditions of action as well as consequences. It is forward looking and it relies upon the responsibility to

---

<sup>23</sup> Plausibly, only moral agents can bear action-demanding duties and thus only moral agents could be subjected to criminal attribution. This standard places serious constraints on the determination of which collectives can bear action-demanding duties or be rendered accountable for societal harm. It is equally erroneous to assume that individual agents can bear duties and full scale of legal obligations regarding actions that only a collective could perform. This leaves us at a loss when assigning duties in circumstances where only a collective could perform some morally desirable action and no collective exists. It also causes problems concerning attribution of guilt and adjudication of crimes involving collectivities. Collectivization of duties and introduction of notions such as 'public responsibility' may alleviate some of the problem. Specifically, we could define individual duties to take steps towards forming a collective sense of responsibility, which then incur a duty over collective and cumulative action. However, this problem cannot be so easily overcome at the adjudication of mass crimes and attribution of guilt. See Marion Smiley, "From Moral Agency to Collective Wrongs: Rethinking Collective Moral Responsibility" (2010) 1 *Journal of Law and Policy* 171; Tracy Isaacs, *Moral Responsibility in Collective Context* (Oxford University Press, 2011), and, Anne Schwenkenbecher, "Joint Duties and Global Moral Obligations" (2013) 26 *Ratio* 310.

<sup>24</sup> See Iris Marion Young, *Responsibility for Justice* (Oxford University Press, 2011). On the application of restitutive justice at a global scale, see Jacob Schiff, "Confronting Political Responsibility: The Problem of Acknowledgement" (2008) 23 *Hypatia* 99; Henning Hahn, "The Global Consequences of Participatory Responsibility" (2008) 5 *Journal of Global Ethics* 43, and, Todd Calder, "Shared Responsibility, Global Structural Injustice and Restitution" (2009) 36 *Social Theory and Practice* 263.

be shared. Furthermore, it can be discharged only through collective action. I would argue that Marion Young's social connection model and Arendt's notion of community sense have more in common than at first meets the eye, and this is a hopeful overlap for any future discussion on collective responsibility in international criminal law.

If so, in terms of committal of crimes, how could we define the legal threshold for determining whether a collective shares the intention to harm a select group, which is the distinctive feature of collective as opposed to individual responsibility? There are at least three criteria of adequacy for an account of shared criminal intention, namely the disjunction, concurrence, and, obligation criterium.<sup>25</sup> Accordingly, people share an intention when and only when they are jointly committed to intend as a body to commit an act in the future. In other words, there is an element of premeditation as well as active participation towards the committal of violent act or acts. The problem is, in the case of societal and political crimes, many instances of wrongdoing and violence appear to be of a distinctly spontaneous and collective kind without clear signs of premeditation. When, for example, one group commits genocide against another, the genocide is collective in the sense that the wrongfulness of genocide is morally distinct from the aggregation of individual murders that make up the genocidal killings in their entirety. And yet, it may not be possible to either prove or indeed to find a clear framework for shared intentions for genocide for each of the perpetrators of criminal acts. The problem, which I would rephrase as the problem of *collective wrongdoing*, is how to assign blame for distinctly collective acts of violence to individual contributors when none of those individual contributors is singularly guilty of the Wrongdoing with a capital W in question.

In such instances, suffice it to say that intention is not merely a private mental act known only by the people who express their intentions in public. Rather, intention is a communal act, for the fact that observable circumstances and consequences determine the justiciability of intention in criminal law. Here, Christopher Kutz's *Complicity Principle* provides a good starting point for tackling the problem of intentionality in societal and political mass crimes.<sup>26</sup> Kutz's work

---

<sup>25</sup> See Thomas Scanlon, *What We Owe to Each Other*. (Belknap Press of Harvard University Press, 1998); Michael Bratman, *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency* (Cambridge University Press, 1999); Elisabeth Pacherie, "Framing Joint Action" (2011) 2 *Review of Philosophy and Psychology* 173, and, Darrell Cole, "War and Intention" (2011) 10 *Journal of Military Ethics* 174.

<sup>26</sup> See Christopher Kutz, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age* (Cambridge University Press, 2000). On the issue of collective complicity, also see Larry May, "Complicity: Ethics and Law for a Collective Age" (2002) 111 *Philosophical Review* 483; Garrrath Williams, "No Participation without Implication: Understanding the Wrongs we do Together" (2002) 8 *Res Publica* 201; Torbjorn Tannsjo, "The Myth of Innocence: On Collective Responsibility and Collective Punishment" (2007)

examines the relationship between collective responsibility and individual guilt. He presents a rigorous philosophical account of the nature of our relations to social groups in which we participate and then links this debate to contemporary moral theory. For him, there are two prevailing theories of moral philosophy, Kantianism and consequentialism, both of which have difficulties dealing with the issue of complicity. For Kutz, similar to Arendt, a richer and more grounded theory of accountability demands that our understanding of collective action not only allows but calls for redefining individual responsibility in collective settings via complicity.

No doubt Kutz' principle ought to be expanded in order to link it with the legal phenomenon of attribution of collective responsibility. In this context, the view I purport is that individuals are blameworthy for collective harms insofar as they knowingly participate in those harms, and that said individuals remain blameworthy regardless of whether they succeed in making a causal contribution to those harms.<sup>27</sup> In this sense, my argument for collective responsibility is

<sup>36</sup> *Philosophical Papers* 295; Tracy Isaacs, Moral Responsibility in Collective Contexts (Oxford University Press, 2011); Uwe Steinhoff, "Rights, Liability and the Moral Equality of Combatants" (2012) 16 *Journal of Ethics* 339, and, Brian Lawson, "Individual Complicity in Collective Wrongdoing" (2013) 16 *Ethical Theory and Moral Practice* 227. Over the past decade or so political leaders around the world have begun to apologize for, and seek reconciliation between perpetrators and victims of large-scale moral wrongs such as slavery, past campaigns of ethnic cleansing, and official regimes of racial segregation. This movement towards a politics of 'moral healing' and the emergence of an official regime of requesting forgiveness is in effects at odds with full-fledged reconciliation concerning societal wrongs, unless it leads to concrete policies of amelioration, structural change and implementation of restorative justice measures. For wrongs caused by state-sanctioned moral atrocities, and, requiring mass participation and endorsement, interpersonal reconciliation is not likely to be a promising model for providing closure. In this context, Isaacs' work is particularly relevant. She relates intentional collective action to collective moral responsibility, as distinct from collective guilt. She also traces the pedigree of individual responsibility for (and in) collective wrongs and links collective obligations with individual obligations. The remaining question, at least for the criminal law context, pertains to individual moral responsibility and possibilities of accountability in wrongful and harmful social and political practices. An interesting case in this regard is the matter of combatants discussed by Steinhoff. According to the dominant position in the just war tradition from Augustine to Anscombe and beyond, there is no "moral equality of combatants" for criminal justice purposes. In other words, combatants participating in a justified war may kill their enemy combatants participating in an unjustified war. In the meantime, where combatants violate the rights of innocent people—known as collateral damage in humanitarian law, they are in fact liable to attack by the combatants even on the unjustified side for self-defense. That fact on its own gives us a hint about the fluidity of the concepts of liability, culpability and accountability even under the most rigid circumstances such as active warfare.

<sup>27</sup> In support of my proposition, see Margaret Gilbert, *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory* (Rowman & Littlefield Publishers, 2000). One of the most distinguished social philosophers of our times, Margaret Gilbert develops her arguments around the notion of plural subject theory of human sociality, first introduced in her *On Social Facts and Living Together*. See Margaret Gilbert, *Living together: Rationality, sociality, and obligation* (Rowman & Littlefield Publishers, 1996) and her earlier work, *On social facts* (Princeton University Press, 1992). In *Sociality and Responsibility*, Gilbert then presents an extended discussion of her proposal that joint commitments inherently involve obligations and rights, and thus proposes a new theory of obligations and rights that deviates from individualistic agency arguments. Presenting political

based on contra-factual reasoning. For instance, if a collective takes no active responsibility for the conservation of life and livelihood of all of its members but especially ignores those with vulnerabilities, then it is right to presume that there emerges collective responsibility for the harm ensued from lack of provision for any such required protections.<sup>28</sup> This is one way to avoid the problem of intentionality that clouded Arendt's path in terms of identifying wrongdoing that is not seen or known as wrongdoing by either the person who commits it or by those who condone it.

At this point, the writings of David Miller on national responsibility, read along Karl Jasper's work on societal responsibility, are of great relevance. Starting with Miller, in his work on national responsibility and global justice, he conceptualizes and justifies a particular model of national responsibility--a model that may be helpful in devising a wholesome approach to collective responsibility in justice terms.<sup>29</sup> His conceptualization proceeds in two steps. He starts by developing two models of collective responsibility, the like-minded group model and the cooperative practice model. He then proceeds to discuss national responsibility as a species of collective responsibility, and argues that nations have features such that both models of collective responsibility apply to them. I would argue that Miller's like-minded model does not provide a plausible conceptualization of collective responsibility in the politico-legal realm at all as it tends to rely upon

obligation, collective remorse, collective guilt, shared intention and important classes of rights and obligations from a plural subject theory perspective, Gilbert's work is very relevant to legal scholars who engage with the subject of collective responsibility. Also see Margaret Gilbert, "Collective guilt and collective guilt feelings" (2002) 6 *The Journal of Ethics* 115 and her *Joint commitment: How we make the social world* (Oxford University Press, 2015).

<sup>28</sup> For a strong take on environmental justice and collective responsibility, see Mary Oksanen, "Species Extinction and Collective Responsibility" (2007) in *The Proceedings of the Twenty-First World Congress of Philosophy* (Vol. 3 at 179-183). On the issue of what we owe to the world at large, David Zoller argues that while it is well recognized that many everyday consumer behaviors, such as purchases of sweatshop goods, come at a very heavy cost to the global poor, it has proven difficult to argue that contributors are somehow morally complicit in those outcomes. The problem concerning marginal contributions to distant harms stems from lack of explicit knowledge of the consequences aforementioned consumers could have born in mind. Critics of this approach reasonably argue that distant and inadvertent acts that cause harm provide insufficient grounds for moral or legal blame. However, the damage that agents bring about through their contributions to distant collective wrongs ultimately depends upon our morally sparse and individualistic take on everyday purchases and decisions. In this instance, contributors who knowingly disregard distant harms, rather than being reckless or negligent about consequences they could have foreseen, directly perpetuate the moral invisibility and the lack of recognition from which the global poor generally suffer. For Zoller, this provides agents with clearer moral reasons to refrain from knowing participation in unstructured collective harms. See David Zoller, "Moral Responsibility for Distant Collective Harms" (2015) 18 *Ethical Theory and Moral Practice* 995. Also see Bjorn Pettersson, "Co-responsibility and Causal Involvement" (2013) 41 *Philosophia* 847.

<sup>29</sup> See David Miller, "National responsibility and global justice" (2008) 11 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 383.

a bucolic, romanticized notion of a nation as an ethically cohesive unit.<sup>30</sup> The collective practice model, on the other hand, could provide a strong argument for formulating state-based collective responsibility. The standard example used in this context is, of course, conceptualization of crimes pertaining to societal and political violence when one lived under the Third Reich.<sup>31</sup>

In summary, Miller attempts to attribute to nations the kind of responsibility that generally vests in states as legal actors. Unfortunately, models of statist legal responsibility disregard society's inner dynamics. In addition, they sanction the differences between intrastate and interstate forms of law as irremovable. Miller aims to build up the moral and historical prestige of the nation-state to make it a viable agent embracing a claim of universal morality. Miller's nations thus become political organizations capable of instantiating great moral truths. This results in an account that is compassionately cosmopolitan and yet with very little interest in or engagement with local forms of deliverance of justice that relate to mass violence either within the state perimeters or globally induced.<sup>32</sup>

Overall, however, Miller's work raises a number of interesting questions concerning both weak and strong variants of collective responsibility and state-centric law.<sup>33</sup> For instance, he defends a theory of connections to address

<sup>30</sup> For a critique of Miller's work, see Roland Pierik, "Collective responsibility and national responsibility" (2008) 11 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 465, and, K. Lippert-Rasmussen, "Responsible nations: Miller on national responsibility" (2009) 2 *Ethics & Global Politics* 21.

<sup>31</sup> To reiterate an otherwise well-known historical vignette, Hitler was appointed as the Chancellor of Germany by the President of the Weimar Republic Paul von Hindenburg on January 1933. The Nazi Party then began to eliminate all political opposition and consolidate its power. By 1934 Hitler became dictator of Germany by merging the powers and offices of the Chancellery and Presidency. This was further entrenched by a national referendum held on 19 August 1934, confirming Hitler as the sole Führer (leader) of Germany. Consequently, all power was centralized in Hitler's office, and his word became above all laws. As to be expected, opposition to Hitler's rule was ruthlessly suppressed and members of the liberal, socialist, and communist opposition were killed, imprisoned, or exiled. The implementation of the regime's racial policies culminated in the mass murder of Jews and other minorities in the Holocaust. For a detailed account of law during the Third Reich, see the historical pieces written and published during the Second World War, K. Loewenstein, "Law in the Third Reich" (1936) 45 *The Yale Law Journal* 716, V. L. Gott, "The National Socialist theory of international law" (1938) 32 *The American Journal of International Law* 704; as well as the more recent debates such as D. F. Vagts, "International law in the Third Reich" (1990) 84 *The American Journal of International Law* 661; Martin Lippman, "They Shoot Lawyers Don't They: Law in the Third Reich and the Global Threat to the Independence of the Judiciary" (1992) 23 *Cal. W. Int'l LJ* 257, and, David Dyzenhaus, "Legal theory in the collapse of Weimar: contemporary lessons?" (1997) 91 *American Political Science Review* 121.

<sup>32</sup> See T. J. Levy, "National and statist responsibility" (2008) 11 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 485 and Margaret Moore, "Global justice, climate change and Miller's theory of responsibility" (2008) 11 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 501.

<sup>33</sup> See in particular David Miller, "Collective responsibility and international inequality in the law of peoples" In *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?* (2006) at 191-205.

remedial responsibilities amongst states. His interventions on the subject of cosmopolitanism in particular endorse a position where states that are causally and morally responsible for deprivation and suffering in other states may be held remedially responsible for their actions. This is despite the fact that there is no international mechanism to ensure that remedially responsible states would offer assistance to or accountability for the suffering of effected states and societies, other than instances of victor's justice and imposed war reparations. As such, that job squarely falls into the hands of international public law for purposes of enforcement. In this regard, Miller's claims of universal morality as applied to international or transnational law are severely idealistic. In contradiction, I would argue that we must initiate a kind of deflation of both the nation and the state as foundational moral agents. Just as the diminution of responsibility for mass crimes from the collective entirely to the individual is faulty, the aggrandizement of individual moral agency and accountability to the grandiose entity of the state or the construct of the nation as the ultimate truth bearer is equally hyperbolical.

At this point, as an alternative to cosmopolitan and liberal accounts such as Miller's work, I will examine collective responsibility from an outcomes perspective. A central feature of my analysis is to give precision to the idea that moral responsibility implies a reasonable demand and possibility that an agent should have acted otherwise. Allocation of moral responsibility to individuals concerning complex collective actions that result in mass harm is an issue that goes well beyond 'the problem of many hands' as exemplified by the classic Frankfurt counter-examples.<sup>34</sup> Philosophers usually discuss responsibility in terms of responsibility for past actions or as a question about the nature of moral agency. Yet the word responsibility also ushers in deep concerns about human agency, more so than the answers it possibly elicits in legal terms. This latter take on responsibility also relates it to civic virtues that can be demonstrated both

---

<sup>34</sup> Matthew Braham & Martin Van Hees "An anatomy of moral responsibility" (2012) 121 *Mind* 601. As discussed in detail by Braham and Van Hees, Frankfurt cases (also known as Frankfurt counterexamples) were presented by philosopher Harry Frankfurt in 1969 as counterexamples to the "principle of alternate possibilities", which holds that an agent is morally responsible for an action only if that person could have done otherwise. Frankfurt infers that a person could still be morally responsible for what he has done even if he could not have done otherwise. Frankfurt's examples involve agents who are intuitively responsible for their behavior even though they lack the freedom to act otherwise. Frankfurt thus suggests that we question the fallacy of the notion that coercion precludes an agent from moral responsibility. See Harry G. Frankfurt, "Alternate possibilities and moral responsibility" (1969) 23 *The Journal of Philosophy* 829. This line of reasoning and debate on responsibility under coercion resurfaced in more recent work such as Jay R. Wallace, *Responsibility and the Moral Sentiments* (Harvard University Press, 1984); John Martin Fischer & Mark Ravizza, *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility* (Cambridge University Press, 2000), and, Derk Pereboom, *Living without Free Will* (Cambridge University Press, 2006).

by individuals and organizations/institutions. Such a virtue-based account of responsibility occupies a distinctive place in the context of discussions on moral needs, and moral achievements, of societies, especially for the ones that survived mass political violence and trauma.

This is an opportune moment to bring in Karl Jaspers' work. When Hitler came into power in 1933, Jaspers was taken by some degree of surprise, as he had thought that this movement would destroy itself from within, thus leading to a reorganization and liberation of other political forces active at the time.<sup>35</sup> His expectations did not materialize and because his wife was Jewish, Jaspers qualified as an enemy of the German state. Consequently, from 1933 onwards, he was excluded from the higher councils of the university. In 1935 the first part of his work on logic, entitled *Vernunft und Existenz* (*Reason and Existenz*, 1955), appeared. This was followed by a book on Nietzsche in 1936, an essay on Descartes in 1937; and his *Existenzphilosophie* in 1938.<sup>36</sup> Meanwhile, a series of decrees were promulgated against him, including removal from his professorship and a total ban on any further publication. These measures effectively barred him from living and working in Germany. Permission was finally granted to him in 1942 to go to Switzerland, but a condition was imposed by the Nazis that required his wife to remain behind in Germany. He decided to stay with his wife in Germany. In effect, both of them had decided, in case of an arrest, to commit suicide. In 1945 he was told that his deportation was scheduled to take place on April 14. On March 30, Heidelberg was occupied by the American forces and Jaspers and his wife avoided deportation.

Marked by the events of pre-war years, Jasper's detailed philosophical examination of the contemporary state and nature of humankind titled *Man in the Modern Age* is a seminal work that touches upon precisely the issue of our responsibility for our own and others' future.<sup>37</sup> Elucidating his theories on a variety of topics pertaining to contemporary and future human existence, the volume meditates upon the tension between mass-order and individual human life, our present conception of human life and the potential for a better future. Jaspers wrote his work before the advent of the Second World War but at a time

<sup>35</sup> See the Karl Jaspers entry of Encyclopedia Britanica by Hans Saner at <https://www.britannica.com/biography/Karl-Jaspers> [21.03.2017].

<sup>36</sup> See Karl Jaspers, *Vernunft und Existenz*, Groningen: Wolters. Translated as, *Reason and Existenz*, trans. W. Earle( New York: Noonday Press, 1955); *Nietzsche: Einführung in das Verständnis seines Philosophierens*, Berlin: de Gruyter. Translated as, *Nietzsche: An Introduction to his Philosophical Activity*, trans. C. F. Wallraff and F. J. Schmitz (University of Arizona Press, 1965) and *Existenzphilosophie*, Berlin: de Gruyter. Translated as, *Philosophy of Existence*, trans. R. F. Grabau (University of Pennsylvania Press, 1971).

<sup>37</sup> See Karl Jaspers, *Die Geistige Situation der Zeit*, Berlin: de Gruyter. Translated as, *Man in the Modern Age*, trans. E. Paul and C. Paul (London: Routledge, 1933). The original volume in German came out in 1931.

when Nazi ideology and institutional practices were beginning to run rampant in Germany. This work constitutes the departure point for the next section of the present debate on collective responsibility.

Jaspers' contribution to the literature on collective responsibility took an even more pointed form with the publication of the *Die Schuldfrage* [The Guilt Question], which addressed the question of the collective responsibility for the German people for the criminal actions of their government.<sup>38</sup> In that short treatise, Jaspers listed four types of guilt. The first category, criminal guilt, derives from violating unequivocal laws and is capable of being determined based on objective proof. Its jurisdiction rests with the courts. The second category, political guilt, involves the deeds of statesmen and implicates the citizens of a state for having to bear the consequences of the deeds of the state whose power governs them and under whose order they live. Jurisdiction of this type of guilt rests with the power and will of the victor if the state was defeated militarily, or, again with the courts if this was a civil war situation. The failure to exercise political prudence to mitigate arbitrary use of power would be the charge. Then, there is the category of the moral guilt. It pertains to the actions of those who cannot act otherwise than as an individual. They are nonetheless deemed as morally responsible for all their deeds, including the execution of political and military orders. This text was written prior to Nuremberg and Eichmann Trials and Jaspers posited back than that its jurisdiction purely rests with one's conscience, is retained within the community. Jaspers' last category, that of metaphysical guilt, is the most troubling one and it also became a point of contention in his lengthy exchanges with Arendt during the post-War years. Accordingly, Jaspers assumes that there exists a solidarity among men as humans that makes each co-responsible for crimes committed in his presence or with his knowledge.

This last point definitely merits further consideration in the context of collective responsibility debates. No doubt, its underlying assumption can easily lead to sanctimonious political moralism that has often been used to justify acts of vengeance and collective punishment. It may also lead to a conception of war as a crusade that requires unconditional surrender by the enemy and lead to unnecessary harm.<sup>39</sup> For Jaspers metaphysical guilt results from confining our solidarity to the closest human ties -- family, friends, neighbors, ethno-religious

<sup>38</sup> See the English translations as Karl Jaspers, *The question of German guilt* (Fordham University Press, 2009). This work was translated by E. B. Ashton and it was published in a series edited by John Caputo. The original version came out in German back in 1946 and the first English edition was published in 1947. See Karl Jaspers, *Die Schuldfrage*, Heidelberg: Schneider ([translated as, *The Question of German Guilt*, trans. E. B. Ashton] The Dial Press, 1947).

<sup>39</sup> See Hannah Arendt, et al. "Hannah Arendt/Karl Jaspers Correspondence, 1926-1969." (Harcourt Brace Jonavich, 1992).

brethren, etc. – rather than extending it to all of humanity. It makes us suffer from lack of proportion in terms of judging our world and human value. In the end, Jaspers himself acknowledges that jurisdiction over metaphysical guilt lies with no court. Still, this easily abused concept reminds us of the myriad ways in which our lives are entangled with and may profit from the suffering of others.

#### **4. COLLECTIVE RESPONSIBILITY AND LEGAL JUDGMENT IN INTERNATIONAL LAW: THE JASPER'S ALTERNATIVE?**

Ascertaining litigation for crimes reaching the dimensions of what Jaspers had in mind is an elusive quest. This is despite the precedents set by post-WWII trials. Indeed, the trial of major Nazi war criminals in Nuremberg (1949) is considered a landmark event in the development of modern international law, and continues to be highly influential in our understanding of international criminal law and post-conflict justice.<sup>40</sup> The plethora of essays and manuscripts written on the Trial, discussing key legal, political, and philosophical questions raised by the Trial both at the time and in historical perspective, are indicative of the crowned position the Trial occupies in legal history. Those involved in the Tribunal, the establishment of the Tribunal, the Trial process itself, and the debate that followed its' judgment have all been subject to rigorous academic debate. Ranging from the contribution of Nuremberg to the substantive development of international criminal law, to the philosophical evaluation of legalism in post-conflict systems of justice, the persistent significance of Nuremberg is indeed worthy of attention across a range of academic disciplines.<sup>41</sup> Examinations of the Nuremberg legacy in contemporary international criminal justice are already widely available. The reason why I include a discussion on the Nuremberg Trials in this article on collective responsibility is for a somewhat different reason. Nuremberg Judgment is often counted as the benchmark in international law for the definition and adjudication of individual accountability for human rights abuses at a mass scale. In this sense, it did constitute a turning point in the context of legal doctrines concerning the nature of legal responsibility. However, as I will argue in the following paragraphs, this achievement did not alleviate Jaspers' concern that for such crimes, the judgment cannot emanate from the courtroom alone.

---

<sup>40</sup> See Diane F. Orentlicher, "Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime" (1991) 100 *Yale Law Journal* 2537; Steven Ratner, Steven, Jason S. Abrams & James L. Bischoff *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (Oxford University Press, 2009).

<sup>41</sup> See Henry T. King Jr, "The Legacy of Nuremberg" (2002) 34 *Case W. Res. J. Int'l L.* 335; Christian Tomuschat, "The legacy of Nuremberg" (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 830, and, Steven R. Ratner, Jason S. Abrams & James L. Bischoff. *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy* (Oxford University Press, 2009).

During the Trial, the concept of *Nullum Crimen Sine Lege* has been put to the test of war crimes and despite a degree of inexactitude, both crimes against humanity and genocide have been retroactively codified as a result. These developments in adjudication of international crimes were then followed by the codification of slavery, forced labor, torture, forced disappearances, racial discrimination and apartheid as indictable crimes. In this sense, the Trial also redefined the notion of culpability in international law. It introduced significant changes in our understanding of individual criminal responsibility and despite statutes of limitations and the 'reasonable time period' clauses, it opened the path for reinstating the threshold of legal requirements for individual accountability for mass crimes. Aside from its importance concerning the codification of societal and mass crimes in international law, however, Nuremberg Trial also forced us to address the problem of whether and on what basis a successor government must prosecute the human rights abuses of a prior regime. Contending that the rule of law and natural justice principles require that the very worst crimes be prosecuted no matter what the rank and status of the accused person(s) may be, Nuremberg judges proposed that principles of international law, both in its customary and conventional forms, impose a duty to investigate and prosecute in such extreme cases.<sup>42</sup> This take on legality and judgment was then accepted as a foundational premise for future international courts.<sup>43</sup> However, in terms of defenses available for the accused in international criminal law pertaining to war crimes and crimes against humanity, for instance, the generic standardization of prosecutions in national courts as well as in international tribunals is causing increasing number problems with significant socio-political repercussions. The most important substantive defenses include superior orders, command responsibility, *tu quoque* as a subcategory of *argumentum ad hominem*, military necessity, proportionality, and reprisals. Jurisdictional defenses applicable in national tribunals include personal jurisdiction, subject-matter jurisdiction, and double jeopardy. Then there is the issue of the location of the tribunal or the trial, the status of the presiding judge or judges and the legitimacy of the court producing the judgment.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> See Aryeh Neier *War crimes: Brutality, genocide, terror, and the struggle for justice*. (Crown Publishing Group, 1998).

<sup>43</sup> See Cherif M. Bassiouni, ed. *International Criminal Law, Volume 2 Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms* (Brill, 2008); William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge University Press, 2011) and the standard text book by Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, and Christopher Gosnell, *Cassese's international criminal law* (Oxford University Press, 2013).

<sup>44</sup> James Meernik, "Victor's Justice or the Law? Judging And Punishing At The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia" (2003) 47 *Journal of Conflict Resolution* 140; Victor Peskin, "Beyond Victor's Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Crimi-

Furthremore, if we look at the victor's justice argument posed about Nuremberg and Tokto trials from the point of view of the victims, it is possible to posit that although forgiveness is often taken to bear a close connection to societal reconciliation, there is a good deal of scepticism about its role in situations where there is no consensus on the moral complexion of the past and no clear admission of guilt on the part of the perpetrator. In other words, the conviction-oriented framework of these post-WWII Military Tribunals are indeed troubling for societal and political crimes. Forgiveness without perpetrator acknowledgement aggravates the risk of recidivism, yields a substandard and morally compromised form of political accommodation, and leads to the silencing and patronizing of the victims, therefore potentially causing further social and political alienation ad victimization. Guilt becomes inscribed to the collective memory of nations as a dividing line, but neither forgiveness nor true understanding emanates from litigation of such crimes alone.

## 5. MORAL RESPONSIBILITY AS AN EPICURIAN CURE FOR THE CONUNDRUMS OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW?

From Epicurus onwards, the notion of moral responsibility based on a moral agent's causal ownership of his/her actions, as opposed to the agent's ability to act or choose otherwise, has troubled legal thinking. This is indeed the crux of the matter that Frankfurt examples were built upon. It also relates to the puzzles surrounding Arendt's take on the banality of evil and the possibility/impossibility of the punishment of the unforgiveable. Epicurus considered it a necessary condition for praising or blaming an agent for an action, that it was the agent and not something else that brought the action about.<sup>45</sup> Thus, the central question of moral responsibility was whether the agent was a cause of the action, or whether the moral agent was forced to act by some other force. Accordingly, actions are

---

nal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda" (2005) 4 *Journal of Human Rights* 213; Bill Wringe, "Why punish war crimes? Victor's justice and expressive justifications of punishment" (2006) 25 *Law and Philosophy* 159; William A. Schabas, "Victor's Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court" (2009) 43 *J. Marshall L. Rev.* 535.

<sup>45</sup> See Epicurus, *The Essential Epicurus: Letters, Principal Doctrines, Vatican Sayings, and Fragments* (Prometheus Books, 1993). This popular arrangement of fragments follows the outline set forth by C. Bailey's 1926 collection on the thinker. One of the major philosophers in the Hellenistic period [the three centuries following the death of Aristotle in 323 B.C.E.], Epicurus developed an unsparingly materialistic and empiricist epistemology, and is known for his hedonistic ethics. He rejected the existence of Platonic forms and an immaterial soul, and famously declared that gods have no influence on our lives. His' gospel of freedom from fear proved to be quite popular, and communities of Epicureans flourished for centuries after his death. In Anglo-American philosophical traditions, Epicurean thought re-emerged primarily in the context of moral responsibility and intentionality. See Phillip Mitsis, *Epicurus' Ethical Theory: The Pleasures of Invulnerability* (Cornell University Press, 1988).

to be attributed to moral agents because it is in their actions that the agents, *qua* moral beings, manifest themselves. In this context, the question of moral engagement becomes all the more important.<sup>46</sup> In his narration concerning how humans become moral beings, Epicurus envisaged a complex theory of moral responsibility and moral development, which could indeed find application in the area of collective responsibility and mass crimes. Epicurean ethics does not have the function of developing or justifying a moral system that allows for the effective allocation of praise and blame.<sup>47</sup> Instead, it looks at the choices people make regardless of the system they are surrounded by. On the issue of free will and moral responsibility, Harry Frankfurt's argument that moral responsibility does not require the freedom to do otherwise, linked with the debate over whether moral responsibility is an essentially historical concept, indeed echoes the Epicurean call for deciphering individual agency in collective acts. Thus, the central question of moral responsibility becomes whether the agent was the cause of the action, or whether the agent was forced to act.

Some instances of wrongdoing are distinctly of a collective kind. When, for example, one group commits genocide against another, this is a collective act of crime in the sense that the wrongness of genocide is morally distinct from the aggregation of individual murders that make up the genocide. The problem, which I will refer to as the problem of collective wrongs, is that in traditional criminal law, how to assign blame for distinctly collective wrongdoing to individual contributors when at least some of those individual contributors are not directly guilty of the wrongdoing in question is habitually left unclear. I already offered Christopher Kutz's *Complicity Principle* as a starting point for solving this particular problem, although the principle ought to be expanded to include a broader and more appropriate range of cases than Kutz initially intended. The

---

<sup>46</sup> Developing a core conception of moral responsibility, Epicurus' writings pose the question of what human life without moral responsibility would be like. That exploration alone establishes that many robust forms of human relationship and situational normativity could continue, absent moral responsibility. However, accountability would become impossible. For a full debate on the Epicurean legacy concerning contemporary debates on moral responsibility, see Martin John Fischer, *My Way: Essays on Moral Responsibility* (Oxford University Press, 2006). Fischer's work is particularly relevant in its emphasis on the connections between deliberation and action, and, between free will, freedom of action, and moral responsibility/accountability. This frame of reference ties together responsibility for actions, omissions and consequences.

<sup>47</sup> On the issue of the allocation of moral responsibility to individuals in complex collective wrongdoings, see Kenton Machina, "Moral Responsibility—What is All the Fuss About?" (2007) 22 *Acta Analytica* 29; Neil Levy & Michael McKenna "Recent Work on Free Will and Moral Responsibility" (2009) 4 *Philosophy Compass* 96, and, M. Braham & M. van Hees "An Anatomy of Moral Responsibility" (2012) 121 *Mind* 601. Braham and van Hees' work is particularly significant for the examination of the structure of moral responsibility in relation to outcomes. A central feature of their analysis is a condition that they term as the 'avoidance potential', which indicates that moral responsibility implies a reasonable demand that an agent should have acted otherwise.

view I ultimately defend is that individuals are blameworthy for collective harms insofar as they knowingly participate in or collaborate in the committal of those harms, and that said individuals remain blameworthy regardless of whether they succeed in making a causal contribution to those harms.<sup>48</sup>

Another prominent political philosopher of the post-WWII era, Michael Bratman also made critical contributions to our understanding of the notion of intention and how it relates to action, in particular criminal action. In Bratman's view, when we settle on a plan for action we are committing ourselves to future conduct. The commitment involved in intending, and its implications for our understanding of shared intention and shared cooperative activity, lead to a rich discussion on moral responsibility.<sup>49</sup> In the context of philosophy of action and moral philosophy, issues about the nature of agency, intention and practical reason, free will and moral responsibility, and shared agency are indeed much more easily brought to the fore compared to the difficulties we may face with regard to discussing these in the context of philosophy of law. In this sense, Bratman's work *Intention, Plans, and Practical Reason* (1987) permanently altered the landscape of both the philosophy of action and the theory of practical rationality, by drawing our attention to the complex, constitutive roles that intention plays in human agency.<sup>50</sup> In particular, his essays on shared agency are of utmost significance for the debate on collective responsibility.<sup>51</sup>

If we accept Bratman's description, the notion of collective responsibility would refer to both the causal responsibility of moral agents for harm in the world and the blameworthiness that we ascribe to them for having caused such harm. Hence, it would assume both a *moral* and a *causal* component. Criminal law associates causal responsibility and blameworthiness with groups only in rare cases such as

<sup>48</sup> On this issue, also see Brian Lawson, "Individual Complicity in Collective Wrongdoing" (2013) 16 *Ethical Theory and Moral Practice* 227.

<sup>49</sup> See Michael Bratman, *Faces of intention: Selected essays on intention and agency* (Cambridge University Press, 1999)

<sup>50</sup> What happens to our conception of the mind and of rational agency when we take future-directed intentions seriously? What is the role of intention as input for practical reasoning? Michael Bratman responded to these questions in a series of papers that he wrote during the early 1980s. In his manuscript *Intention, Plans, and Practical Reason*, Bratman fully developed the main themes of the previous essays and proposed a full-fledged theory of intention. In this later work, intentions are treated as essential elements of plans of action. These plans play a basic role in practical reasoning, supporting the organization of our activities within a future oriented trajectory. Bratman's work also explores the relationship between intention and intentional action, as well as the distinction between intended and expected effects of what one intends. All these issues are very critical for reaching a deeper understanding of collective responsibility. See Michael Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason* (University of Chicago Press, 1987).

<sup>51</sup> Michael Bratman, *Shared agency: A planning theory of acting together* (Oxford University Press, 2013).

genocide and crimes against humanity, but for litigation purposes the line in the sand is always drawn at individual culpability. Criminal jurisprudence locates the source of moral responsibility in collective actions only if collectives were directly involved in these acts of harm.<sup>52</sup> Here, I beg to differ from this commonplace referral to the notion of collective responsibility as derivative of an assumed group morality. I am also standing against the assumption that collective responsibility violates principles of individual responsibility and fairness concerning criminal attribution. On the contrary, I propose that collective responsibility—as well as group intentions, collective action, and group blameworthiness—is a coherent construct and can be ascribed to moral agents fairly in cases of societal and political crimes. This attribution, however, does not have to be punitive in nature.

My reservations about associating collective responsibility with group morality could perhaps be explicated in the context of the structure of the argument that was augmented by traditions of religious thought such as those found in the Old Testament (*Tanakh*) referring to the accounts of the Flood, the Tower of Babel or Sodom and Gomorrah as well as the New Testament blaming of Jews as an entire race for the killing of Jesus Christ. In these narratives, entire communities were punished for their supposed deeds and to set an example for the rest of humanity. In Biblical narratives pertaining to the death of Jesus, for instance, the blame was cast not only on the Jews of the time but upon all future generations to come. The core of these religious arguments relates to a desire for communal forms of punishment for collective harms. No doubt, secular forms of this logic are equally widespread and troubling. Post 9/11 trends of anti-Islamism and resultant public policy measures are a case in point that is all too familiar. Collective responsibility translated into a rationale for collective punishment is also regularly used as a disciplinary measure in military units, prisons, and psychiatric facilities used for political crimes such as those operated in Russia.<sup>53</sup> Without fail, these measures breed distrust and desire for vengeance among the members of the punished group and their communities at large. These punishment schemes are also commonly practiced in situation of war based on the presupposition of collective guilt. Collective guilt, or guilt by association, is a dangerous claim that assumes groups of humans can bear guilt above and beyond the guilt of individual members. Contemporary criminal law operates on the principle that guilt shall only be attributed to a legal person and not to a group or community. Keeping these intricacies and problem-laden

---

<sup>52</sup> For a debate on intergenerational collective responsibility, see Janna Thompson, (2006) "Collective Responsibility for Historic Injustices" (2006) 30 *Midwest Studies in Philosophy* 154.

<sup>53</sup> See Melvyn Freeman & Soumitra Pathare. *WHO resource book on mental health, human rights and legislation* (World Health Organization, 2005) and Steven Fish, *Democracy derailed in Russia: The failure of open politics* (Cambridge University Press, 2005).

historical examples of attribution of collective guilt in mind, one must not equate collective responsibility either with collective punishment or collective assignment of presumed moral failure to groups, communities or societies. However, this precaution should not refrain us from seeking a substantive definition of collective responsibility for mass crimes.

While the majority of debates on collective responsibility continue to deliberate on the very possibility of it, a select group of scholars ushered in two further concerns. The first has to do with whether groups could meet stringent conditions of moral responsibility that individuals do. Intentionality, as I touched upon briefly in the above paragraphs, becomes key in this context. The second concern has to do with the advantages and disadvantages of holding particular kinds of groups such as communities or particular ethno-religious groups, or even states, morally responsible in response to harm caused by their direct or indirect actions.<sup>54</sup> One key example to consider in this area is that of lustration. Often, after a regime-changing war, a state engages in lustration in order to secure the condemnation and punishment of dangerous, corrupt, or culpable members of the previous political system. Changes in the political structure of post-Apartheid South Africa, post-WWII de-Nazification of Germany or the recent de-Ba'athification in Iraq are commonly referred cases of lustration. This common practice poses an important dilemma from the perspective of how to define and put into practice collective responsibility because even well planned, legally sound and nuanced lustration involves condemning groups of people.<sup>55</sup> It also raises important questions about collective agency and rectification of historical injustices. While group treatment might be justified on grounds of convenience and political peace in times of transitional justice, there are also valid arguments consistent with due process requirements for wholesale group punishment.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> For instance, the proxy wars in Iraq and Afghanistan have put front and center the problem of dealing with non-uniformed combatants. They also led to questions concerning the legitimacy of resorting to martial violence under such circumstances of quasi occupations. The location of the legal agency for attributing responsibility for righting the wrongs committed afterwards and who to turn to for that end remain as major issues, especially for the American military establishment. The specific problem of non-uniformed combatants and the general problem of justifying war are profoundly linked. War is but only one form of generalized collective violence. Collective violence poses a particular set of challenges to the application of moral and legal principles within the context of the traditional model of criminal responsibility. See Anna Stilz, "Collective responsibility and the state" (2011) 19 *Journal of Political Philosophy* 190, and, Christopher Kutz, "The difference uniforms make: collective violence in criminal law and war" (2015) 33 *Philosophy & Public Affairs* 148.

<sup>55</sup> This problem is discussed in detail in Avia Pasternak, "The collective responsibility of democratic publics" (2011) 41 *Canadian Journal of Philosophy* 99. The main reference used in this context is Hanna Pitkin's work. See Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation* (University of California Press, 1967).

<sup>56</sup> See Yvonne Chiu, "Liberal Lustration" (2011) 19 *Journal of Political Philosophy* 440. For a larger debate on war and justice, see Robert E. Williams & Dan Caldwell, "Jus post bellum: Just war theory

Concomitantly, I would like posit a theory of combined criminal and political accountability based on an understanding of collective action and collective responsibility that not only allows for but demands individual responsibility.<sup>57</sup> In other words, instead of generalizing the sum total of individuals as a collective, the causation I propose implicates a movement from the collective back to the individual. No doubt, there isn't a single, simple and all-encompassing solution to the problem of the relationship between individual and collective responsibility for wrongdoing and harm. The one component that obscures the fundamental requirement for responsibility ascriptions most is that of moral agency. Closer attention to matters of individual and collective agency may provide a defensible criterion for establishing when an individual is and isn't responsible for the untoward consequences of a collective act.<sup>58</sup> For instance, not only individuals but organizations and institutions can act and exercise power and thus could be deemed as accountable for harm. This is possible because they possess decision-making structures that are formal. As such, they could be deemed as 'legal persons'. The actions of such legal actors are not reducible to the actions of its individual members. Since these legal actors/agents could have acted differently or could have been re-organized to change the course of their harmful acts, they could be deemed as morally responsible for the untoward effects of the power they exercise to the larger population. Thus, at least in principle, they are blameworthy and could be subject to legal judgments. The ability to exercise power purposely, knowingly as opposed to recklessly, or negligently, reveal a particular disposition to abusing power since it is concentrated and institutionalized. Furthermore, I would argue that such legal actors' disposition is not reducible to the dispositions or degrees of

---

and the principles of just peace" (2006) 7 *International Studies Perspectives* 309; Jens Meierhenrich, «The ethics of lustration» (2006) 20 *Ethics & International Affairs* 99; Darrel Mollendorf, "Jus ex bello" (2008) 16 *Journal of Political Philosophy* 123; Mark Evans, «Moral responsibilities and the conflicting demands of jus post bellum» (2009) 23 *Ethics & International Affairs* 147; Anatoly Levshin, «Jus Contra Bellum in the Modern States System: Observations on the Anomalous Origins of the Crime of Aggressive War» (2015) 10 *St Antony's International Review* 141.

<sup>57</sup> See Christopher Kutz, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age* (Cambridge University Press, 2007)

<sup>58</sup> Albert Flores & Deborah G. Johnson, "Collective responsibility and professional roles" (1983) 93 *Ethics* 537. This is a very interesting debate on the responsibilities of 'the peg in the cog', i.e. individuals working as part of large institutions and organization and towards a cumulative end result. The authors reach the conclusion that collective responsibility cannot be appropriated to individuals in such situations. Rather, it should be the specific individuals and offices that provide the overall design and goals of the organization and determine the distribution of duties that should be held responsible from erroneous acts of such organized bodies. For a counter argument on this issue, see W. H. Walsh, "Pride, shame and responsibility" (1970) 20 *The Philosophical Quarterly* 1. Also see Virginia Held, "Can a random collection of individuals be morally responsible?" (1970) 67 *Journal of Philosophy* 471. For Held, the crux of the matter lies at the defining characteristics of a 'collectivity' and how they reach decisions that lead to harm. She takes a strong position against 'methodological individualism', which I share full-heartedly.

blame of the individual members who participated in the internal decision-making processes or even those who led these organizations and institutions. Instead, there is a need for a larger discussion on the interdependent relationship between the individual and the collective in upholding a system of abuse, harm and danger. Here, the Epicurean cure for the conundrums of the debate on moral responsibility comes to our rescue as the foreground allowing us to think about intentionality and causal involvement in collective acts, and as a call for assuming responsibility for our own decisions to act or not to act.

## **6. COLLECTIVE RESPONSIBILITY AND THE DISTRIBUTION OF BLAMEWORTHINESS**

Whether collective responsibility makes sense as a non-distributive phenomenon, that is to say whether it transcends the contributions of particular group members, is a debate that remains pivotal for legal theory. In this context, two claims are crucial. The first is that groups, unlike individuals, cannot be accountable for intentions and hence cannot act or cause harm *qua* groups. The second is that groups, as distinct from their individual members, cannot be understood as morally blameworthy according to the criteria required by moral responsibility argument. Accordingly, we cannot isolate genuinely collective actions, as distinct from identical actions of many persons, and groups, unlike the individuals who belong to them, cannot formulate intentions of the kind thought to be necessary to actions. Here, the main worry is about the fairness of ascribing collective responsibility to individuals who do not themselves directly cause harm or who do not bring about harm purposefully.<sup>59</sup>

If group intention is a necessary condition of attributing collective responsibility, the question then becomes how to ascertain it.<sup>60</sup> In this context, collective behaviors are separated from *collective actions*, the latter arguably caused by the beliefs, desires and wants of the collective itself. As such, moral

---

<sup>59</sup> See Steven Sverdlik, "Collective Responsibility" (1987) 51 *Philosophical Studies* 61. For him, moral blameworthiness requires the existence of bad intentions—or at least moral faultiness—on the part of those being held responsible. Otherwise, one cannot seek criminality. On this issue, also see Seumas Miller, "Collective responsibility" (2001) 15 *Public Affairs Quarterly* 65 and Jan Narveson, "Collective responsibility" (2002) 6 *The Journal of Ethics* 179. Miller's emphasis is typical of the traditional criminal law take on collective responsibility. He underlines joint actions rather than omissions and complicity that cause grave harm. He also makes a clear distinction between retrospective and prospective responsibility, an issue best attended in the context of debates on restorative justice.

<sup>60</sup> See Angelo J. Corlett, *Responsibility and Punishment*. Vol. 9. (Springer, 2009). For Corlett, collective intentionality is a required condition to ascertain collective liability. In this vein, he also argues that collective responsibility could only be ascertained if there was collective voluntariness and if we could identify a corporate moral agency for wrongdoing and harm.

blameworthiness is grounded in the bad intentions of moral agents who cause harm in defining both individual and collective responsibility. If so, how groups, as distinct from their individual members, could have bad intentions and demonstrate the ability to act on them? Could entire communities be deemed as appropriate bearers of moral blameworthiness, guilt, or shame? Critics of the collective responsibility argument concentrate on showing either that, actions are associated exclusively with individuals, not groups or communities, or that groups cannot make choices or hold beliefs in the sense required by the formulation of intentions as defined by criminal law.<sup>61</sup> Meanwhile, these same critics pay much less attention to the nature of collective actions. It may be true that collectivities may not have moral faults, since they don't make moral choices in the way that is commonly understood. And yet, does that by default mean they cannot properly be ascribed moral responsibility for their harmful actions that are only possible if and when individuals act collectively?

At the other end of the spectrum, defenders of collective responsibility argument feel propelled to justify both the moral possibility of collective responsibility and the coherence of collective responsibility as a moral, and hence possibly legal, construct. To start with, precepts of methodological individualism are brought under attack.<sup>62</sup> Accordingly, the collective blame that we ascribe in mass crimes cannot be realized in terms of individual blameworthiness. Furthermore, as exemplified by Larry May's work, there is a class of predicates that can only be true of collectives. May uses the relational theory of Jean-Paul Sartre to argue that groups can legitimately be ascribed actions in cases where individuals act together in a manner that would not be possible if they acted alone.<sup>63</sup> On the issue of group intentions, however, the legal problem of ascertaining intentionality is not easy to tackle and it remains a threshold issue for criminal law related determinations. If intentions play a fundamental role in an agent's practical deliberation and volition, the prospect of a shared intention introduces the specter of shared mental states. That is *not* included in the standards of proof for criminal law litigation.

---

<sup>61</sup> See, for instance, the classical work of Hywel D. Lewis, "Collective responsibility" (1948) 23 *Philosophy* 3 as well as David E. Cooper, "Collective responsibility" (1968) 43 *Philosophy* 258, and Robert Silcock Downie, "Collective responsibility" (1969) 44 *Philosophy* 66.

<sup>62</sup> See David E. Cooper, "Collective Responsibility" (1968) 43 *Philosophy* 258 and Howard McGary, "Morality and Collective Liability" (1986) 20 *The Journal of Value Inquiry* 157. Peter French's work on corporations is particularly useful in this context. See Peter A. French, "The Corporation as a Moral Person" (1979) 16 *American Philosophical Quarterly* 207. Interestingly, this debate dates back to late 1970s, way before the post-Marxist legal critiques of international public law.

<sup>63</sup> See Larry May *The Morality of Groups* (University of Notre Dame Press, 1989) and Larry May & Stacey Hoffman, eds. *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics* (Rowman & Littlefield Publishers, 1992)

In other words, if the possibility of collective responsibility supposedly requires a collective mind, we might as well give up on the notion of collective responsibility altogether. Groups can legitimately be said to have shared beliefs and convictions. And yet, this is quite distinct from the proposition of a collective mind-set. These convictions are otherwise known as institutional culture, ideology, political movements etc. Hence, looking for a collective mind-set for ascertaining collective responsibility for societal harm and wrongdoings is not the business of criminal justice litigation.<sup>64</sup> In Raimo Tuomela and Kaarlo Miller's work, these factors are named as 'we intentions' and they provide the springboard for joint commitments and actions.<sup>65</sup> Furthermore, according to Tuomela, actions by collectives build upon the actions of the operative members of the collective in such a way that the properties of collectives, such as their intentions, beliefs, and desires, are both embodied and determined by the perspectives of individual members or representatives of the collective in question. This is an unusual intervention with very important implications for the production of legal judgments concerning collective wrongs. Indeed, May offers one of the most interesting arguments of this sort in his defense of collective moral agency. Although he rejects accounts of group intentions that are tied to Kantian notions of moral agency, he reformulates group intentions with reference to a theory of interdependence and sociality.

Historically, for those who work on collective responsibility as a necessary notion for applied philosophy, ethics, and legal theory, the focus has been on nations, corporations, and other groups that have an institutional backbone and well-ordered decision-making procedures in place. Organizational and institutional mechanisms through which courses of concerted action have been decided upon and justified as rule-bound are deemed particularly important. Similarly, enforced standards of conduct for individuals that are stringent and disciplinarian constitute an important aspect of such forms of action. In turn, purposeful, planned and institutionally controlled actions could render groups

---

<sup>64</sup> According to both Margaret Gilbert and Michael Bratman, the keyword is joint commitment. In other words, group intentions exist when two or more persons constitute the plural subject of an intention to carry out a particular action. See Margaret Gilbert "Modelling collective belief" (1987) 73 *Synthese* 185; Margaret Gilbert, *Living together: Rationality, sociality, and obligation* (Rowman & Littlefield Publishers, 1996); Margaret Gilbert, *Sociality and responsibility: New essays in plural subject theory* (Rowman & Littlefield Publishers, 2000); Margaret Gilbert "Shared intention and personal intentions" (2009) 144 *Philosophical studies* 167. Bratman's most relevant work in the context of shared intention and mutual obligations is his *Faces of intention: Selected essays on intention and agency* (Cambridge University Press, 1999). Also see David J. Velleman, J. David "What happens when someone acts?" (1992) 101 *Mind* 461.

<sup>65</sup> See Raimo Tuomela & Kaarlo Miller "We-intentions" (1988) 53 *Philosophical Studies* 367. Also see Raimo Tuomela, "We-intentions revisited" (2005) 125 *Philosophical Studies* 327 and Raimo Tuomela, *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View* (Oxford University Press, 2007).

and communities collectively responsible for harm caused by their joint acts, though most likely not in a criminal sense. In the case of social and political movements, as discussed in detail by Joel Feinberg and his body of work on collective responsibility, there is the added element of ideological directives and resultant group solidarity leading individuals to pursue projects together as a collective agent.<sup>66</sup> All of these are aspects of a very germane debate on collective responsibility that has been thus far overlooked by theories of international criminal law pertaining to mass crimes, war crimes, and crimes against humanity. This is a deep chasm that must be addressed without further ado, if not directly in the area of criminal law then in legal theory pertaining to criminal law.

## **7. CONCLUSION: THE DILEMMA OF THE SUM TOTAL VERSUS ITS CONSTITUTIVE PARTS**

Since collective responsibility refers to the addressing of widespread harm and wrongdoing associated with the actions of collectivities, groups, societies and institutional bodies, the key components of its adjudication are directly related to constitutive aspects of social, cultural and political life in general. While there is a broad, often tacit, agreement regarding the basic model of moral and criminal responsibility when it is applied to individuals, as we have seen thus far, there is considerable moral and legal doubt about how this notion might be applied to collectivities and their members at large. First and foremost, adjudication of collective responsibility leads to a disagreement about the very conception of collective responsibility.<sup>67</sup> One version maintains that only individual human agents can be held morally and criminally responsible for harmful acts, and while another conceptions insists that groups, collectivities and institutions can be held morally and criminally responsible as collectivities, independently of their members' individual actions. The former conception has, as its departure

---

<sup>66</sup> See Joel Feinberg, *Doing and Deserving; Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton University Press, 1970). In his later treatise *Moral Limits of Criminal Law*, Feinberg focuses on the relationship between interests and wants, and makes a distinction between want-regarding and ideal-regarding analyses of interests. In particular, he focuses on hard cases for the applications of the concept of harm. Examples of the "hard cases" Feinberg uses are harm to character, vicarious harm, and prenatal and posthumous harm. Feinberg also discusses the relationship between harm and rights, the concept of a victim, and the distinctions of various quantitative dimensions of harm, consent, and offense, including the magnitude, probability, risk, as well as the importance of harm for both the individual and the society at large. See Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (Oxford University Press, 1984).

<sup>67</sup> The main texts I refer to in this regard are again those pertaining to the Arendt-Jaspers correspondence. Also see Hannah Arendt, *German guilt* (Jewish Frontier Association, 1945); Karl Jaspers, *The question of German guilt* (Fordham University Press, 2009) and his *The Origin and Goal of History* (Routledge Revivals Series, Routledge, 2014).

point, the conviction that collectivities and institutions are capable of actions that cannot be reduced to the actions and interests of their individual members.<sup>68</sup> And yet, this belief or conviction alone does not render adjudication of collective responsibility a straightforward process.

In this context, Joel Feinberg's taxonomy of collective responsibility arrangements constitutes a critical contribution to the exploration of issues regarding the culpability of collectives and their members. In his classical treatise written back in 1970, *Doing and Deserving*, Feinberg presents four distinct responsibility arrangements: (a) "Whole groups can be held liable even though not all of their members are at fault..." (b) "A group can be held collectively responsible through the fault, contributory or noncontributory, of each member" (c) "Group liability [could be attributed] through the contributory faults of each and every member" and (d) "Through the collective...fault of the group itself [the collective] bears liability independently of its members."<sup>69</sup> If we are to consider each of Feinberg's constructs in order to reach a conclusion pertaining to the justiciability of collective acts leading to harm, the following complications need to be adequately addressed.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> See Carl Wellman, *A Theory of Rights: Persons under Laws, Institutions and Morals* (Rowman & Allanheld, 1985); Meir Dan-Cohen, *Rights, Persons, and Organizations a Legal Theory for Bureaucratic Society* (University of California Press, 1986) and Allen Buchanan, "Toward a Theory of the Ethics of Bureaucratic Organizations" (1996) 6 *Business Ethics Quarterly* 419. These essays articulate a crucial and neglected element of pertaining to the general theory of ethics of bureaucratic organizations, in both private and public realms. The key to the approach developed here is the thesis that distinctive ethical principles must be applicable to bureaucratic organizations due to their aggregate power-holding status. This arises from the nature of bureaucratic organizations as complex webs of principal/agent relations that cannot be reduced to individual actions within that realm.

<sup>69</sup> In his treatise *Doing and Deserving*, Feinberg covers the following notions that are most pertinent to the current debate on collective responsibility: Supererogation and rules, problematic responsibility in law and morals, justice and personal desert, *sua culpa* and collective responsibility. See Joel Feinberg, *Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton University Press, 1970). Also see his *The Moral Limits of the Criminal Law* (Oxford University Press, 1984). This latter work is the first volume in a four-volume series entitled *The Moral Limits of the Criminal Law* that addresses the question of what acts the state may rightly render as criminal. Here, Feinberg identifies four liberty-limiting or coercion-legitimizing principles, each of which is the subject of a separate volume. In the first volume on the Moral Limits, he looks at the principle of harm to others, which John Stuart Mill identified as the only liberty-limiting principle. The other principles that Feinberg considers in subsequent volumes are (1) the offense principle--it is necessary to prevent hurt or offense (as opposed to harm) to others; (2) legal paternalism--it is necessary to prevent harm to the actor herself; and (3) legal moralism--it is necessary to prevent immoral conduct whether or not it harms anyone. Feinberg himself rejects legal paternalism and legal moralism, maintaining that the harm principle and the offense principle exhaust the class of morally relevant reasons for criminal prohibitions. Feinberg's examination of the harm principle begins with an account of the concept of harm and its relation to other concepts like interests, wants, hurts, offenses, rights, and consent. He considers both the moral status of a failure to prevent harm and the problems related to assessing, comparing, and imputing harms. These discussions are essential for developing a robust legally applicable understanding of collective responsibility.

<sup>70</sup> Justiciability is a key concept especially for constitutional and international law due to the fact

In Feinberg's first case, if a whole group is liable for the faulty and harmful actions of one or several members of the group, there must be the accompanying assumption that this sort of collectivity possesses a significant degree of solidarity. No doubt, this presumption stands against the ideal of individual responsibility and autonomy. Punishment of all for the wrongdoing of a few is not customarily defensible on moral or legal grounds. For both goods and harms to be defined as collective and shared, would promotion of a mutual sense of collective destiny suffice? Looked at through the lens of justiciability, the answer is negative. Courts often invoke one of the justiciability doctrines - standing, ripeness, and mootness - to bring potentially important public litigation to a definite conclusion. According to orthodox understanding of justiciability, these doctrines disempower courts from deciding certain kinds of cases. Of the three, mootness doctrine is the most relevant for our purposes as it has the strongest moral moorings in terms of law's compass in society. Collectives are not punishable where individual autonomy is held as a supreme value in the constitutional order. Furthermore, constitutional schemes often create a presumption in favor of preserving a degree of legislative control over jurisdiction. In the case of collective responsibility, courts would need to transform mootness from a constitutional doctrine into a prudential doctrine that would enable them to decide otherwise 'moot cases' whenever a decision would help give true and concrete meaning to important public values. That is, however, an idealistic future projection rather than the present day reality of litigation for societal and political crimes.

Furthermore, in a standard criminal law setting, arrangements in which the whole group is punished for the faults or wrongdoing of a few constitute *vicarious liability*, and a person punished on account of another's wrongdoing is said to have been punished vicariously. Vicarious liability squarely conflicts with individual moral responsibility.<sup>71</sup> For litigation purposes, such an attribution of group or collective liability is an arrangement that is unsuitable for most forms of harm or wrongdoing.<sup>72</sup> However, the issue is not so clear when we are dealing with actions of the state institutions for instance. In this changed setting, Feinberg's second collective responsibility arrangement comes into the picture, which is

---

that it pertains to the determination of the limits posed upon legal issues over which a given court can exercise its judicial authority. It includes the legal concept of standing, which is commonly used to determine if the party bringing a legal suit is a party appropriate for establishing whether an actual adversarial act or issue exists. Essentially, justiciability seeks to address whether a court possesses the ability to provide adequate resolution of a disputed matter. Where a court feels it cannot offer such a final determination, the matter is rendered 'not justiciable.'

<sup>71</sup>This is despite the fact that Christian teachings interpret Jesus' crucifixion as his vicarious punishment for the sins of all humankind.

<sup>72</sup>See Victor Tadros, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law* (Oxford University Press, 2011).

based on the examination of implications for a group of individuals sharing a common agenda or could have possibly engaged in a similar harmful act. In this changed context, the ascription of criminal or moral responsibility requires that an act causing harm has actually occurred.<sup>73</sup>

To conclude, as I have discussed thus far, legal-philosophical debates in the field of collective responsibility clearly prove that an exaggerated conception of fault and responsibility could easily lead to the ascription of blameworthiness to groups and communities without having a solid ground for justiciability. This is clearly observable in Feinberg's categorizations, which constitute one of the finest examples of the legal philosophical analysis of collective responsibility. If so, formal organizations, such as business corporations, nation-states, armies or public bureaucracies appear to be the only legal actors that we could accrue justiciable forms of collective responsibility. That locks us back into the problem of responsibility being allocated only to formal units and their representatives thereof, and leaves us astray about societal accountability for mass political crimes.

Whether a true and systemic rectification of injury and harm aiming for corrective justice is at all possible concerning mass political crimes thus remains as a very troubling question. By whom justice must be performed is where almost all the attention seems to have focused on so far. If the injuries in question are divided into components of harm and wrong, each component's rectification would have to be considered separately. Although pecuniary compensation for such harms is practically plausible, money cannot act as a mediator between severely damaged lives and abusers of political power. Not all harms could be compensated, nor can it

---

<sup>73</sup> An interesting case on the issue of vicarious liability is that of *Lister v Hesley Hall* [2002] 1 AC 215. In this case, the House of Lords reformed the law on vicarious liability, in the context of a claim arising over the intentional infliction of harm, by introducing the 'close connection' test. The immediate catalyst was the desire to facilitate recovery of damages on the part of victims of child abuse. The precise form the revision assumed was derived from two Canadian Supreme Court cases: *Bazley v Curry* [1999] 174 DLR (4th) 45 and *Jacobi v Griffiths* [1999] 174 DLR (4th) 7. Compared with other common law practices, Canadian jurisprudence contains a detailed review of the policy factors underpinning the law of vicarious liability and expresses the view that the most significant of these is 'enterprise liability'. See Douglas Brodie, "Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability" (2007) 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 493. On the larger issue of permissibility to harm others and related legal liabilities, see Charlie Webb, "What is Unjust Enrichment?" (2009) 29 *Oxford Journal of Legal Studies* 215; Victor Tadros, "Duty and Liability" (2012) 24 *Utilitas* 259, and, Joanna Mary Firth & Jonathan Quong, "Necessity, Moral Liability and Defensive Harm" (2012) 31 *Law and Philosophy* 673. The last two articles build upon Jeff McMahan's work on justified killing at times of war, which sets out a number of conditions for a person to be liable to attack, provided the attack is used to avert an objectively unjust threat defined in the following terms: (1) The threat, if realized, will wrongfully harm another; (2) the person is responsible for creating the threat; (3) killing the person is necessary to avert the threat, and (4) killing the person is a proportionate response to the threat. See Jeff McMahan, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford University Press, 2002).

be said when compensation is paid, the *status quo ante* should be restored. There is no normative or conceptual reason for compensation to remedy societal harms. On the issue of the wrong, on the other hand, standard methods of rectification may or may not work, depending on the specific context of the injustice in question. For instance, to correct the wrongdoing by rectifying the harm may not at all be possible in the event of mass civilian deaths and disappearances. Deploying punitive damages may not be of much benefit for thousands or millions of displaced populations, either. The third, most common option embraced by international criminal law, punishment, also remains by and large symbolic. There may well be a need for an admission of causal and moral responsibility, public and institutional repudiation of the criminal act, substantive reforms at the state level, and, in some cases, disgorgement and reparations to be performed as a sign of a good faith effort to share the burden of the victims' suffering by the society at large. Although these cannot be coerced onto members of the society, the state and its institutions are obligated to take an institutional lead in this regard.

In this vein, this article offered a refutation of the litigation-heavy focus of international criminal law as it has been applied to mass societal and political crimes. Instead, it embraced the view that if so used, criminal law essentially becomes a stunted system of corrective rather than restorative justice. The concept of corrective justice is neither capable of offering solutions to society-wide problems nor is it poised to deliver restorative justice for historical wrong doings. Rather than being corrective, what is required in instances such as crimes against humanity is an essentially protective function. The aim is the protection of legal subjects and valuable social interests from such harms in future. Here, I also tried to address the question of whether a statute of limitations on a historical injustice is morally justified. In essence, rectificatory justice calls for the ascription of a right to ask for rectification once an injustice has been perpetrated, without reference to a set time frame. To claim a statute of limitations on historical injustices amounts to inserting a temporal limit on the legitimacy of rights to rectification--a set amount of time following injustice after which claims of rectification could no longer be considered valid. However, since ascribing a right to rectification for an injustice is a requirement of fundamental justice, and since the temporal limit called for by a statute of limitations on injustice is a constraint on that requirement, the idea of a statute of limitations on historical injustices is morally justified only if one has substantive reasons for accepting this constraint such as establishment and maintenance of societal peace.

As a footnote to this entire debate, in legal philosophy, there is a peculiar argument that has been widely applied to substantiate the validity of claims for

historic justice. It is known as the “non-identity argument”.<sup>74</sup> Accordingly, the harm to descendants of historically wronged peoples could be explained away not as deriving from the historic wrongs but from the failure to provide rectification to the previous generation for the harm they suffered. In this chain of injustices, each failure to provide rectification becomes the source of wrongful harm to the next. Non-identity philosophers argue that such chains form a bridge between the historic wrong and the harm suffered by living individuals today. In other words, past wrongs, for which original wrongdoers are responsible, harm descendants of original victims. Still, how do we distinguish claims of descendants of historic victims and claims made by others with unrelated interests in the rectification of the previous generation? A supplementary solution may be offered in the form of focusing on group harm and group membership. This approach ties individual harm to group harm rather than limiting justice claims to individual restitution or compensation. For instance, did slavery not harm the descendants of slaves? This is the classical example proving the shortcomings of the individual responsibility argument applied to reject the validity of claims for historic justice based on harms to descendants of victims of historic wrongs. According to the individual responsibility argument, if descendants are never harmed directly and personally by historic wrongs, they have no right to ask for rectification. This conclusion may be legally sound but it is morally unintuitive and must be debunked.

To end, due to the extensive the nature of harm involved in historic injustices, one must try in earnest to overcome the hurdle posed by the individual responsibility argument waged against historic justice claims. Historic injustices and the harms they generate are best understood as group or collective harms. The response to group harms has to have a collective component as well, because the remedies offered are again only meaningful in a social and political context. Claims for justice under such circumstances have to be grounded in harms currently suffered by living individuals as a function of the harms their group or community were subject to as part of historic wrongs. One common form of such harm, constitutive harm, significantly differs from the aggregative accounts of harm generally used by standard individual criminal litigation processes. Constitutive harm could not be addressed in that limited context at all. It is the type of harm people suffer as members of historically

<sup>74</sup>The non-identity problem emerged as a lively ethical debate concerning our obligations to future generations during the 1970s. It figured strongly in the works of Derek Parfit, Thomas Schwartz and Robert M. Adams. See Derek Parfit, *Reasons and persons*. (Oxford University Press, 1984); James Woodward, “The non-identity problem” (1986) 96 *Ethics* 804; Doran Smolkin, “The Non-Identity Problem and the Appeal to Future People’s Rights” (1994) 32 *The Southern Journal of philosophy* 315; Derek Parfit & Samuel Scheffler. *On what matters: volume one*. Vol. 1. (Oxford University Press, 2011).

wronged groups and communities. Therefore, historic injustice cases require a different account of responsibility, one that cannot be harnessed solely based on individual responsibility argumentation within the context of criminal justice jurisprudence. With all the reservations carefully examined in this article, we must make room for considerations pertaining to collective responsibility as a moral obligation, providing a context within which legal judgment should be firmly situated, though itself not catapulted to being a criminal charge.



## DRAWING THE LINE BETWEEN PROPER AND IMPROPER PROSELYTISM: THE RIGHT TO ATTEMPT TO CONVINCE ONE'S NEIGHBOR IN EUROPE

### *TRAÇANDO A LINHA ENTRE PROSELITISMO PRÓPRIO E IMPRÓPRIO: O DIREITO DE TENTAR CONVENCER O PRÓXIMO NA EUROPA*

Letícia Machado Haertel  
Graduanda em Direito na Universidade de São Paulo – USP

**Submissão em 03/04/2017**  
**Aprovação em 14/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.3305>

**Abstract:** This paper analyzes the legality of restrictions to the practice of proselytism, the attempt to convert people to one's own religion. This issue has caused great controversy during the preparation of human rights instruments and national laws – especially considering that some religions do not accept the right to change one's religion while others have the duty to proselytize as one of their most sacred tenets. As the clashes between different cultures and religions gradually increase in the twenty-first century, international courts have an important role in establishing limits to such practices so that people and States can properly regulate their conduct. The approach adopted by the author to analyse the legality of proselitism and of its restrictions was the examination of the European Court of Human Rights' (ECHR) jurisprudence, alongside bibliographic and documentary research aiming to investigate and explain the criteria adopted to restrict such right. The choice of the ECHR is based on the fact that such Court has a vast jurisprudence on the matter, contrary to other international human rights courts. Each paradigmatic case provides some criteria that, if put together, allow the setting of a framework on the legality of State restrictions to proselitism – even though the Court never clearly established such a framework. After deriving the criteria for the restriction from the decisions, this article concludes that the validity of its restrictions depends upon diverse circumstantial variables primarily relating to the potential for coercion of the message's receiver. Some aspects regarding the limitations to the right to proselytize, however, remain unanswered.

**Keywords:** Proselytism; European Court of Human Rights; Freedom of Religion; Limitations to rights.

**Resumo:** O presente artigo analisa a legalidade de restrições à prática do proselitismo, a tentativa de converter pessoas a sua própria religião. Este assunto causou controvérsia durante a redação de diversos tratados de direitos humanos e leis nacionais – especialmente considerando que algumas religiões não aceitam a existência de um direito de mudar de religião, enquanto outras pregam o dever de converter outros como um de seus dogmas mais sagrados. Considerando que os choques entre culturas e religiões diferentes aumentam gradualmente no século vinte e um, as cortes internacionais têm um papel importante em estabelecer os limites a tais práticas para que pessoas e Estados possam regular sua conduta propriamente. O artigo visa clarificar os limites estabelecidos até hoje e facilitar tal regulação. A abordagem adotada pela autora para analisar a legalidade do proselitismo e de suas restrições foi realizada mediante exame da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), acompanhada de pesquisa bibliográfica e documental com o objetivo de investigar e explicar os critérios utilizados para restringir tal direito. A escolha da CtEDH pela autora justifica-se no fato de que esta possui uma vasta jurisprudência no assunto, ao contrário de outras cortes internacionais de direitos humanos. Cada caso paradigmático fornece alguns critérios que, se colocados juntos, permitem a criação de um quadro sobre a legalidade de restrições estatais ao proselitismo – mesmo considerando que a Corte nunca traçou claramente tal quadro. A partir da derivação dos critérios para tal restrição, conclui-se que a permissibilidade de restrições ao direito de proselitizar depende de diversas variáveis circunstanciais primariamente relacionadas com o potencial de coerção do receptor da mensagem. Outros aspectos relacionados a limitação do direito de proselitizar, contudo, continuam sem resposta.

**Palavras-chave:** Proselitismo; Corte Europeia de Direitos Humanos; Liberdade religiosa; Restrições a direitos.

**SUMMARY:** Introduction. 1. Kokkinakis v. Greece: a framework's sketch. 1.1. The Facts. 1.2. The right to try to convince one's neighbor in the European Convention. 1.3. The Court's decision through the application of the three step test on the limitation of rights. 2. Larissis and others v. Greece: the consolidation of (military) authority as a key factor. 2.1. The military. 2.2. The Civilians. 3. United Christian Broadcasters Ltd. v. UK and subsequent progress: religiously neutral prohibitions on proselytism. 4. Religious symbols and the "Proselytising Effect" at educational institutions. 4.1. Proselytism at educational institutions. 4.2. The "Proselytising effect". 4.3. The passive symbol. 5. An exception: Familiar Proselytism. Conclusion. References.

## 1. INTRODUCTION

Nowadays, it is an international consensus that the right to freedom of religion includes the right to change one's religion.<sup>1</sup> However, those changes

---

<sup>1</sup>Several international treaties recognize such a right. See, *inter alia*, UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), Article 18; UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, Article 18; Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, Article 9; Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, Article 12; Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter"), 27 June 1981, CAB/LEG/67/3

will not always merely be the consequence of personal intellectual or emotional causes: sometimes external factors such as the activities of persons, churches or institutions will be of great weight, if not decisive (LERNER, 1998).

The first case concerning freedom of religion to have come before the European Court of Human Rights (ECHR) discussed the issue of proselytism<sup>2</sup>, the right to attempt to change one's religion. This right involves more than the common conflict between Freedom of Religion and Freedom of Expression: it leads to a clash between aspects within the scope of the same right, as freedom of religion encompasses both the freedom to legitimately disseminate religious views (LERNER, 1998) and the right to be protected against religious coercion (HRCEE, 1994).

Such controversies are aggravated by the fact that what constitutes the sacred duty of evangelization for one group may be viewed by another as improper proselytizing (ROBECK, 1996). This happens due to the fact that while some creeds require its adherents to attempt to bring others to their faith<sup>3</sup> (KRISHNASWAMI, 1960), such activity may be highly offensive to people with a different belief (AN-NA'IM, 1996). In this sense, the term "proselytism" has, in many contexts, a decisive negative connotation.

As used in this article, proselytism means bearing witness to a religion (ECHR, 1993), a definition that avoids the notion of *per se* improper conduct. The objective of this article is the determination of what its limits are within the framework of the European Convention of Human Rights, which determination is critical to the achievement of greater toleration and pluralism. For that, a throughout study of the ECHR's jurisprudence, alongside a doctrinal analysis, will be performed.

## 2. KOKKINAKIS V. GREECE: A FRAMEWORK'S SKETCH

### 2.1 THE FACTS

The *Kokkinakis v. Greece* case (1993) was the first decision by international courts on the issue of change of religion. The Applicant, Mr. Kokkinakis, was a Jehovah's Witness arrested more than sixty times for proselytizing in Greece.

---

rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), Article 8.

<sup>2</sup>Judge Pettiti mentions on his Partly Concurring Opinion in *Kokkinakis v. Greece* that it "is the first real case concerning freedom of religion to have come before the European Court since it was set up" (ECDH, 1993).

<sup>3</sup>This can be seen, for example, in the Bible: "Go (...) and make disciples of all nations, baptizing them in the name of the Father and of the Son and of the Holy Spirit, and teaching them to obey everything that I have commanded you" (Matthew 28:19,20).

While in freedom, he and his wife called at Mrs. Kyriakaki's home and engaged in a religious discussion with her. Her husband, a cantor at an Orthodox Church, informed the police and the Kokkinakis were arrested. They were found guilty for attempting

[...] to proselytize (...) by taking advantage of their inexperience, their low intellect and their naivety. In particular, they went to the home of Mrs. Kyriakaki (...) and told her they brought good news; by insisting in a pressing manner they gained admittance to the house and began to read a book from the Scriptures (...) encouraging her by means of their judicious, skillful explanations (...) to change her Orthodox Christian beliefs.

This was the Court's understanding - even though Mrs. Kyriakaki clearly expressed that the discussion did not influence her beliefs. The Greek law prohibits proselytism,<sup>4</sup> understanding it as

in particular, any direct or indirect attempt to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion, with the aim of undermining those beliefs, either by any kind of inducement or promise of moral support or material assistance, or by fraudulent means or by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naivety (GREECE, 1939, article 2).

It also establishes that "the commission of such an offence in a school or other educational establishment or a philanthropic institution shall constitute a particularly aggravating circumstance" (GREECE, 1939, article 3).

## 2.2 THE RIGHT TO TRY TO CONVINCE ONE'S NEIGHBOUR IN THE EUROPEAN CONVENTION

Article 9 of the European Convention on Human Rights (Convention) encompasses the right to freedom of thought, conscience and religion:

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; *this right includes freedom to change his religion or belief* and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance [*emphasis added*].
2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection

---

<sup>4</sup>Especifically, Article 13(2) of The Constitution of Greece, 18 April 2001, available at: <http://www.hri.org/docs/syntagma/artcl25.html#A13>, accessed on 03.02.2017.

of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Although the Convention does not explicitly state that there is a right to disseminate one's religion<sup>5</sup>, the Court begins its ruling in *Kokkinakis* by stating that, without the right to try to convince one's neighbour through teaching, the right to change one's religion or belief would be a dead letter. Nevertheless, in democratic societies, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interest of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (EDGE, 1998). As in Article 9(2), those limitations need to comply with a three-step test, composed by three questions: (i) is the restriction prescribed by law? (ii) does it pursue legitimate aims? and (iii) is it necessary in a democratic society?

### **2.3 THE COURT'S DECISION THROUGH THE APPLICATION OF THE THREE STEP TEST ON THE LIMITATION OF RIGHTS**

Preliminarily, it is important to highlight that the Court jumped directly to the application of the three step test without analysing if improper proselytism is a form of manifestation protected by article 9(1). The legitimacy of a right's restriction under 9(2) is only at issue when that right is protected by the Convention. An alternative way of procedure could have been to ask whether the act of proselytism in question was a legitimate exercise of the right to manifest one's religion or belief.<sup>6</sup>

The Court first proceeds to the analysis of the Greek legislature forbidding proselytism and states that it is compatible with international standards and that the criteria adopted by it are reconcilable with the Court's criteria for distinguishing "bearing Christian witness" from "improper proselytism": While the former corresponds to an essential mission and a responsibility of every Christian, the latter represents a deformation of it. It may take the form of activities offering material or social advantages with a view to gaining new members for a Church or exerting improper pressure on people in distress or in need. It may even entail the use of violence or brainwashing, thus being incompatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others. Therefore,

---

<sup>5</sup>In opposition to the American Convention, which explicitly states that there is a right to disseminate one's religion. See Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, Article 12. Available at: <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, accessed on 03.02.2017.

<sup>6</sup>This was only done by the Court in 2013, in *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, nos. 26261/05 and 26377/06, 14 March 2013, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117127>, accessed on 03.02.2017. An analysis of this practice in *Kokkinakis* can be found in Evans (2001).

the Court understood that the prohibition of the Greek law was only applicable to what was understood as improper proselytism, which can be restricted under 9(2).

It must be highlighted that the Court's definition does not embrace all aspects included in the Greek legislation. However, as the law was explicitly considered an adequate way of curbing improper proselytism, its elements will be added to the courts understanding for the purposes of this paper.<sup>7</sup> The definition presented by the Greek law and the acquiescence by the Court are questionable for two main reasons: its haziness and its criminal character, whose combination is particularly dangerous.

The usage of the wording "any direct or indirect attempt" by the Greek law is questionable, seen that it provides a blanket prohibition on the right to proselytize, as noticed and criticized by some Judges in Court.<sup>8</sup> Moreover, the term "by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naivety" found in the law allows the state to arrogate to itself the right to assess a person's weakness in order to punish a proselytizer, which can lead to authoritarian interference. It is known that the Court reiterates on its jurisprudence that the wording of many statutes must not be absolutely precise,<sup>9</sup> but the Court also frequently considers that a law can only fulfill the foreseeability criteria "if formulated with sufficient precision to enable any individual to regulate his conduct".<sup>10</sup>

The haziness of the law is aggravated by its criminal sanctions. Even though other international courts demand the usage of restrictive and univocal terms in the formulation of criminal law,<sup>11</sup> the Court seems to ignore that the Greek law virtually implies a criminal sanction for lawful forms of expression. It may be

<sup>7</sup> Understanding what the Court meant by accepting the Greek definition on proselytism is particularly troublesome seen that it also took into consideration the previous decisions from Greek Courts to define proselytism. A criticism of this approach can be found in Gunn (1996).

<sup>8</sup> See, for example, Judge Pettiti on his Partly Concurring Opinion and Judge Valticos on his Dissenting Opinion in the *Kokkinakis v. Greece case*, judged by EDCH, on the 25<sup>th</sup> of May of 1993.

<sup>9</sup> See, *inter alia*, *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 2), 26 November 1991, Series A no. 217, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57583>, accessed on 03.02.2017.

<sup>10</sup> In *Ahmet Yıldırım v. Turkey* (no. 3111/10, ECHR 2012, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115705>, accessed on 03.02.2017), a law was considered inappropriate for resulting in a virtually unlimited interference on Freedom of Expression while not considering the collateral effects of restricting a large quantity of information. Therefore, the Greek law should have been considered inappropriate for producing arbitrary effects as the Turkish law was.

<sup>11</sup> The IACtHR notably did so in Castillo Petruzzi et al. v. Peru (IACtHR, 30 May 1999 §121, available at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_ing.pdf), accessed on 03.02.2017); Lori Berenson Mejía v. Peru, (IACtHR, 25 November 2004 §125, available at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_119\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_ing.pdf), accessed on 03.04.2017); Ricardo Canese v. Paraguai, (IACtHR, 31 August 2004 §124, available at [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_ing.pdf), accessed on 03.04.2017) amongst other cases.

asked whether the very principle of applying a criminal statute to proselytism is compatible with Article 9 of the Convention (PASQUALUCCI, 2006). Criminal sanctions provide an excessive burden to the proselytisers, especially the ones belonging to religious minorities.<sup>12</sup>

Despite the fact that it should have forestalled the analysis in the first prong as the national law was not adequately prescribed, the Court continued its analysis and found that no issues arose under the legitimacy of the aims pursued. However, it finally finds a violation of Article 9 on the grounds that the State's actions were not justified in the circumstances by a pressing social need. The Greek Courts have established the Applicant's liability by merely reproducing the wording of the law and did not specify how the accused had used improper means. According to the ECHR, "none of the evidence shows that Georgia Kyriakaki (...) was particularly inexperienced in Orthodox Christian doctrine, being married to a cantor, or of particularly low intellect or naivety". Therefore, the Court ended up doing exactly what Judge Pettiti criticized on his vote and assessed Mr. Kokkinaki's proselytism based on Ms. Kyriakaki's mentality while deciding one of the most polemic cases on its history.<sup>13</sup> Its understandings on this case are still applied, as it could be observed in the case *Jeovah's Witnesses of Moscow v. Russia* (2010), which bears considerable similarities with the *Kokkinakis* case.

### **3. LARISSIS AND OTHERS V. GREECE: THE CONSOLIDATION OF (MILITARY) AUTHORITY AS A KEY FACTOR**

Judge Pettiti highlighted the importance of expanding the Court's understanding on improper proselytism in *Kokkinakis*. An opportunity for this arose in 1988, when the case *Larissis v. Greece* was brought to the Court. The Applicants were officers in the Greek Air Force and followers of the Pentecostal Church, which adheres to the principle that it is the duty of all believers to engage in proselytism. They allegedly tried to convert three men: Mr. Antoniadis, Mr. Kokkalis and Mr. Kafkas. Mr. Antoniadis affirmed that he felt obliged to take part in religious discussions promoted by the Applicants considering that they were his superior officers. Very differently, Mr. Kokkalis was not under direct command of any of them. Regarding Mr. Kafkas, no Applicant ever approached him. Some civilians

---

<sup>12</sup> Concern expressed by Judge Pettiti on his Partly Concurring Opinion and Judge Martens on his Partly Dissenting Opinion in *Kokkinakis*. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>, accessed on 04.01.2017.

<sup>13</sup> Lerner (1998) points out that the division of the nine-judge Chamber and the criticism by legal commentators reflects and underscores the controversial nature of the case.

also complained about the Applicants' proselytizing activities. The Greek courts classified all aforementioned acts as improper proselytism.

### 3.1 THE MILITARY

The Court joined its judgment in *Kokkinakis* with its understandings of the military life, by stating that:

The Court notes that the hierarchical structures which are a feature of life in the armed forces may colour every aspect of the relations between military personnel, making it difficult for a subordinate to rebuff the approaches of an individual of superior rank or to withdraw from a conversation initiated by him. Thus, what would in the civilian world be seen as an innocuous exchange of ideas which the recipient is free to accept or reject, may, within the confines of military life, be viewed as a form of harassment or the application of undue pressure in abuse of power. (ECHR, 1988)

Aiming to avoid the risks that the superior-subordinate relationship can degenerate, the Court understood that, even if pressure is not consciously applied, any restriction to proselytism is justified. Thus being, all actions performed by the Applicants (including reading the Bible, polite encouragement, tenet explaining, questioning, criticism of other religions, delivery of papers) are, in the military context, improper proselytism.

The Court also found that "even Kafka, who said that was not coerced, must have felt to a certain extent constrained, perhaps obliged to enter into religious discussions with the Applicants, and possibly even to convert to the Pentecostal faith" (ECHR, 1988), thus proving that the target's opinion is irrelevant to assess proselytism. The Court attempts to disclaim its understanding by stating that "not every discussion about religion or other sensitive matters between individuals of unequal rank will fall within this category" (ECHR, 1988), but leaving unanswered what those permissible situations would be.

### 3.2 THE CIVILIANS

With specific regard to the complaining civilians, none of the evidence indicates that they felt obliged to listen to the Applicants or that their behavior was improper in any way because they are not linked by any superior-subordinate relationship. The Court stated that the civilians whom they attempted to convert were not subject to pressures and constraints of the same kind as the airmen, even though "the prestige of the officers' uniform may have had an effect even on

civilians".<sup>14</sup> This shows that only a very high degree of social authority could imply in the same "improper pressure" verifiable within the military environment.

It is important to highlight one specific civilian, Mrs. Zounara. Although she was in an "extreme state of distress" during her conversations with the Airmen, the Court did not find it established that her mental condition was such that she was in need of any special protection from the evangelical activities of the Applicants or that they applied improper pressure on her. Therefore, it remains unclear the reason why Ms. Kyriakaki's mental condition was an issue in *Kokkinakis* while Ms. Zounara's, which was considerably worse, was not.

#### **4. UNITED CHRISTIAN BROADCASTERS LTD V. UK AND SUBSEQUENT PROGRESS: RELIGIOUSLY NEUTRAL PROHIBITIONS ON PROSELYTISM**

In *United Christian Broadcasters Ltd v. UK* (2000), the ECHR found that prohibiting all religious bodies, regardless of their beliefs, from applying for a national radio license is not a violation of Article 10. Although this case was ruled on Freedom of Expression and lacks the word "proselytism", it fits the Court's definition and matters to our analysis. The Applicant was a charitable company whose aim is to promote religious broadcasting in the UK, thus intending to promote proselytism on the radio. By deciding favorably to the law that forbids any licensing to bodies with religious nature, the Court defined that proper proselytism can be completely prohibited if this prohibition is done in a non-discriminatory way.

This understanding was further developed in *Murphy v. Ireland* (2003)<sup>15</sup>, in which the Court stated that even the most innocuous<sup>16</sup> text, such as an event's announcement<sup>17</sup>, can be forbidden by a neutral law. It is important to highlight that even facially neutral laws may entail discriminatory effects (ECHR, 2014).

---

<sup>14</sup> This concern was expressed by Judge Valticos on his Partly Dissenting Opinion joined by Judge Morenilla in *Larissis*. Available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58139>, accessed on 03.04.2017.

<sup>15</sup> The case has some substantial differences, such as the fact that the Applicant could have otherwise advanced his views both orally and in writing, in the print media and in public assembly. He could also have appeared on radio and television and have transmitted the video by satellite and other means. However, this does not affect this analysis.

<sup>16</sup> This adjective was even used by the Government when it agreed that "the advertisement appeared innocuous and that it was to some extent simply informational".

<sup>17</sup> The advertisement curbed by the law has the following message: "What think ye of Christ? Would you, like Peter, only say that he is the son of the living God? Have you ever exposed yourself to the historical facts about Christ? The Irish Faith Centre are presenting for Easter week an hour long video by Dr Jean Scott Phd on the evidence of the resurrection from Monday 10th - Saturday 15th April every night at 8.30 and Easter Sunday at 11.30am and also live by satellite at 7.30pm."

## 5. RELIGIOUS SYMBOLS AND THE “PROSELYTISING EFFECT” AT EDUCATIONAL INSTITUTIONS

### 5.1 PROSELYTISM AT EDUCATIONAL INSTITUTIONS

In cases as *Folgerø and others v. Norway* (2007) and *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey* (2007), any proselytism at schools was considered misplaced proselytism.<sup>18</sup> The Court considered that educational institutions should not be an arena for preaching or missionary activities, but a meeting place for different religious and philosophical convictions where pupils could gain neutral knowledge about their respective thoughts and traditions in consonance with Article 2 of Protocol nº1 to the European Convention (A2P1). According to it, the students also have the right to be exempted from any slightly non neutral form of education:

No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.

The neutrality guaranteed by the A2P1 is not limited to the school curriculum, but also extends to “the school environment”. As primary and secondary schooling are compulsory, the State should not impose on pupils, against their will and without their being able to extract themselves, the symbol of a religion with which they do not identify (ECHR, 2009). In doing so, the respondent Government violated A2P1 and Article 9 of the Convention.

### 5.2 THE “PROSELYTIZING EFFECT”

The Court made an equivalence in *Dahlab v. Switzerland* (2001) between bearing oral witness and other religiously motivated actions. Therefore, it understood that the mere act of wearing an Islamic headscarf can be considered proselytism for generating a so called “proselytizing effect”. This finding is reflected by the facts of the case: a teacher was prohibited from wearing a headscarf while teaching because it would interfere with the religious beliefs of her pupils.

The Court understood that the measure was legitimate because, as school teachers are both participants in the exercise of educational authority and

---

<sup>18</sup>This term was firstly mentioned in 1976, when the Court heard the complaints of parents with strong Christian beliefs about compulsory sex education in Danish State Schools. However, the concept is not developed and the Court decided that the sex education lessons did not amount to indoctrination. See *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, Series A no. 23, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57509>, accessed on 03.05.2017.

representatives of the state, the State aimed to ensure its educational system's neutrality (and ultimately the neutrality of the State itself). Therefore, it held that

[even though] it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children, (...) it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran.

This case seems to outgrow the Court's understanding in *Larissis* and establishes that the sense of authority and the role-model perception can lead to improper pressure even between civilians. However, this justification does not apply, *inter alia*,<sup>19</sup> to the *Leyla Şahin v. Turkey* case, to which the Court provided the same decision. Ms. Şahin was a student at a university and, as pointed out by Judge Tulkens (ECHR, 2004)<sup>20</sup>, did not have the same influence in the school environment as a teacher so that the Islamic headscarf did not generate a proselytizing effect in the classroom. It was not worn as an ostentatious or aggressive measure to exert pressure, provoke a reaction or spread propaganda that could hurt the beliefs of others. Also, she was surrounded by adults, and not children, as Ms. Dahlab was.

This decision makes it unclear whether the authority of the teacher and the naivety of the children were really the key factors on which the Court based its understanding in *Dahlab* and *Şahin*. The motivations behind those cases are further obscured in *Lautsi v. Italy* (2009).

### 5.3 THE PASSIVE SYMBOL

In *Lautsi v. Italy* (2009), the ECHR ruled that the requirement in Italian law stating that crucifixes should be displayed in classrooms does not violate the European Convention. It states that there is no evidence that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils whose convictions are still in the process of being formed. In other words, to have a visible crucifix in a classroom was not enough to denote a process of indoctrination.

<sup>19</sup> Compare with *Köse v. Turkey* (dec.), no. 26625/02, ECHR 2006-II, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102151>, accessed on 03.06.2017; *Kervancı v. France*, no. 31645/04, 4 December 2008, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90048>, accessed on 03.06.2017; *Aktas v. France* (dec.) no. 43563/08, 30 June 2009, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055>, accessed on 03.06.2017; and *Ranjit Singh v. France* (dec.) no. 27561/08, 30 June 2009, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055>, accessed on 03.06.2017.

<sup>20</sup> See Judge Tulkens' Dissenting Opinion on *Leyla Şahin*, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956>, accessed on 03.06.2017.

The Court argued that a crucifix on a wall is essentially a passive symbol which implicitly does not affect the *forum internum* of the children, who would remain free to “believe or not believe”. It cannot be compared to the influence on pupils comparable to the one held by teachers, which would differentiate the *Lautsi* from the *Dahlab* case. However, the contradiction with Şahin is evident. The presence of crucifixes in schools is capable of infringing religious freedom and schoolchildren’s right to education to a greater degree than religious apparel that a teacher might wear. In the latter example, the teacher in question may invoke her own freedom of religion, which the State must also respect. The public authorities cannot, however, invoke such a right.<sup>21</sup>

As the Court ignored this while analyzing *Lautsi* (2009), it appeared to have evolved its *Dahlab* (2001) understanding and that having passive religious symbols within the classroom would now be allowed. This impression was proved wrong in 2014, when the Court reiterated its ruling on Muslim garment in *S.A.S. v. France* (2014).<sup>22</sup> This practice denotes a double standard whose analysis is beyond the scope of the present paper.

## 6. AN EXCEPTION: FAMILIAR PROSELYTISM

In all of its cases on proselytism, the Court pointed to the importance of protecting the recipient’s psychological health from the purported stress exerted by any authority perception during a proselytizing act. An exception to this principle could be observed in *Vojnity v. Hungary* (2013), which ruled on a parent’s right to try to attempt to convince his child to adopt his religion. The standard for this situation to substantiate a risk of actual harm is very high, and mere unease, discomfort or embarrassment which the child may have experienced on account of his father’s attempts to transmit his religious beliefs are not enough to amount to improper proselytism. Therefore, the Court considered it unreasonable to separate a child from his father only due to the latter’s proselytizing attempts seen that providing religious education is the parents’ right.

## CONCLUSION

In considering the European Court’s cases on proselytism presented throughout this paper, it is possible to observe the outlines of an emerging

---

<sup>21</sup> See Judge Malinvern’s Dissenting Opinion joined by Judge Kalaydjieva in *Lautsi*, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104040>, accessed on 03.06.2017.

<sup>22</sup> In this case, the Court ruled that the French ban on face covering did not violate ECHR’s provisions on right to privacy or freedom of religion.

framework. As every individual should be able to make a free and unrestrained choice on religious matters, the benchmark of this framework is the notion of coercion. This notion demands the analysis of four variables in order to draw the line between proper and improper proselytism<sup>23</sup>: The existence of any form of violence or threats (1); the possibility of abandoning the interaction (2); the characteristics of the recipient (3); and the characteristics of the message (4).

When it comes to the existence of any form of violence or threats (1), the more proselytism interferes with that ability to freely choose, the more improper the act is. Coercion exists in a variety of forms, but committing violent acts or threatening anyone with it is the most direct one. There was no case so far in the European Court in which the source acted violently towards the target, but this criteria is clearly established in *Kokkinakis*<sup>24</sup> and further reiterated.

It is also important to analyse the possibility of the listeners to abandon the interaction (2). In case of a so called “captive audience” – when simply leaving the speaker is not possible – even an apparently harmless speech becomes a form of coercion and improper proselytism. This happens when the target is either unable to leave a determined place or there is a good incentive to be in a good relation to the source (STAHNKE, 1999). Therefore, the confinement might take physical and psychological forms, being, in most cases, an association of them.

In *Larissis*, it was established that almost<sup>25</sup> any form of proselytism is improper in the military environment basically because the hierarchical relation is such that the target may not be able to exercise free choice in accepting or resisting the change in beliefs proffered by an hierarchically superior source. However, the authority constant in the military environment cannot be observed in the relationship between militaries and civilians and hardly amounts to improper proselytism.

A midterm on the notion of authority is observed in the educational environment due to its mandatory character. For the Court, any proselytism in schools can be considered misplaced proselytism<sup>26</sup> in any of the following three

<sup>23</sup> For a similar analysis regarding the United Nations framework, see Stahnke (1999).

<sup>24</sup> *Kokkinakis v. Greece*, §48, 25 May 1993, Series A no. 260-A, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>, accessed on 04.01.2017.

<sup>25</sup> The usage of the word “almost” derives from the following unclear paragraph of *Larissis*: “not every discussion about religion or other sensitive matters between individuals of unequal rank will fall within this category”. See *Larissis and Others v. Greece* §51, 24 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58139>, accessed on 03.04.2017.

<sup>26</sup> *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81356>, accessed on 03.05.2017.

forms: *through curriculum, teaching and the environment*. In *Folgerø*, the Court held that the school *curriculum* imposed on students needs to be religiously neutral or it would amount to a State's authoritarian indoctrination on children. In *Dahlab*, the Court established that due to a *teacher's* authority and the role-model perception, she should not be allowed to wear her Muslim headscarf, which would present a "proselytizing effect" towards children and influence on their beliefs.

This "effect" becomes controversial when it comes to the educational *environment*. In *Leyla Şahin*, the Court held that even when a student wears a headscarf amongst peers, it is still a form of improper and misplaced proselytism. The "proselytising effect" arises from the fact that the headscarf appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran. However, in *Lautsi*, the Court argued that the mandatory display of crucifixes in classrooms was not a violation of the environment's neutrality seen that it is a passive symbol.

As many scholars have observed, the Grand Chamber's judgment in *Lautsi* stands in tension with the court's judgment in Islamic garments cases (BHUTA, 2014) (DANCHIN, 2011). As it would confirm again in *S.A.S.*, the court thus construes the usage of religious symbols as an act of proselytizing when a Muslim headscarf is worn in a public school or university but not when the state itself officially adopts a Christian religious symbol in its public schools (MAHMOOD; DANCHIN, 2014). Therefore, the European jurisprudence is inconclusive when it comes to the impropriety of the "proselytizing effect".

It is also important to highlight that the naturally coercive relationship between parents and children is left untouched seen that they have the right to educate them according to their beliefs.

While analysing proselytism, it is also important to look at the characteristics of its target (3). Someone may be more susceptible to improper pressure when it is in distress or need, as presented in *Kokkinakis*. The amount of distress needed to cause improper pressure was yet not established by the Court, as observed in *Larissis*.

However, the target's perception seems to be irrelevant for the Court to analyse the properness of some act. Even though Mr. Kafkas affirmed in *Larissis* that he was not coerced by the source's discourse, the ECHR considered that they were submitted to improper pressure.

Even when there is no violence, no threats, no obligation on the interaction and no significant vulnerability on the recipient, the proselytising act may be

improper due to some characteristics on the message (4).<sup>27</sup> However, as was established in *Christians* and in *Murphy*, when the State's prohibition is neutral, this criteria does not need to be analysed.

The message can amount to improper pressure when it offers material and social benefits, or even happens within philanthropic institutions or hospitals (implicit content). The same happens when there are fraudulent methods implied on its contexts, such as lies or false pretexts. Some examples of normally allowed messages mentioned in *Larissis* are to read the Bible, polite encouragement, tenet explaining or questioning and delivery of papers.

This paper concludes that freedom of choice is a paramount consideration in order to draw the line between proper and improper proselytism. States must consider these criteria in order to establish a decision-making framework consistent with the principles of tolerance and respect.

However, some issues regarding the school environment and the source's characteristics remain unanswered and the Court is still unable to make explicit its interpretation of proselytism in relation to freedom of religion under Article 9.<sup>28</sup> Therefore, this study urges the Court towards clearer standards so that people can regulate their conduct, and the State, its restrictions.

## REFERENCES

- AN-NA'IM, A. A. Islamic foundations of religious human rights. *Religious human rights in global perspective: religious perspectives*, p. 352, 1996.
- BHUTA, N. Two Concepts of Religious Freedom in the European Court of Human Rights. *South Atlantic Quarterly*, 2014.
- DANCHIN, P. Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights. *Michigan Journal of International Law*, p. 6, 2011.
- ECHR. *Ahmet Yıldırım v. Turkey*, no. 3111/10, ECHR 2012, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115705>, accessed on 03.02.2017.
- \_\_\_\_\_. *Aktas v. France* (dec.) no. 43563/08, 30 June 2009, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055>, accessed on 03.06.2017.
- \_\_\_\_\_. *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V. available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22643>, accessed on 03.06.2017.
- \_\_\_\_\_. *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81356>, accessed on 03.05.2017.

<sup>27</sup> It is important to consider that this message does not need to be oral and is able to take form of any religiously motivated actions.

<sup>28</sup> Judge Pettiti on his Partly Concurring Opinion in *Kokkinakis*, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>, accessed on 04.01.2017.

- \_\_\_\_\_. *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9 October 2007, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82580>, accessed on 03.05.2017.
- \_\_\_\_\_. *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, no. 302/02, 10 June 2010, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99221>, accessed on 04.01.2017.
- \_\_\_\_\_. *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, no. 26377/06, 14 March 2013, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117127>, accessed on 03.02.2017.
- \_\_\_\_\_. *Kervancı v. France*, no. 31645/04, 4 December 2008. available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90048>, accessed on 03.06.2017.
- \_\_\_\_\_. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, Series A no. 23, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57509>, accessed on 03.05.2017.
- \_\_\_\_\_. *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>, accessed on 04.01.2017.
- \_\_\_\_\_. *Köse v. Turkey* (dec.), no. 26625/02, ECHR 2006-II, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102151>, accessed on 03.06.2017.
- \_\_\_\_\_. *Larissis and Others v. Greece*, 24 Feb. 1998, Reports of Judgments and Decisions I, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58139>, accessed on 03.04.2017.
- \_\_\_\_\_. *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, 3 November 2009, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104040>, accessed on 03.06.2017.
- \_\_\_\_\_. *Leyla Sahin v. Turkey*, no. 44774/98, 29 June 2004, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956>, accessed on 03.06.2017.
- \_\_\_\_\_. *Ranjit Singh v. France* (dec.) no. 27561/08, 30 June 2009, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055>, accessed on 03.06.2017.
- \_\_\_\_\_. *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, ECHR 2014, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>, accessed on 03.05.2017.
- \_\_\_\_\_. *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 2), 26 Nov. 1991, Series A no. 217, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57583>, accessed on 03.02.2017.
- \_\_\_\_\_. *United Christian Broadcasters Ltd v. United Kingdom*, 2000, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5521>, accessed on 03.05.2017.
- \_\_\_\_\_. *Vojnity v. Hungary*, no. 29617/07, 12 February 2013, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116409>, accessed on 03.05.2017.
- EDGE, P. The European Court of Human Rights and Religious Rights. *International & Comparative Law Quarterly*, 47, p. 680-97, 1998.
- EVANS, C. *Freedom of Religion under the European Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GUNN, J. Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights. In: JOHAN VAN DER VYVER, J. W. *Legal Perspectives*, 1996.
- HRCEE. *General Comment 22: Article 18 (Freedom of Religion)*. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1., 1994.
- IACtHR. *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, IACtHR, 30 May 1999, available at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_ing.pdf), accessed on 03.02.2017.

\_\_\_\_\_. *Lori Berenson Mejía v. Peru*, IACrtHR, 25 November 2004, available at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_119\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_ing.pdf), accessed on 03.04.2017.

\_\_\_\_\_. *Ricardo Canese v. Paraguai*, IACrtHR, 31 August 2004, available at [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_ing.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_ing.pdf), accessed on 03.04.2017

KRISHNASWAMI, A. *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub. 2/200/Rev. 1, U.N. Sales No. 60.XIV.2 , 1960.

LERNER, N. Proselytism, Change of Religion, and International Human Rights. *Emory International Law Review*, p. 477-562, 1998.

MAHMOOD, S.; DANCHIN, P. Religious Freedom in the Jurisprudence of the Egyptian and European Court of Human Rights. *South Atlantic Quarterly*, 2014.

PASQUALUCCI, J. Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 39, p. 379, 2006.

ROBECK, C. Mission and the Issue of Proselytism. *International Bulletin of Missionary Research*, p. 20, 1996.

STAHNKE, T. Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law. *BYU Law Review*, v. 1, p. 251-354, 1999.



## **IDENTIDADE, DEMOCRACIA E NARRATIVA: POR UMA ANTROPOLOGIA DO SUJEITO NA IDENTIDADE MODERNA**

### ***IDENTITY, DEMOCRACY AND NARRATIVE: FOR AN ANTHROPOLOGY OF THE SUBJECT IN MODERN IDENTITY***

Alanna Caroline Gadelha Alves

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – Cesupa

Loiane Prado Verbicaro

Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca, Coordenadora da Graduação e Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará.

**Submissão em 14/04/2017**

**Aprovação em 14/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.3392>

**Resumo:** O presente trabalho visa orientar o debate para uma construção epistemológica da antropologia identitária a partir do debate político (Norbert Elias), simbólico (Weber) e econômico (Marx e Engels; Barembliitt), integrado na representação de uma mutação dos processos de formação das identidades. A linguagem da interioridade, encontrada na afirmação democrática social, media o lugar do sujeito no Estado Moderno, ante o reconhecimento jurídico do “Eu”, moralmente autônomo, e parte de uma comunidade identificada pelo “Nós”.

**Palavras-chave:** Identidade Social; Democracia; Reconhecimento; Antropologia.

**Abstract:** *The present work aims at orienting the debate towards a epistemological construction of identity anthropology from the political debate (Norbert Elias), symbolic (Weber) and economic (Marx e Engels; Barembliitt), integrated in the representation of a mutation of the processes of formation of the Identities. The language of interiority, found in the social democratic affirmation, mediates the place of the subject in the Modern State, before the juridical recognition of the morally autonomous "I" and part of a community identified by the "We".*

**Keywords:** Social Identity; Democracy; Recognition; Anthropology.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O processo de formação de identidades: uma visão política, simbólica e econômica. 2.1. Dinâmica das identidades holístico-individualista. 2.2. Formas comunitárias e societárias: uma visão weberiana do processo de formação identitária. 2.3. Processo de libertação e consciência de classe: uma análise do movimento institucionalista e “social-científico” da identidade revolucionária. 3. A crise das identidades: o lugar do sujeito na democracia social. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A ruptura institucional que possibilitou o autogoverno popular insere-se em um contexto de apropriação pela burguesia de um discurso de racionalidade contrário às arbitrariedades de um regime estamental, aristocrático e irracionalmente estruturado na servidão e no privilégio do clero e da nobreza (VERBICARO, 2009).

A tomada de consciência da burguesia, influenciada, sobretudo, pelo método racionalista cartesiano, propiciou a legitimidade de um discurso de poder racionalista, secular e científico, em contraponto às visões metafísicas do mundo pré-moderno. Trata-se do uso da razão como libertadora do dogmatismo, da arbitrariedade, da autoridade medieval, da superstição e do fundamento trans-humanos do poder estatal. A propagação desses ideais foi tal que o espírito filosófico transpôs os limites da classe burguesa e se propagou aos meios populares. Nesse sentido, à luz do discurso de uma razão universal e sob a aparência de uma identidade de perspectivas, linguagens, objetivos e universos simbólicos, a burguesia promove, assim, a revolução francesa (1789), representando a vitória da racionalidade contra a irracionalidade. (VERBICARO, 2009).

Thomas Hobbes (2006) foi emblemático nesta transição. No desenvolvimento da sua teoria, traçou como premissa a realização dos microssujeitos antagônicos (*ego*) a partir da celebração (humana e racional) de um contrato instituidor do Estado Moderno (macrossujeito; superego todo-poderoso), propiciando, posteriormente, o surgimento de novos paradigmas políticos, igualmente racionais e humanos: 1) o modelo democrático liberal individualista; 2) o modelo democrático republicano, desenvolvidos nas ideias de John Locke (1999) e Rousseau (2007).

Ao longo dos séculos que se seguiram à concretização dos ideais democráticos, algumas variações ocorreram a respeito do tema democracia popular. Em meados do século XIX, Karl Marx transferiu a vontade geral, de Rousseau, para o proletariado, elegendo-o como a nova identidade coletiva (em oposição ao poder

burguês) e como motor determinante da mudança social emancipatória e revolucionária. Em contraste a esta perspectiva, a identidade coletiva esteve também identificada à ideia de nação soberana ou Estado-nação, o que propiciou o desenvolvimento de teorias nacionalistas e chauvinistas. Estas teorias opostas, o marxismo e o nacionalismo, culminaram, no decorrer do século XX, no surgimento de tipos antagônicos de identidade coletiva: o fascismo e o comunismo, ambos exemplos vivos da crueldade do homem para com o próprio homem em um mundo racional e civilizado (DALLMAYR, 2001, p. 11-19).

Esse é pano de fundo da discussão identitária que permeia os mais diversos campos, sejam eles sociais, políticos ou econômicos. No intuito de configurar um debate fértil no campo da construção imagética do “Eu-Nós”, a pesquisa desenvolve-se a partir do intercâmbio do processo político, simbólico e econômico do processo identitário. E após, reconhece na democracia um lugar de discussão do sujeito, mediante a relação de reconhecimento.

Inicialmente, discute-se a dinâmica das identidades holístico-individualista, pautada no processo de construção histórica que timidamente enuncia o modo de identificação do sujeito a partir do eixo político. Após, analisa-se as formas comunitárias e societárias que são fruto de uma racionalização do processo de identificação que se converte em um movimento imagético do “Eu-Nós”. Por fim, a discussão se consolida por meio do processo de libertação econômica e consciência de classe prefigurando uma consciência crítica de identificação, pela narrativa individual frente a dominação de classe.

Em seguida, a pesquisa analisa a ideia segundo a qual a crise das identidades cede lugar ao sujeito na democracia social, amparado pelo reconhecimento jurídico que, embora encontre limitações para a expressão valorativa do universal frente ao valor individual, apresenta-se como meio mais propício ao desenvolvimento de uma ética de reconhecimento. No cumprimento dessa reflexão, a pesquisa adota como referencial teórico as teorias sociológicas que se debruçaram sobre o tema da identidade, a saber: Norbert Elias, Max Weber, Marx e Engels e Baremblitt.

No intuito de promover uma reflexão crítica dos elementos constituintes da formação identitária, utilizou-se o método de revisão integrativa, restringindo-se o campo de debate às influências históricas e antropológicas de significação política, simbólica e econômica organizadas por meio de fontes bibliográficas com o propósito de organizar os significantes atravessados pelo atual lugar do sujeito na democracia social.

## 2. O PROCESSO DE FORMAÇÃO DE IDENTIDADES: UMA VISÃO POLÍTICA, SIMBÓLICA E ECONÔMICA

O processo de formação identitária, aparentemente, revela-se como fruto de uma construção simbólica proveniente da memória consciente de cada indivíduo decorrente de um percurso histórico natural e dissociado da representação cultural. A ideia de “pessoa”, a ideia do “Eu”, conforme expõe Mauss (2003 [1938], p.389), como constituição representacionista, precisa ser reinterpretada por uma visão mais precisa que convalide e reafirme o seu valor e sua história.

No intuito de pensar as figuras identitárias, e, sobretudo, fornecer elementos antropológicos e sociológicos, mais precisos que a mera abordagem convencional, tenta-se rastrear, neste primeiro momento, por meio de uma digressão histórica, as figuras pelas quais repousam as dinâmicas sociais condicionantes para a constituição da memória e da identidade do indivíduo. Conforme pontua Maurice Halbwachs, na iminência dos anos 20-30, a memória é sobretudo resultado de um fenômeno coletivo e social, sendo afetada pelo ambiente e modificando-se, a cada inter-relação. Assim o é com os modos de identificação, na medida em que a sociedade reorganiza-se economicamente, politicamente, historicamente, novas categorias de identidade são constituídas. A individualidade, portanto, é consequência, não causa de processos que alteram os modos de identificação (DUBAR, 2009).

Não havendo nenhum acordo entre historiadores, sociólogos ou antropólogos no que se refere ao processo de construção das formas identitárias, a reflexão que apresenta segue o método epistemológico de Dubar (2009), com ênfase na visão política (Norbert Elias), simbólica (Max Weber) e econômica (Marx e Engels) referente às bases teóricas de diversos campos científicos, mas que conversam entre si na discussão do “Eu” e das inferências sócio-históricas na construção da identidade moderna. Cabe observar que a ordem de exposição é proposital, uma vez que a crise das identidades aqui é apresentada como intimamente ligada, *a priori*, ao movimento econômico do século XX.

Claro que outras correntes filosóficas, teológicas e históricas produziram campos férteis para o desenvolvimento de novas formas de identidade. A Oração de Pico, apresentada por Charles Taylor, acerca da dignidade humana, já anuncia um novo modelo de distanciamento do homem com o sagrado, objetivando-se uma memória cada vez mais antropocêntrica e instrumentalizada (TAYLOR, 2005 [1994]), como diria Cassirer (1927), a natureza é devolvida a Deus, por intermédio do homem. Não esqueçamos das artes visuais e plásticas da Renascença italiana que anunciam um novo modelo identitário, a exemplo das obras de Vasari e Alberti, ratificando-se a descoberta da natureza e da construção de uma

memória, ampliada para além do sagrado, moldada também por Michelangelo que encontrara na ideia neoplatônica a aproximação do humano com a graça do sagrado<sup>1</sup> (TAYLOR, 2005 [1994]).

Para tanto, o lugar do sujeito é tragado pelo processo de civilização implicando ao sujeito uma sensação abstrata de identidade personificada na relação “Nós-Eu”, em que as normas individualizadoras de identificação, sobrepõem-se às formas de representação coletiva (DUBAR, 2009, p.26). Weber (1994) já dispunha que toda investigação sociológica deve ser adequada ao significado que a representa. Nesse sentido, o processo de racionalização intuído por Weber (1994) que contrapunha o vínculo comunitário e societário aos modelos de socialização, importam como essenciais na investigação de um pensar antropológico simbólico, ao mesmo tempo em que o processo de libertação talhado por Marx e Engels descreve uma interpretação da identidade a partir de dois polos de dominação de uma classe sobre outra, a partir da inversão de dominação, a partir do poder intrínseco do proletariado.

Nesse contexto, pretende-se investigar, por meio de Norbert Elias, as formas identitárias constituídas na relação holística e individualista, a exemplo de Mauss, que em seus estudos antropológicos, buscou traçar um mapa histórico e morfológico de construção da noção de pessoa em diferentes culturas e contextos até incidir no indivíduo moderno que para ele constitui-se como a forma acabada da pessoa (MALUF, 2013, p.135). Após, reúnem-se à pesquisa as formas comunitárias-societárias, representando o vínculo simbólico no processo significante do Eu e, por fim, os tipos de classificação social representados no colapso da produção feudal para a produção industrial.

## 2.1 DINÂMICA DAS IDENTIDADES HOLÍSTICO-INDIVIDUALISTA

Norbert Elias (1991) dispõe, em seu artigo de 1987, que as transformações de equilíbrio entre o Nós-Eu são evidenciadas apenas a partir de um discurso narrativo anterior do “Nós” que define e imprime uma memória no “Eu”, em contraposição à tradição gnosiológica. A sociedade e as personalidades se complementam e contribuem para o contar narrativo uma da outra, impondo-se um mo-

<sup>1</sup> Essa libertação da natureza em relação à tradição iconográfica também tem consequências para o lugar do sujeito. O artista que se propõe a imitar a natureza vê a si mesmo em contraposição ao objeto. Há uma nova distância entre sujeito e objeto, e estes estão claramente situados um em relação ao outro. A realidade manifestada na tradição icônica anterior, pelo contrário, não tem essa situação determinada; não pode ser definitivamente posicionada, nem dentro nem fora. Na nova arte, o espaço adquire importância, assim como a posição no espaço. O artista está olhando para o que retrata de determinado ponto de vista. Com a aquisição da nova perspectiva, a realidade mostrada é apresentada da forma como é vista de determinado ângulo. (TAYLOR, 2005, p.262)

vimento de evolução do desenvolvimento social em que o “eu” prevalece sobre o “Nós”, categorizado por Elias de processo de civilização. (MALERBA, 2004)

Dubar (2009, p.28), acerca do conceito de “Nós” e de “Eu” apresentado por Norbert Elias (1991), dispõe que o mesmo deixou de explicitar o que especificamente entendia por “Nós” e por “Eu”, o que possibilitou ao leitor uma ampliação de conceitos de categorização, não restando outra alternativa que não a definição do “Nós” como polo social e do “Eu” como polo individual, incorrendo, fatalmente, no evolucionismo, na ideia de processo. Diante desta consideração, Dubar (2009) entende que Elias (1991) propôs uma teoria de desenvolvimento social construída inicialmente por hordas e tribos nômades, após clãs e grupos étnicos em que o relato do “Eu” estava subjugado ao relato do “Nós” totalitário.

Nesse sentido, os indivíduos foram considerados por um longo período cronológico como desprovidos de qualquer consciência individual, pelos primeiros sociólogos (DUBAR, 2009). O Relato de si mesmo, só seria possível, inteiramente, a partir de um “Nós”, coletivamente definido e determinado anteriormente. Como destaca Dubar:

Pode-se assim supor a existência de uma configuração social que implica a dominação de uma forma de identificação particular a que chamarei ‘forma cultural’, num sentido (etnológico) preciso: os indivíduos são designados aí por seu lugar na linguagem das gerações e por sua posição sexuada nas estruturas de parentesco. Essa forma de identificação, se não é necessariamente a única, prima sobre todas as outras pelo fato de as relações sociais particulares imporem a dominação de um grupo ou categoria de pessoas sobre todos os outros: os ‘antigos’, que são ao mesmo tempo homens e membros da geração mais idosa (e, as vezes, do segmento dominante). (DUBAR, 2009, p.30)

Norbert Elias enuncia uma noção de pessoa inserida na diáde dirigentes e classes dominadas como fator determinante para a construção do processo de “evolução” das identidades do “Eu”, nos diferentes domínios de seu desenvolvimento consciente, adstrita ao poder político no contexto de inserção do indivíduo. O processo de civilização perpassa, dessa forma, tanto pelo autocontrole e autogoverno de si ante à dominação dos príncipes, recalando-se determinadas pulsões direcionadas para o exterior como proteção do “Eu”. Dubar (2009, p. 33) coloca que o processo de formação do “Eu” e do “Sujeito Moral”, conforme propunha Norbert Elias (1975, p. 250) em “A dinâmica do Ocidente”, se explica pelas limitações e eventualidades no processo de formação dos Estados Modernos, de “centralização do poder e da reconversão da violência exterior em ideal interior: a ação moral”.

Nesse sentido, Perls (1977) conversa com Norbert Elias (1991 [1939]), na medida em que este considera que o processo de formação do Ego se constitui, primeiramente, na obliteração da vontade diante do desespero da moral absoluta, frente a incerteza da moral relativa. O “Eu” se constrói, portanto, diante dessa agressão gerada no processo de discriminação do organismo, frente à discriminação introjetada do “bom” e do “mal” (Superego) em termos morais e que se refere, eminentemente, às escolhas do “Outro”, incorporadas pelo “Eu”. Naturalmente, tudo que não é abraçado pela fronteira do Superego é ruim, emergindo o perigo real, pois quanto maior a proximidade da fronteira, mais próximos “estão os vizinhos no espaço ou no espírito, maior o perigo da mistura entre eles, o que significa perigo de perder sua identidade” (PERLS, 1977, p.56), instituindo, por consequência, a agressão do “Eu”.

Descartes, no *Cogito*,<sup>2</sup> foi o primeiro a ressignificar o “Eu”, em sua concepção moderna, entretanto, tal empreitada custou-lhe um alto preço que, para Dubar (2009, p.35), se resume em três apontamentos: “primeiro, por causa do gênio maligno, o *Cogito* permanece proibido a Deus, a uma instância transcendente, garantia desse Eu; em seguida, o Eu é só: não há Outro como parceiro, não há raiz coletiva, enfim, o Eu é puro espírito<sup>3</sup>.” Kant (2004), na esfera político-filosófica, é quem mais se aproxima da concepção de Descartes de condição humana, por meio de seu processo de racionalização da ética, em que a moral é um olhar por si mesmo e significante da ideia de boa vontade, o outro é visto como um fim e não mais como um meio, a identidade é construída por meio de uma visão ética.

O surgimento da ideia de humanidade surge no humanismo ético porque pela primeira vez na história, o homem se sente pertencendo a um grupo só, que lhe atribui uma característica de igualdade, a saber, a possibilidade do uso devido da razão, isto é, a boa vontade no sentido da conduta do dever. O que reúne

<sup>2</sup> Descartes, em suas *Meditações Metafísicas*, chega à primeira verdade: “Penso, logo existo”. Segundo o filósofo, pode-se duvidar de todo o conhecimento, exceto de um: o próprio pensamento. Assim, “se duvido deste pensamento, estou pensando e se penso, logo, existo.” E “quanto mais duvido da verdade das coisas, mais evidente se torna a verdade do meu próprio ser.” E essa evidência exemplar do *Cogito* o faz irrefutável, é dizer, uma ideia clara e distinta. Donde pode-se tomar como regra que todas as concepções claras e distintas são sempre verdadeiras. (VERBICARO, 2011, p. 141-163).

<sup>3</sup> Descartes rejeitou totalmente essa forma teleológica de pensamento e abandonou por completo a teoria do *logos* ôntico. O universo devia ser compreendido mecanicamente, pelo método resolutivo/combinatório criado por Galileu. Essa mudança na teoria científica, como a chamaríamos hoje, envolveu também uma transformação radical na antropologia. A teoria das ideias de Platão implicava uma relação muito íntima entre explicação científica e visão moral. A pessoa tem a compreensão correta de ambas ao mesmo tempo, poderíamos dizer, ou de nenhuma das duas. Se destruirmos essa visão do *logos* ôntico e a substituirmos por uma teoria muito diferente da explicação científica, toda a descrição da virtude moral e do autodomínio também terá de se transformar. (TAYLOR, 2005 [1994], p.190)

o homem dentro de um mesmo grupo é que o mesmo é livre em relação à sua natureza.

Os séculos XVII e XVIII ensejam para o Ocidente um novo modelo de formação identitária, com a consolidação do Estado absolutista, centrado no monarca. A identidade passará por uma mutação como consequência de um novo “Nós”, marcado pela predominância do poder disciplinar e pela vigilância psicológica dos indivíduos. A “identidade cortês” dialoga com o “Nós-Eu” ao proporcionar um aprisionamento dos grupos sociais às instituições. Nobres, camponeses, aristocratas, todos estes movimentam-se em direção a uma nova formação social, enraizada no processo político. A identidade permanece como ‘identidade de outrem’ (DUBAR, 2009, p.37), entretanto, este outro permanece diante de uma ‘posição estatutária em função’. Os estatutos representarão não formas culturais diferenciadas, como expunha Dubar (2009), mas processos de categorização, onde cabe ao indivíduo dispor de comportamentos a serem mantidos para que conquiste uma forma identitária no Estado. Em termos políticos, a identidade estatutária representa a utopia de uma sociedade que interrompeu a continuidade e o respeito intergeracional e segmentou sua idade e inclusive a proteção da pessoa, conforme as expectativas políticas, sociais e econômicas de cada respectiva geração.

No século XIX, esse movimento estatutário determinará progressivamente o surgimento de uma identidade nacional, como reflexo do “Eu”. O processo de criação destas identidades permitirá, no século XX, o florescimento do extremismo nacional, reforçando-se, inicialmente, a consciência de uma urgente necessidade de higienização do Ocidente, corporificado no Holocausto.

Após a Segunda Guerra Mundial, o surgimento de inúmeros Estados-Nação e da Organização das Nações Unidas nos remete, portanto, a um segundo momento de reflexão: o processo de civilização, passa a reivindicar um “Nós globalizado” multifacetado pelos diversos movimentos sociais e categoriais, estatais e nacionais, como forma de proteção do “Eu”. O nacionalismo, neste momento, reveste-se de um novo modelo, agora de um “Nós localizado” submerso em “uma história imemorial e “Eus” identificados com seu grupo local e sua cultura” (DUBAR, 2009, p.39). Logo, a mudança social constrói um novo conceito de pessoa.

Da historicidade das formas identitárias de Norbert Elias, observa-se que o mesmo, ao inteirar o processo de transformação da autoconsciência, exclusivamente, pelo campo da política, estreou uma afinada compreensão do processo “Nós-Eu”, entretanto, o progressismo histórico deixa de observar a relação do “Eu” com o relato da memória, das relações econômicas e culturais dos modos de subjetivação da pessoa e suas implicações metodológicas ao estudo das iden-

tidades sociais e normativas, recaindo-se, inevitavelmente, numa armadilha evolucionista contada a partir de um único narrador: a história.

## 2.2. FORMAS COMUNITÁRIAS E SOCIETÁRIAS: UMA VISÃO WEBERIANA DO PROCESSO DE FORMAÇÃO IDENTITÁRIA

Weber propõe uma nova forma de perspectiva epistemológica dos processos sociologicamente interpretados, apoiada na racionalização da explicação histórico-cultural, impondo-se uma nova forma de subjetivação, contida no simbólico. Ao criticar as teorias naturalistas, em que o objeto de estudo é fruto de abstrações generalizantes da verdade, Weber indica um novo caminho a ser trilhado em superação ao “naturalismo conceitual”. O objeto, para Weber, deve ser reconhecido na medida que dialoga com os significantes e significados da ação humana, assim como da autocrítica do processo de formação identitária do indivíduo. Por conseguinte, o objeto é identificado como o “ato do sujeito do conhecimento” (CAMPOS, 2009, p.203).

Nesse sentido, Weber (1994) não utiliza o termo identidade na elaboração de seu estudo, mas de categorias de conceitos que podem significar esta forma de identificação do “Eu”. As formas comunitárias, portanto, enunciam uma identificação simbólica do “Eu”, fundada no sentimento de pertencimento à uma comunidade, seja por laços tradicionais ou emocionais. Para Weber (1994) há dois tipos de ação que contribuem, substancialmente, para a formação dos vínculos sociais: a força da tradição, evidenciada pelos laços sanguíneos e de filiação, e a força da identificação coletiva e emocional reforçada pela figura do líder influente e tendente a produzir laços propícios ao fortalecimento da comunidade.

As formas societárias, por sua vez, são constituídas nos diálogos motivados no cuidado e na compreensão de linguagens comuns. Estas formas societárias prefiguram como consequência da racionalidade axiológica e da racionalidade econômica, sendo a primeira estrutura elementar das relações de subjetividade dos valores e a segunda evidenciada pelas relações de câmbio econômico. Dubar (2009, p.42) acrescenta que a segunda se sobrepõe à primeira, mas não a anula, pelo contrário, age de maneira concomitante e motivacional para a investigação epistemológica das “individualidades históricas” e “agrupamentos sociais”, na medida em que funcionam como “compostos de valores e interesses, de relações comunitárias e societárias”.

Os Estados Modernos vão representar uma aproximação da nobreza à burguesia, determinando um fomento à racionalização do direito a partir do positivismo jurídico. As estruturas jurídicas estariam entrelaçadas ao avanço das grandes navegações e da complexidade social. Weber (2013) dirá que a base

do capitalismo será o direito moderno atrelado ao protestantismo. A religião, portanto, é precursora de um processo de racionalização para a dominação do simbólico, que para o pensador prefigura-se como mais importante que o real, vez que representativo da figura comunitária, por primazia. A identificação do sagrado, por intermédio de seu representante terreno, induz uma racionalização simbólica pautada no poder carismático imanente do mágico instituído pelo sobrenatural.

A reforma protestante contribuiu para a universalização do sagrado e propiciou uma ampliação do conhecimento anteriormente acessível apenas aos clérigos e autoridade religiosas, únicas responsáveis pela interpretação do texto sagrado. Com a tradução das Escrituras e sua disponibilização pela imprensa de Gutemberg, a interiorização da ordem simbólica pelo “Eu”, instituiu para Weber uma nova forma de racionalização, ante a separação da natureza e do sagrado. Consequentemente, novas relações de poder e de consciência da moral foram instituídas, a partir de uma reordenação simbólica e política, ante a universalização das religiões.

Esse encontro proximal com o sagrado germina uma aproximação do indivíduo com a sua condição sensível, afastando-o de sua representação comunitária e societária. Pela primeira vez, o “Eu” se distancia do “Nós”, o indivíduo começa a tomar consciência de si, como distinto do outro. A *beatitudo perfecta* passa a ser o fim do homem para o alcance de sua completa realização, na medida em que o mesmo se reconhece como pecador, cuja natureza é má, sendo apenas por meio da dispensação da graça e na perseverança em oração que o ser alcança a santificação (AGOSTINHO, 2004). A unidade moral da pessoa se apresenta unicamente por meio de um modelo de referencial mimético circunscrito ao cristianismo, prescrevendo “um trabalho de sistematização racional dos mandamentos éticos” (WEBER, 1994, p.488).

Além disso, Weber (2013) descreve um movimento do protestantismo para a introjeção do trabalho enquanto meio para a salvação. Assim, o trabalho é condição essencial para a dignificação do homem e categoria necessária para que o mesmo exerce a sua vocação no profano. Após, esse processo permitiu uma racionalização leiga motivada pelo crescimento econômico, cuja consequência desse processo propiciou a insurgência do empresário capitalista puritano. A igreja e diálogo com o novo processo narrativo de racionalização identitária, nesse sentido, responsabilizou-se por ditar os meios de salvação do homem, vez que figurava como única legítima pela interpretação fidedigna do texto sagrado, o que lançou as bases para a racionalização de uma nova identidade simbólica retratada pela identidade burguesa.

A figura histórica do empresário capitalista puritano, posteriormente, substituído pelo empresário-capitalista dispôs uma nova forma de identificação, pautada, *a priori*, na ação em detrimento da condição reflexiva de si. O fazer passou a representar a identidade do “Eu”, assim, a profissão desenvolvida, a figura social e comunitária, substituiu a internalização da consciência do “Eu” como ser representativo de pessoalidade e indivisibilidade. Os elementos que ora compunham a personalidade do ser, assumiu o lugar da identificação a partir do relato do exterior, extremado pelas interações sociais e motivado para as realizações práticas (DUBAR, 2009).

Esta racionalização puramente axiológica paulatinamente contribuiu para o progresso da economia capitalista e, consequentemente, incidiu no desencanto do mundo ante a morte do mágico, outrora representativo do divino, e o nascimento do empresário capitalista, amparado em suas ambições econômicas, representante de uma racionalidade econômica, exclusivamente instrumental (WEBER, 2013).

### **2.3. PROCESSO DE LIBERTAÇÃO E CONSCIÊNCIA DE CLASSE: UMA ANÁLISE DO MOVIMENTO INSTITUCIONALISTA E “SOCIAL-CIENTÍFICO” DA IDENTIDADE REVOLUCIONÁRIA**

O processo de racionalização econômica forneceu condições favoráveis ao desenvolvimento de uma nova classe social, a dos empresários capitalistas, responsáveis pela monopolização dos meios de produção e pela exploração das classes que a eles estavam vinculadas através da força de trabalho. O capital e a dominação de classe tornam-se temas recorrentes do século XIX, a partir de Marx e Engels e seu socialismo científico. O capital torna-se definidor das relações humanas e a divisão social e técnica do trabalho e do saber, apresenta-se como o modo em que as sociedades primitivas ou os povos e grupos leigos se organizam no sentido de autogerir sua comunidade de origem, orientados por uma ordem hierárquica e de gerência.

Por consequência, a divisão social será a função social que o indivíduo exerce na sociedade em que está inserido, ao passo que a técnica do trabalho e do saber seriam os meios e instrumentos de contribuição que cada indivíduo pensa a sua inserção no meio de trabalho do qual faz parte. Em segundo lugar, as ciências, disciplinas e seus *experts*, em geral, colocam-se a serviço das classes e dos grupos dominantes, na medida em que o conhecimento adquirido por eles tende a sobrepujar os conhecimentos destituídos de qualquer instrução organizacionalmente científica com seus métodos e técnicas autossegmentados por blocos dominantes e autogestionados pelas normas e visões impostas por estes.

Na era moderna, pós-moderna e contemporânea este saber e o saber-fazer das comunidades primitivas ou povos e grupos leigos acumulados pela sua experiência de vida, vêm sendo subjugado pelo conhecimento técnico e científico, de modo que, os *experts* ampliaram a sua ‘dominação’ sob o modo de condução dito mais adequado a estas comunidades primeiras ou aos povos e grupos leigos em geral. As leis, as normas, pautas e a divisão do trabalho humano seriam exemplos de instituições.

Na visão de Baremblitt (1992) não haverá demandas necessárias ou espontâneas e particularmente naturais das comunidades, mas sim algumas demandas questionáveis quanto a sua necessidade que advém de uma necessidade produzida pelo mercado de consumo e das teorias liberais de mercado, bem como pelo modelo de institucionalização perpetrado pelos *experts* ante a gestão imputada às organizações sociais, assim temos uma demanda modulada caracterizadora de uma condição mínima proveniente de um imaginário gerado pelo próprio sistema de poderes ambivalente de sociedade para sociedade.

As organizações, para Baremblitt (1992, p.29-30) passam a ser entendidas como “formas materiais, muito variadas, que compreendem desde um grande complexo organizacional tal como um ministério (...) até um pequeno estabelecimento”, integrada por um conjunto de estabelecimentos. Um exemplo de organização, segundo o autor, seriam os Ministérios da Justiça e Ministério da Fazenda. Estabelecimentos, por sua vez, seriam os locais em que as organizações se constituem, normalmente compostos por equipamentos<sup>4</sup> que proporcionam viabilidade ao funcionamento da organização. Exemplos de estabelecimentos seriam as escolas, um banco, um clube, um quartel. Os agentes são os entes que operacionalizam e gestam as organizações, estabelecimentos e manipulam os equipamentos, protagonistas das práticas que podem ser verbais, não verbais, discursivas ou não, teóricas e técnicas. As práticas passam a representar o ato de realidade.

Para o institucionalismo, as formas de organização social submetidas ou não à autoridade do Estado, representam as sociedades, sendo que as mesmas apresentam-se funcionalmente estruturadas por mecanismos de hierarquia e gerência da vida coletiva. Dizer que as instituições são lógicas e que podem estar formalizadas em leis ou normas ou que se manifestam em pautas, significa que as mesmas estão organizadas mediante normas estruturalmente pré-definidas, pré-ordenadas que atendem a uma determinada finalidade social, espacial ou

<sup>4</sup>Os equipamentos estão intimamente atrelados à técnica, enunciados como instalações, arquivos, maquinaria, podem ser tanto talhadas a partir de uma realidade material coincidente ao estabelecimento, bem como, podem constituir-se como grandes equipamentos de modo a formar um extenso sistema de máquinas, tais quais, a organização de massa (BAREMBLITT, 1992).

cultural. Destaque-se que tais instituições são anteriores à formatação solene de organização, advindas prioritariamente das comunidades auto-organizadas e autogeridas predominantemente pelo saber interno da sociedade analisada, complementado pelo conhecimento técnico e científico proveniente dos *experts*, de modo simultâneo e articulado. O instituinte surge como a força de transformação do instituído, o processo, caracterizado por Barembli (1992, p.32) como as “forças produtivas de códigos institucionais”, ao passo que o instituído é o resultado do investimento do instituinte, portanto, o resultado do processo. Dessa forma, o instituinte aparece como dinâmico enquanto o instituído como estático no processo de investimento.

Tanto, a função e o funcionamento são determinados pelos processos de exploração, dominação e mistificação incidentes no processo de formação das utopias sociais significantes dos desejos sociais institucionalmente modulados, caracterizando-se por instituintes. Então, a função apresenta-se a serviço das instituições, das organizações, estabelecimentos e práticas, de modo a determinar o objetivo natural, desejado, invariável e lógico das mesmas, sendo que o funcionamento é sempre instituinte, transformador, justiceiro e tende à utopia, conforme expõe Barembli (1992).

A produção é o novo, geração daquilo que persegue a utopia, sendo que funcionamento e produção são sinônimos. Reprodução é a tentativa de repetir o igual e reiterar o velho, o que nos faz chegar à conclusão de que a reprodução não acompanha o processo das transformações sociais. A antiprodução é o que caminha na contramão da produção, da função, do instituído e da reprodução, sendo, portanto, operativa para acompanhar as funções sociais.

Partindo desse pressuposto, dois conceitos devem ser apresentados a fim de decodificar o modo de atuação das instituições: o atravessamento e a interpenetração, que produzem no indivíduo um novo formato de identificação. O atravessamento é a interpenetração das funções das várias organizações, a nível da função e da reprodução, ao passo que a transversalidade apresenta-se como a interpenetração a nível do funcionamento das várias instituições, a saber: do instituinte, do produtivo, do revolucionário e do criativo. Então, para a análise institucional, a constituição da subjetividade passa primeiro pela oferta e após pela encomenda, sendo que agir com uma identidade revolucionária é analisar as implicações antes de responder às encomendas, sendo a democracia meio para que a autonomia se estabeleça.

Para Marx e Engels, a libertação das identidades só ocorrerá por meio do socialismo científico fluido na consciência do processo de dominação da classe proletária rompida exclusivamente pelo processo revolucionário de libertação

transformador dos “Eus” aprisionados ao movimento econômico e institucional em “Eus críticos, multidimensionais e livremente associados (‘reflexivos’)” (DUBAR, 2009, p.70).

### **3. A CRISE DAS IDENTIDADES: O LUGAR DO SUJEITO NA DEMOCRACIA SOCIAL**

A democracia inicia uma nova forma de reconhecimento do sujeito na economia capitalista, sua identidade não está mais memorada na individualização por categorias, se estende para todos os campos sociais, políticos e econômicos constituindo-se objeto de proteção talhada por uma moldura jurídica representativa de sua condição de pessoa. Tocqueville, ao observar os movimentos comportamentais dos americanos em democracias distintas, América e Europa, percebeu que tanto o modelo aristocrático quanto o modelo democrático propiciam o surgimento de respostas comportamentais diferentes, ante o fundo e a forma de implicação no sujeito. Para Tocqueville,

Os homens que vivem nos séculos democráticos não compreendem facilmente a utilidade das formas, sentindo por elas um desdém instintivo (...) As formas provocam o desprezo e, a seguir, o ódio. Como aspiram habitualmente apenas a prazeres fáceis e presentes, eles [os indivíduos] se lançam impetuosamente em direção ao objeto de seus desejos; os mínimos detalhes os exasperam. Esse temperamento que transpõem para a vida pública os indispõe contra as formas que retardam ou paralisam, dia após dia, alguns de seus projetos<sup>5</sup>. (TOCQUEVILLE, 1990, p.274-5)

Tocqueville (1990), assim, dispõe que o indivíduo democrático é movido a pulsões, sendo o estímulo ao prazer característica marcante de sua individualidade. As regras e normas, por menores que sejam, tornam-se componentes de coerção ante à barreira do prazer que transportam. O modelo de democracia traduz uma linguagem de liberdade irrefreada do “Eu”, sem um componente de identificação que imprima um modelo imagético de imitação da condição social, o indivíduo é seu próprio referencial. Nas sociedades aristocráticas, por sua vez, ante o modelo de comunidade, cada um possui um modelo de identificação, condicionado à nação, como forma de “exprimir respeito ou marcar sua benevolência”, à identidade cortês (TOCQUEVILLE, 1990, p.183).

---

<sup>5</sup> *Les hommes qui vivent dans les siècles démocratiques ne comprennent pas facilement l'utilité des formes, se sentant pour eux un dédain instinctif (...) Les formes provoquent le mépris, puis la haine. Comme d'habitude seulement aspirer à des plaisirs et des cadeaux faciles, ils [les individus] sont impétueusement jeter vers l'objet de ses désirs; les moindres détails de la exasperate. Ce tempérament transposition dans la vie publique du indispõe contre les formes qui ralentissent ou paralyser, jour après jour, certains de ses projets* (Tocqueville 1990 p.274-5) (tradução livre)

Na crítica de Haroche (2008, p.89), Tocqueville “deseja que o estado democrático reconheça a necessidade de se conformar a modelos fixos, à obrigação de respeitar as convenções, às maneiras comuns destinadas a fortalecer o laço social entre os homens”. O lugar do sujeito na democracia e a liberdade se confundem, na medida em que, ser livre, na visão do senso comum é não ter fins, ser sujeito é exercer todas as potencialidades do “Eu”, em detrimento do referencial de liberdade circunscrita à escolástica (AQUINO, 2005-2012) que dirá que a liberdade entre possibilidades é não ser escravo das paixões, pois a vontade está intimamente relacionada à liberdade, lembrando que a vontade é a capacidade de se automoldar. As identificações em demasia, dirá Freud (1920), umas conflitantes com as outras, possibilita à ruptura do “Eu”, incidindo em resultados patológicos sérios, na medida em que o “Eu” (Percepções) está sob influência das pulsões (Isso). Para compreender melhor esta percepção humanística, Douzinas nos intrui:

Jean-François Lyotard notoriamente definiu a condição pós-moderna como sendo a exaustão e o ceticismo diante das grandes narrativas, entre as quais a narrativa histórica hegeliana é a mais grandiosa de todas. Porém, a discussão de Fukuyama indica que a ‘revolução liberal mundialmente difundida’ reinvindicou a posição de universal e anunciou a utopia, iluminada por luzes néon, divulgada por Saatchi & Saatchi e disponível na internet. Será a nova ordem mundial o Estado ético de Hegel? O capitalismo liberal era o destino da história? Não vamos tentar responder a isto, mas apenas dizer que, quando o hegelianismo se torna um tipo de jornalismo filosófico, ele desenvolve um sabor bem amargo. Uma versão mais modesta da teoria hegeliana pode ser empregada, no entanto, como um corretivo para a concepção monológica dos direitos e da personalidade idêntica a si mesmo da tradição liberal. (DOUZINAS, 2009, p.279)

O processo de formação das identidades, paulatinamente desvinculou-se da esfera da moral e encontrou seu reconhecimento em outras esferas de atuação política e econômica. A narrativa do eu é validada pelo reconhecimento do outro. Como Hegel dispunha, o desejo de ser, de permanecer no próprio ser só se satisfaz na medida em que é reconhecido pelo “Outro”. Entretanto, esse “Outro” não assume unicamente a forma do humano, ele molda-se na medida em que reconhecido por outras esferas de formação social, percorrendo desde a entidade familiar até o Estado, em suas diversas esferas de atuação. Em verdade, os direitos, reconstruem politicamente uma comunidade, na ordem simbólica (DOUZINAS, 2009, p.25).

A essencialidade do sujeito, pelo viés althusseriano, assume a forma de uma ideologia jurídica por meio da operação do “dispositivo ideológico” que invade

não apenas a economia, mas contrapõe uma representatividade da vida socio-cultural. Partindo de uma análise histórica da força do trabalho no movimento econômico capitalista e pré-capitalista, percebe-se que esta saiu de uma relação forçada e assumiu o status de forma contratual, cabendo ao direito regulamentar as normas que regerão este contrato de trabalho, a forma jurídica assume postura delimitadora da igualdade dos sujeitos de direito e prática dos atos de vontade (SAES, 2012).

Cabe observar que, se de um lado a vontade universal se manifesta no sistema jurídico, a vontade individual de poder, dialoga com a individualidade e pessoalidade de cada um. A universalização do “Nós” suprime o “Eu” que outrora via-se classificado por estatutos e agora, exprime-se por identidades rígidas delimitadas pelo sistema jurídico. A liberdade e a vontade apresentam-se como paradoxos, uma vez que o direito, primeiro, cria determinados direitos ao mesmo tempo em que os restringe à uma determinada categoria de sujeitos, com características semelhantes de reconhecimento jurídico, de aplicabilidade ao trabalhador e ao empresário, ao ofensor e ao ofendido. Essa fórmula jurídica tem um caráter normativo ao mesmo tempo em que se converte em um dispositivo ideológico, como opunha Sales (2012), que para Miller (1972) contribuem para a formação de um quadro de “subjetividades submissas”, cuja manutenção da ordem socioeconômica tende a manter, cujo significante atua como representante do sujeito para outro significante. Para Douzinas:

A abordagem ética do reconhecimento jurídico parece falhar em seu momento mais crucial, precisamente quando surgiu a expectativa de que as primeiras concepções parciais e formais de lei e direitos seriam transcendidas por uma ética do cuidado mais inclusiva. Sem esse movimento, as relações e os direitos legais permanecem em seu estágio e formulação kantianos e se abrem para a devastadora crítica de Hegel. (...) Para retificar esse problema Honneth suplementa Hegel ao introduzir um terceiro tipo de reconhecimento, ao qual ele chama de solidariedade. Uma personalidade baseada em solidariedade possui todos os elementos do reconhecimento jurídico, mas desfruta adicionalmente de estima social, um reconhecimento de suas características e qualidades particulares desenvolvidas no interior de seu grupo e comunidade. Uma sociedade baseada em solidariedade introduz direitos econômicos e sociais na lei e tenta mitigar o formalismo jurídico ao dirigir-se a necessidades sociais e histórias de vida reais. (DOUZINAS, 2009, p.285)

O processo de formação das identidades para Honneth (1949), na democracia social, só é fortalecido quando sustentado por um padrão de reconhecimento intersubjetivo-estruturado para além das categorias de reconhecimento jurídico,

que para Hegel deveriam permanecer intactas, ante o progressivismo histórico representado no *Geist*. Ressalte-se que a denominação “intacta” não é sinônimo de inerte, pois o reconhecimento das identidades do “Eu” firmam-se na representação de um “Eu” autônomo que se movimenta e conversa com o “Nós” na capacidade que lhe é conferida pelo sistema jurídico de perseguir na satisfação de suas demandas individuais, ante os direitos e deveres que se estende a todos. Este reconhecimento do “Eu”, portanto, só é possível em uma comunidade que tem legislação participativa e dialógica.

A centralidade moral na luta pelo reconhecimento não pode ser negligenciada quando avaliado o processo de formação identitária. O Estado representativo do lugar do sujeito em todas as suas potencialidades e garantidor de sua individualidade, representa uma construção narrativa que se dá para além do Espírito, confluindo-se com todo o movimento histórico, social, político e econômico. É a crise da identidade que possibilita o confronto e o enfrentamento jurídico de reconhecimento intersubjetivo, e esse lugar só é alcançado mediante o *ethos* do estado social democrático.

## CONCLUSÃO

O homem caminha rumo ao processo de identificação do “Eu” paulatinamente tanto pela autoconsciência quanto pela autocritica. Esse caminho, se constrói, aparentemente, por meio de seu relato narrativo de si e de seu tempo cronológico, entretanto, essa história, pelo senso-comum, é contada a partir de um único narrador que julga-se não afetado pelos movimentos sociais, políticos e econômicos que o circunda. O processo de transformação desse “Eu”, distinto do “Nós” que, primeiramente, aparece como um estranho, um “Outro” que não nos é reconhecível, pelas luzes da história, do simbólico, da economia aos poucos começa a ganhar uma identidade, que também é parte do “Eu” narrado e da memória construída.

A construção política na formação das identidades, observa-se em Norbert Elias, por meio de um processo civilizador como referência de uma exigência de formalidade no comportamento, a identidade cortês é sustentada como representativa do “Eu”, ante um “Nós” que se identificava no processo de formação dos Estados Modernos.

Após, mediante um processo de construção simbólica, a identidade referencia-se a partir de um vínculo de racionalidade que é encontrado tanto na racionalidade axiológica enfrentada pela relação de valor moral, quanto na racionalidade econômica que é evidenciada pelo processo de troca comercial. O vínculo

social é encontrado no ato da ação social que repousa na tradição encontrada na cultura e nos laços consanguíneos, assim como na identificação coletiva e racional enunciada pelo líder carismático. A reforma protestante, assim, induz uma nova dimensão de encontro com o sagrado, a religião é colocada por Weber como responsável pelo processo de uma nova construção identitária, a do empresário puritano.

Marx e Engel, assim como Baremblitt, diante de uma ordem econômica prefiguram o capital como agente mobilizador de uma nova ordem identitária e colocam o proletário diante de uma dominação de classe. O homem é questionado como sujeito e passa a ser definido como estrutura socioeconômica, em detrimento da figura do homem como sujeito de direitos, sustentado pela modernidade, o homem para Marx é posto como suporte da estrutura socioeconômica e do capital, sendo o socialismo científico, precondição para que o “Eu” encontrado na dimensão de dominação, se desconstrua e revele “Eus” individuais encontrados para além das categorias jurídico-normativas.

A democracia, na dimensão moderna, prefigura como aquela que permitirá ao “Eu” um autêntico relato de si mesmo, mesmo diante da crise das identidades, na medida em que a ética da solidariedade (HONNETH, 2009) permite ao homem o encontro com a individualidade imersa no coletivo, encontrado no reconhecimento do Estado social democrático, a identidade nesse sentido é pré-condição da Alteridade de um sistema jurídico legislado para todos.

## REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. *Confissões*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2004.
- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2005-2012.
- BAREMBLIT, Gregorio F. *Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.
- CAMPOS, Daniel Vasconcelos. *Racionalização e Racionalismo na Teoria de Max Weber*. Teoria e sociedade, nº17.1, janeiro-junho, 2009. Disponível em: <[https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/939565/mod\\_resource/content/1/weber2.pdf](https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/939565/mod_resource/content/1/weber2.pdf)>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.
- DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugida: algumas reflexões modernas e pós modernas. In: SOUZA, Jossé (org.). *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.
- DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. In: Coleção Os Pensadores. Tradução Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Brasil Cultural, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Discurso sobre o Método*. São Paulo: Hemus, 1975.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUBAR, Claude. *A crise das identidades: a interpretação de uma mutação*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

DURKHEIM, Emile; MAUSS, Marcel. *Algumas formas primitivas de classificação. Contribuição para o estudo das representações coletivas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1981.

ELIAS, Norbert. *La Dynamique de l'Occident*. Paris: Calmann - Lévy, 1975.

\_\_\_\_\_. *La Civilisation des mouers*. Paris: Calmann - Lévy, 1991.

\_\_\_\_\_. *La Société des individus*. Paris: Fayard, 1991.

HAROCHE, Claudine. *A condição sensível: formas e maneiras de sentir no Ocidente*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2008.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje. In: SOUZA, Jossé (org.). *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

\_\_\_\_\_. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos morais*. São Paulo: Editora 34, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura: texto integral*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOCKE, John. *Ensaio sobre a Verdadeira Origem, Extensão e Fim do Governo Civil*. Lisboa: Edições 70, 1999.

MALERBA, Jurandir. *A influência intelectual de Norbert Elias*. Lopes, M. A. Grandes nomes da história intelectual. São Paulo: Contexto, 2003.

MALUF, Sônia Weidner. *Por uma antropologia do sujeito: da Pessoa aos modos de subjetivação*. Campos - Revista de Antropologia Social, v.14, n.½ (2013). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/campos.v14i1/2.42463>>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

MILLER, Jacques Allain. *Ação da estrutura*. Tempo brasileiro, n. 28, janeiro-março, 1972, 2<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro.

PERLS, Frederick S. *Isto é Gestalt*. São Paulo: Summus, 1977.

RÉMOND, René. *Introdução à História de nosso tempo: do antigo regime aos nossos dias*. Lisboa: Gradativa, 2. ed., 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martins Claret, 2007.

SAES, Décio Azevedo Marques. *O lugar da noção de sujeito na sociedade capitalista*. Revista Lutas Sociais, n.29, 2012. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/lst/article/view/18474>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: A construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *La Democratie en Amérique*. Paris: Vrin, 1990.

VERBICARO, Loiane Prado. O Racionalismo e a Construção da Verdade em René Descartes. In: DIAS, Bárbara; DARWICH, Ana. (org.). *Direito e Democracia. Estudos sobre o ativismo judicial*. São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. *As Teorias Democráticas à luz dos Direitos Humanos*. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UNB, 1994.

\_\_\_\_\_. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

## **MOBILIDADE GUARANI E TERRITORIALIDADE NAS FRONTEIRAS DE MATO GROSSO DO SUL: O PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO**

### ***GUARANI MOBILITY AND TERRITORIALITY IN MATO GROSSO DO SUL BORDERS: THE COMMUNITARIAN-PARTICIPATORY PLURALISM***

Antonio Hilario Aguilera Urquiza  
Doutor em Antropologia pela Universidade de Salamanca-Espanha

Luyse Vilaverde Abascal Munhós  
Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul -UFMS

**Submissão em 03/04/2017  
Aprovação em 25/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.3311>

**Resumo:** De acordo com o direito comunitário Guarani, a mobilidade ao longo do território ancestral é uma prática milenar conhecida como “Oguata Porã”, e possui grande carga axiológica para a comunidade tradicional, além de representar um instrumento de harmonia comunitária praticado em função da resolução de litígios. Ocorre que a mobilidade territorial, da forma como é praticada por esses povos tradicionais, não é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro como elemento pertencente à conjectura social costumeira da comunidade. Por isso, é tratada como mera circulação informal, fato gerador de marginalização legislativa e judiciária, impossibilidade de desenvolvimento segundo seus princípios tradicionais, e inacessibilidade a hospitais, saneamento básico, alimentação complementar e educação. O objetivo da pesquisa é investigar a concretização dos direitos comunitários e participativos consagrados na juridicidade Guarani, bem como debater sua violação e não contemplação pelo ordenamento jurídico nacional. A metodologia de execução consiste na pesquisa bibliográfica e documental, a partir da análise dos bancos de dados oficiais; e na pesquisa de campo, composta por visitas à aldeia Te'yikue (Caarapó/MS) para observação, entrevistas e recolhimento de dados a respeito da marginalização sofrida por estas famílias protagonistas da mobilidade. Os resultados revelam a necessidade em denunciar o desrespeito à prática milenar da mobilidade territorial, bem como a dificuldade de se garantir o direito à auto-organização e

à diversidade cultural, já positivados na Constituição Federal de 1988. Tendo em vista que o Estado monista rearticula ferramentas que perpetuam a dominação jurídica, a realidade comunitária, coletiva e ancestral das comunidades guarani acaba por ser ignorada, fato que impede que possibilidades alternativas de produção jurídica sejam produzidas fora do ente estatal. A conclusão que se afere é a extrema dificuldade em reconhecer a hierarquização do ordenamento jurídico nacional frente à reivindicação indígena pelo reconhecimento de suas estratégias comunitárias, desenvolvidas como meios de sobrevivência frente a um Estado monista calcado na ideologia liberal colonial.

**Palavras-chave:** Fronteiras Étnico-Culturais; Monismo Jurídico; Povo Guarani; Juridicidades alternativas.

**Abstract:** According to communitarian Guarani right, the mobility over the ancestral territory is a millenarian practice known as "Oguata Porã", and has a grand axiological cargo to the traditional community, besides representing an instrument of communitarian harmony practiced for the resolution of disputes. It occurs, though, that territorial mobility, in the way that it is practiced by these traditional people, is not recognized by the Brazilian legal order as an element that belongs to the customary social conjecture of the community. That is why it is treated as a mere informal movement, a fact that generates legislative and judicial marginalization, impossibility of development in accordance with their traditional principles, and inaccessibility to hospitals, basic sanitation, complementary food and education. The objective of the research is to investigate the realization of the community and participatory rights contemplated in the Guarani judicial order, as well as to discuss the violation and not contemplation of such rights by the national legal order. The methodology of execution consists in a bibliographical and documental research, from the analysis of the official databases; and in field research, composed of visits to the native village of Te'yikue (Caarapó/MS) for observation, interviews and data collection regarding the marginalization suffered by these families that are protagonists of mobility. The results reveal the need to report the disrespect of the age-old practice of territorial mobility, as well as the difficulty of guaranteeing the right to self-organization and cultural diversity, already affirmed by the Federal Constitution of 1988. Given that the monist State re-articulates tools that perpetuate legal domination, the communitarian, collective and ancestral reality of the Guarani communities ends up being ignored, a fact that prevents that alternative possibilities of legal production are produced outside the State entity. The conclusion is that it is extremely difficult to recognize the hierarchy of the national legal system in the face of the indigenous claim for the recognition of their community strategies, developed as means of survival against a monist State based on the colonial liberal ideology.

**Keywords:** Ethnic and cultural borders; Juridical monism; Guarani people; Alternative Juridicities.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Cosmologia Guarani e Territorialidade. 3. Juridicidade Alternativa e a Prática do Oguata Porã. 4. A Constituição Brasileira de 1988 e o Reconhecimento do Multiculturalismo. 5. Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo na América Latina; 6. Tekoha Te'yikue: o não reconhecimento das práticas comunitárias Guarani. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa que gerou este artigo integra um projeto de pesquisa mais amplo: "Fronteiras, Étnico-Culturais – Análise do Tráfico e Migração de Pessoas nas Fronteiras de Mato Grosso do Sul", cuja interdisciplinaridade tem como propósito pesquisar as facetas do tráfico e migração de pessoas nas regiões de fronteira

do estado de Mato Grosso do Sul, com enfoque na reivindicação indígena pelo reconhecimento de suas estratégias comunitárias, desenvolvidas como meios de sobrevivência frente a um Estado monista calcado na ideologia liberal colonial.

No que tange ao âmbito do Direito, a pesquisa propõe a análise dos desdobramentos do Constitucionalismo Latino-Americano, bem como denuncia a marginalização legislativa e judiciária sofrida pelos povos indígenas em um contexto de interculturalidade.

O objeto da pesquisa parte da dinâmica e mobilidade dos povos Guarani (Kaiowá e Ñandeva), protagonistas de deslocamento territorial na fronteira entre Paraguai e Brasil. Ocorre que a colonialidade do poder inviabiliza o cultural exercício da mobilidade territorial, de modo que as famílias que a praticam acabam por ser vítimas de marginalização legislativa e judiciária, exclusão social, impossibilidade de desenvolvimento segundo seus princípios tradicionais, e inacessibilidade a hospitais, saneamento básico, alimentação complementar e escola.

O fato é que o Estado, amparado no princípio da soberania nacional, não aceita a convivência no mesmo território de diferentes sistemas jurídicos, elaborando normas e conceitos para submeter às populações indígenas a sua lei, desrespeitando a diversidade cultural, social e jurídica dos povos (SOUZA FILHO, 1999, p.71).

Diante da necessidade da instrumentalização de políticas de tolerância à diferença, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) criou, em 1989, a Convenção nº169 sobre Povos Indígenas e Tribais, em que estipula mecanismos normativos para preservar e garantir a existências dos setores populares subalternos às elites políticas neoliberais dentro do próprio território estatal.

A Convenção nº 169 reconhece a identidade indígena e estabelece a criação de instrumentos estatais de participação política desses povos, além de designar obrigações jurídicas aos Estados signatários.

As normativas dos organismos internacionais, como OIT e ONU, influenciaram a ocorrência de reformas constitucionais nos sistemas jurídicos latino-americanos, como exemplo das Constituições do Equador e da Bolívia, de forma a consagrar uma sociedade intercultural e reafirmar o pluralismo jurídico, o qual demonstra que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o direito e abre escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários (WOLKMER, 2013, p. 19, 42).

O estudo em tela se propõe a investigar a concretização dos constitucionalismos pluralistas e interculturais na América-Latina; avaliar a tensão interna entre o poder central, que tenta impor a unidade, e os povos indígenas que compõem uma realidade heterogênea; e, ainda, denunciar o não reconhecimento das práticas comunitárias dos povos Guarani, principalmente no que se refere à mobilidade territorial, um direito tradicional não reconhecido pelo direito positivado no ordenamento jurídico nacional.

Os dados recolhidos baseiam-se em metodologia documental e bibliográfica a respeito das recentes evoluções constitucionais na América-Latina, bem como das contribuições da Constituição do Equador e da Bolívia no processo constituinte dos direitos insurgentes e na nova juridicidade do século XXI. Além disso, o estudo teve o complemento da pesquisa de campo na Aldeia Te'yíkue do Município de Caarapó/MS, demarcada no início do século XX, com o objetivo de levantamento de dados a respeito da prática da mobilidade territorial ao longo da fronteira entre Brasil e Paraguai.

Assim, a colonialidade do poder ignora a realidade comunitária e ancestral dos povos tradicionais, de forma que as estratégias desenvolvidas pelo povo Guarani, na cotidianidade da vida concreta, para lidarem com a questão territorial e com a identidade de seu povo, carecem de reconhecimento e garantias. Neste contexto reivindicatório, a construção de processos pluralistas e interculturais combate a exclusão dos povos indígenas das decisões políticas e de poder, ferramenta que ainda se perpetua sobre a base de uma sociedade colonial a serviço das elites locais.

## 2. COSMOLOGIA GUARANI E TERRITORIALIDADE

A mobilidade territorial é um elemento multifacetado que revela o modo de ser caminhante característico da cosmologia Guarani, isto é, da cosmovisão que estrutura seu imaginário e sua filosofia de vida. Além de se correlacionar intrinsecamente com a territorialidade, também possui um perfil cultural, harmonizador de conflitos e político.

Tendo em vista a especial vinculação entre mobilidade territorial e a cosmologia Guarani, a construção da rede ideológica coletiva ocorre através da dinâmica ao longo do território ancestral, de maneira que o movimento e sua produção no tempo/espaço mítico podem ser considerados princípios reguladores, bem como propriedade constitutiva da concepção do seu universo, dos mundos e do desenvolvimento da existência humana, permeando a trama das narrativas inaugurais, assim como é, em suas formas históricas de dinamismo, a forma que seus indivíduos se reconhecem e constroem sua presença no mundo (CICCARONE, 2004, p. 04).

Ou seja, para os Guarani, os movimentos transfronteiriços fazem parte de sua noção de mundo, estando presentes desde a sua construção, e por mais que os deslocamentos tenham naturezas e motivos diversos, não são antagônicos, mas sim complementares e interligados através de suas causas (LADEIRA, 2001).

Inclusive, a prática da mobilidade é concretizada de acordo com elementos como a busca por atividades produtivas; participação em rituais; disponibilidade de locais que comportem recursos naturais; proximidade de parentelas aliadas, sendo a rivalidade com os vizinhos um acontecimento suficiente para provocar o deslocamento; capacidade do cabeça de parentela e do líder da comunidade de conduzir eficazmente a vida comunitária, ou seja, de demonstrar habilidade para unir os parentes e resolver problemas de convivência entre os fogos domésticos; e, até mesmo, a incidência ou não de doenças ou mortes repentina provocadas por causas consideradas não-naturais (PEREIRA, 2007, p. 6).

Além disso, é importante ter presente que a discussão sobre identidade Guarani remete, diretamente, para a ideia de pertencimento e para as relações de parentesco – atualizadas por filiação, descendência, memória e comunicação. São Guarani aqueles que se assumem como descendentes e que são reconhecidos como tais, sendo que a ideia de cidadania guarani específica está associada ao conceito de pertencimento. Daí a importância da concepção de território como espaço de comunicação, com as suas marcas referidas e atualizadas pela memória (BRAND, 2008).

Enquanto o ordenamento jurídico nacional dispõe a respeito do território como um elemento essencial à existência do Estado, de forma a instituir os limites do poder soberanamente exercido, a cosmologia Guarani, por outro lado, atribui ao território um caráter comunicativo que possibilita o “Oguata”, que quer dizer, genericamente, “caminhar”, na língua Guarani.

O caminhar ou andar faz parte do universo cultural desses povos (MELIÀ, 1989; PISSOLATO, 2007; PEREIRA, 2007), de forma a integrar sua identidade e remeter ao modo de ser coletivo proposto pelas regras de conduta comunitárias. Por conseguinte, sob a ótica Guarani, o território é o espaço no qual as relações de parentesco, com suas complexas redes de comunicação, se reproduzem, formando um território transnacional entre os países em que as comunidades se instalaram e por onde circulam (Bolívia, Brasil, Paraguai e Argentina).

Apesar da delimitação geográfica reconhecida pelo mapa político perpetuar uma imposição colonial de fronteiras artificiais, a cosmologia Guarani atribui noções próprias ao conceito de fronteira, capaz de definir quem pertence e quem não pertence a determinada coletividade, assim sendo entendida como redes dinâmicas, e não fixas, suscetíveis a ser relativizadas em caso de casamentos ou de formação de alianças, por exemplo (MELIÀ, 2007).

Ocorre que os deslocamentos espaciais transfronteiriços têm como cenário o território ancestral, isto é, trata-se de um fenômeno anterior à formação das fronteiras nacionais e coloniais. Diante disso, as fronteiras impostas pelo Estado ignoram a realidade concreta das fronteiras culturais indígenas, as quais são definidas e redefinidas a partir de relações sociais de reciprocidade e parentesco, de perfil dinâmico e marcadas pela persistência transfronteiriça de suas redes de relacionamento dentro do mesmo território guarani.

Por mais que as redes comunitárias de reciprocidade e parentesco tenham como abrangência o território ancestral, acabam por sofrer interferência das fronteiras artificiais criadas ao longo do passado colonial da região, de forma a desfigurar o território Guarani e perpetuar a imposição hegemônica de modelos linguísticos e culturais distintos, ao mesmo tempo em que nega o acesso a sistemas de atendimento à saúde e de políticas de garantia sociais.

No entanto, apesar das imposições promovidas pelo Estado representarem um desrespeito à diversidade cultural, social e jurídica destes povos, as práticas comunitárias de deslocamento transfronteiriço permanecem vigentes, através das quais os Guarani de Mato Grosso do Sul, do litoral e de outras regiões do Brasil, seguem mantendo intensas e variadas trocas com seus parentes que residem na Argentina e no Paraguai (COLMAN, 2015).

Com interesse de manter as instituições coloniais e impedir a produção jurídica fora da esfera estatal, os Estados Nacionais tratam a mobilidade territorial como “migração internacional indígena”, de modo que a organização social comunitária proveniente da cosmologia Guarani não é reconhecida. Ocorre que os povos Guarani apresentam extrema vulnerabilidade, em decorrência de sua condição de pobreza e discriminação, que reflete na questão da territorialidade, fator que, ao mesmo tempo em que proporciona deslocamentos espaciais transfronteiriços dentro do mesmo território indígena, dificulta deslocamentos espaciais para fora do território ancestral (CEPAL, 2006).

A distribuição dos povos Guarani se dá ao longo de um amplo território que engloba o norte da Bolívia, sul e leste do Paraguai, nordeste e noroeste da Argentina, e sul, sudeste e centro-oeste do Brasil. Por essa razão, políticas públicas que garantam a autonomia desses povos são pauta do MERCOSUL, já que as delimitações territoriais impostas pelos Estados Nacionais fragmentam o território ancestral e reduzem a mobilidade territorial a uma migração fronteiriça, não a reconhecendo como prática comunitária cultural e jurídica.

O fato é que a territorialidade Guarani independe das fronteiras político-administrativas dos países, por isso o conceito de migração que mais se aproxima do conceito de mobilidade territorial é aquele que atribui ao território um ca-

ráter circulatório, que confere sentido social e cultural ao movimento espacial e empreende diversos saberes tradicionais para formação de territórios engendrados por populações circulantes, cujos processos de construção de identidade, memória coletiva, laços sociais e critérios de pertença parecem se dissociar do pressuposto da sedentarização (TARRIUS, 2000).

Além disso, as tradicionais dinâmicas circulatórias Guarani revelam o perfil expansionista do território, que ultrapassa as fronteiras nacionais, já que, na visão kaiowá e guarani, o mundo é produzido a partir da lógica espiritual, onde a terra está sempre se expandindo através da mobilidade tradicional (andar, caminhar, mover), que representa uma maneira de ocupar o espaço de forma a não produzir fixação no mesmo lugar (BENITES, 2014, p.35).

Nesse sentido, o conceito de transbordamento (*Spillover*) dialoga com a realidade do território transnacional, em que os movimentos espaciais se dão para além das fronteiras das nações, visto que os fluxos e refluxos também envolvem movimento em novos nichos econômicos, formação de novas comunidades e deslocamentos espaciais de famílias, nos casos em que os pais idosos e seus filhos vivem centenas de quilômetros de distância (ADAMS; KASAKOFF, 2004).

Então, o olhar transnacional favorece a visão expandida de território, a qual contempla a relação de indivíduos que mantêm contato com sistemas culturais tradicionais ao mesmo tempo que circulam ao longo de um território determinado ancestralmente. Sob esse prisma, a mobilidade não necessariamente rompe com o lugar de origem, e o retorno tampouco rompe com a sociedade de destino. Portanto, essa perspectiva transgride o tratamento da mobilidade como migração do ponto de vista do que acontece no país de destino (LEVITT; JAWORSKY, 2007).

### **3. JURIDICIDADE ALTERNATIVA E A PRÁTICA DO OGUATA PORÃ**

A identidade cultural, a organização política e a estrutura social indígenas sempre foram deficientemente reconhecidas, afinal, dependem do marco das instituições provenientes da cultura dominante. A ordem jurídica hegemônica, resguardada pela ferramenta do monismo jurídico, cria instituições que não reconhecem outros modelos de organização em sociedade para além das formas coloniais, sem considerar as formas simples de elucidação do direito, como as normas comunitárias e códigos de conduta sociais.

A mobilidade territorial corrobora a existência de realidades jurídicas paralelas, uma vez que, além da natureza cultural, também consiste em um instrumento de harmonia comunitária praticado de acordo com o princípio da ancestralidade do território e da identidade Guarani. Em situações que ocorra conflito

entre parentelas da comunidade, por exemplo, institui-se como solução de conflito o afastamento territorial de uma das famílias afetadas, com sua respectiva inserção em outra parentela constituída distante da anterior, em outra extensão do território ancestral.

A possibilidade alternativa de produção jurídica fora do ente estatal estabelece vínculo com a cosmologia de práticas comunitárias e elementos intrínsecos à cultura indígena, como a tradição Guarani, que cunhou a prática do “*Oguata Porã*” (traduzido como “Bonita Caminhada”), assim caracterizando a mobilidade territorial.

A existência de realidades plurais sobrevive à marginalização dos sujeitos históricos, que criaram formas próprias de gestão de suas realidades cotidianas mesmo com a ausência das instituições estatais. Por isso, é necessário um paradigma não universal de produção jurídica, no qual seja possível a coexistência com experiências de “saberes tradicionais” que atribuem significado à mobilidade territorial através das relações de parentela, intercâmbio entre comunidades e comunicação com o território ancestral.

A possibilidade de questionar a produção jurídica fora do âmbito estatal é proporcionada pelo pluralismo jurídico de natureza comunitária e participativa, o qual pressupõe uma análise a partir do ponto de vista dos grupos historicamente subjugados e submetidos à aculturação social, uma vez que o Direito é fruto da tentativa humana de regular a vida em sociedade, suas relações e implicações sociais, portanto, é desenvolvido a partir das condições da vida cotidiana, cuja real eficácia apoia-se na ação de grupos associativos e organizações comunitárias (WOLKMER, 2001, p. 153).

A teoria pluralista, de caráter democrático e descolonizador, reconhece os institutos construídos pelas comunidades indígenas, sujeitos coletivos que se auto regulam visando atender a própria subsistência, os quais, no caso das comunidades Guarani, vinculam a identidade coletiva à questão territorial, de forma a condicionar a vivência indígena à ancestralidade do território ocupado, necessário para o desenvolvimento do indivíduo e de sua cultura.

Ocorre que o não reconhecimento das estratégias comunitárias desenvolvidas pelos povos Guarani acaba por financiar a marginalização legislativa, jurídica e social das famílias praticantes da mobilidade, uma vez que são excluídas de políticas públicas e programas sociais que garantem educação, saneamento básico, saúde e até mesmo alimentação complementar.

Pautado no princípio da soberania nacional, o Estado rearticula ferramentas que perpetuam a diferença colonial ao submeter a mobilidade territorial às

normas e conceitos referentes à migração, utilizando-se do Estatuto do Migrante (Lei nº 6815/1980) para reger uma relação de dominação jurídica que ignora a realidade comunitária, coletiva e ancestral de comunidades Guarani, por fim, valendo-se de uma democracia meramente formal-representativa.

Sob a colonialidade do poder, a América Latina foi palco para a formação colonial pautada em um cenário de assimilação e extermínio de comunidades indígenas, que, apesar da opressão histórica, sobreviveram e garantiram a composição pluriétnica e multicultural da região, resistindo às tentativas de homogeneização. No entanto, o passado colonial da região forjou fronteiras territoriais artificiais, criadas no processo de ocupação e colonização, que proporcionam um espaço instável e heterogêneo de fronteiras étnico-culturais, ambiente delimitador geográfico do território ancestral das comunidades Guarani.

Conforme Raquel Yrigoyen Frajano, antes de alcançar o constitucionalismo plurinacional e sua quebra de paradigmas, a evolução constitucional se deu a partir das etapas do colonialismo, do constitucionalismo liberal, do constitucionalismo social-integracionista e, por fim, do constitucionalismo pluralista. No colonialismo vigora um modelo de “inferioridade natural dos índios”, de forma a definir uma estrutura de subordinação. No constitucionalismo liberal do século XIX existe um único sistema jurídico geral para todos, de modo que não se admite, dentro do mesmo Estado-nação, a coexistência de vários sistemas jurídicos, assim, gerando a exclusão e marginalização dos povos originários. No constitucionalismo social-integracionista, que possui como marco as constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, define-se o modelo de integração dos povos indígenas calcado nos institutos do monismo jurídico e do Estado-nação. Por fim, o constitucionalismo pluralista é definido a partir da divisão em três ciclos: o ciclo multicultural, o ciclo pluricultural e o ciclo plurinacional (FAJARDO, 2011).

Desse modo, a sistematização da evolução constitucional latino-americana se ramifica em três etapas ou ciclos: o ciclo do constitucionalismo multicultural, marcado como um ciclo social e descentralizador, representado pela Constituição Brasileira (1988); o ciclo do constitucionalismo pluricultural, de caráter participativo, popular e pluralista, em que a representação nuclear desse processo constitucional passa pela Constituição Colombiana de 1991 e pela Constituição Venezuelana de 1999; e, por fim, o ciclo do constitucionalismo plurinacional, representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), as quais expressam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um paradigma não universal de Estado de Direito, de coexistência com experiências de sociedades interculturais (indígenas, co-

munais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa).

Nesse sentido, as mudanças jurídico-constitucionais protagonizadas por países da América Latina contribuíram para a formação de um constitucionalismo emancipatório, em que ações e relações sociais proporcionam aos atores em rede construir novas plataformas políticas e significados simbólicos para suas lutas (SCHERERWARREN; LÜCHMANN, 2011, p. 31-32).

Portanto, a busca incessante pela justiça social constitui o motor de força dos processos sociais de resistência e transformação paradigmática responsáveis pelas inovações no cenário político e jurídico que se constituíram nas últimas décadas na América Latina. Em meio a este contexto reivindicatório, as rupturas sociais e institucionais renovaram os arranjos político-constitucionais protagonizados por novos sujeitos participativos, perspectiva manifestada pelas novas Constituições surgidas no âmbito da América Latina a partir da ruptura com as instituições políticas e jurídicas de caráter liberal-individualista e de matriz eurocêntrica, voltando-se para a refundação das instituições, a transformação das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor dos interesses e das culturas encobertas e violentamente apagadas da sua própria história.

#### **4. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O RECONHECIMENTO DO MULTICULTURALISMO**

Na contemporaneidade, a Constituição Federal de 1988 foi um grande marco na história dos direitos indigenistas do Brasil, visto que rompeu com a postura integracionista que proporcionava a desintegração cultural das populações indígenas por meio da sua absorção pela comunidade nacional. Pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, foi posto em termos jurídicos o respeito à especificidade étnico-cultural dos povos indígenas e sua garantia de aquisição do direito à alteridade, afinal, antes da Constituição de 1988 não se era índio, estava-se índio, como uma criança cujo destino inapelável é tornar-se adulta, pois a legislação brasileira nunca se preocupou em esclarecer o que representa emancipar-se de uma condição étnica (RAMOS, 1990).

O constitucionalismo multicultural brasileiro marcou a reparação da imagem internacional do Brasil no campo dos direitos humanos, e, especificamente, dos direitos indígenas (SANTILLI, 1993, p.7), por ter inaugurado perspectivas introdutórias do conceito de diversidade cultural, do reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, do direito à identidade cultural

e de alguns direitos indígenas específicos dispostos em um capítulo especial dedicado às nações indígenas.

No que tange ao art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, ocorre a ampliação da gama de direitos fundamentais com o instituto do pluralismo político, pautado na coexistência entre vários grupos sociais, apesar de suas diferenças e diversidades quanto a crenças, valores e práticas.

Em consonância com o instituto do pluralismo político, a Constituição Federal de 1988 consagra direitos referentes à diversidade étnico-cultural e à auto-organização aos povos indígenas, de modo a garantir o direito à diferença.

Ainda, o texto constitucional brasileiro introduziu em seu Título VIII (Da Ordem Social) um capítulo especial destinado às nações indígenas (arts. 231-232), de forma a resgatar uma dívida histórica do Brasil a um de seus povos originais e constitutivos da própria nação (SANTOS, s/d, fl.10).

Ocorre que, apesar de a norma constitucional, em seu artigo 231, dispor a respeito do multiculturalismo e reconhecer a organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas das comunidades indígenas, observa-se a dificuldade de se garantir o direito à auto-organização e à diversidade cultural diante de um Estado monista, visto que o reconhecimento da existência de apenas uma cultura jurídica nacional garante isonomia meramente formal.

Ainda sobre o art. 231 da Constituição Federal, a norma reconhece o direito dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, isto é, terras onde seus antepassados foram enterrados, que contêm diferentes significados culturais e marcadores geográfico/culturais. O território ancestral, ao longo do qual os povos Guarani praticam sua mobilidade, representa uma extensão de terras determinadas ancestralmente e suficientes para a reprodução física e cultural dos atores sociais, ou seja, não é qualquer terra, mas sim aquela que apresenta os elementos ideológicos e recursos naturais necessários para o desenvolvimento coletivo.

Fora do âmbito interno, organismos internacionais como a ONU e a OIT passaram a estipular instrumentos jurídicos que garantem a coexistência de populações indígenas dentro do território estatal, perspectiva incluída no sistema jurídico latino-americano por meio de reformas constitucionais (PEÑA JUMPA, 2002).

A Convenção 169 da OIT reconhece a identidade indígena, estipula a criação de mecanismos estatais de participação política desses povos, e, em seu art.8º, reconhece a pluralidade de práticas costumeiras e o direito consuetudinário dos povos, que deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias. Porém, ao mesmo tempo em que reconhece a pluralidade de práticas exis-

tentes, a Convenção não admite que essas sejam contrárias aos direitos definidos pelo sistema jurídico nacional nem aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (BORGES, 2011, p.263-24).

Apesar de a Convenção 169 obrigar juridicamente os Estados signatários, nem todos seus dispositivos estão sendo aplicados, vide o não cumprimento do governo em consultar os povos indígenas quando há formulação de medidas administrativas ou legislativas que alterem a legislação indigenista ou que implementem obras de infraestrutura que possam gerar impactos ambientais em seu território ancestral. Também tem sido uma afronta a esses direitos o não reconhecimento da mobilidade territorial como pertencente ao âmbito dos direitos de auto-organização dos povos tradicionais.

A não participação dos povos indígenas nos processos de decisão é consequência da adoção do monismo jurídico que, imaginado como um conjunto de valores universais, não garante uma convivência pacífica e harmônica, mas tão somente um retorno ao surrado conceito de integração (SOUZA FILHO, 1999, p.195).

Outro relevante instrumento internacional é a Declaração de Direitos dos pertencentes às minorias nacionais étnicas religiosas ou linguísticas, criada pela ONU em 1992 e ratificada pela maioria dos Estados latino-americanos, que outorga poderes às comunidades indígenas com o intuito de proporcionar a atuação autônoma das comunidades organizadas para a solução de problemas específicos, utilizando-se de práticas ancestrais de resolução de conflitos.

Contudo, no caso das concessões estatais às medidas alternativas de solução de conflitos, estas continuam limitadas ao controle da justiça estatal por meio de leis de regulamentação de tais práticas, visando à incorporação dos parâmetros de justiça oferecidos pelo Estado e estabelecendo controle às práticas comunitárias de justiça (LOPEZ, 2000, p.25-26).

A implementação de instrumentos internacionais que garantem a diversidade resultou na incorporação de certo pluralismo jurídico a partir de reformas constitucionais, impulsionado pela reivindicação dos setores populares mais marginalizados que lutaram pela transformação das estruturas políticas e das instituições estatais em países como Bolívia e Equador.

Nesse sentido, o movimento jurídico-político latino-americano do constitucionalismo plurinacional, representado pelas Constituições equatoriana (2008) e boliviana (2009), traz novos elementos agregados à configuração do Estado, promovendo a tolerância à diversidade étnico cultural, autonomia e jurisdição aos povos indígenas, consolidando-os como sujeitos de uma democracia pluriétnica, intercultural e descolonizada, elementos inovadores se comparados à re-

alidade nacional, a qual está em uma posição atrasada diante de seus vizinhos latino-americanos (COLAÇO, 2013, p.208).

## 5. PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO NA AMÉRICA LATINA

É inegável que as lutas sociais com bases interculturais foram as principais responsáveis pela transformação do aparato estatal de alguns países latino-americanos, por meio de um processo de conscientização e autonomização das bases populares. As assembleias constituintes que se formaram na história recente da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia sentaram suas bases sobre a necessidade de legitimar a vontade social de transformação mediante um processo constituinte de caráter democrático que une a teoria e prática, com o objetivo de dar respostas aos reclamos de todos os segmentos sociais, especialmente àqueles que restaram sempre excluídos do poder, o que ficou conhecido como novo constitucionalismo latino-americano (ALMEIDA, 2013, p.182).

As Constituições de caráter pluricultural reconhecem as autoridades indígenas, com suas próprias normas, procedimentos e funções jurisdicionais. Assim, ocorre a pluralização das fontes de produção de normas, da administração da justiça e da organização da ordem pública interna, que podem ser exercidas tanto pelos órgãos soberanos clássicos do Estado como pelas autoridades dos povos indígenas, sempre sob controle constitucional.

Em contrapartida, as Constituições do Equador e Bolívia, de caráter plurinacional, propõem uma refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos indígenas. Como parte integrante do Poder Constituinte, esses povos passam a atuar como agentes políticos com direito a definir seu destino, se auto-governar autonomamente e participar dos novos pactos estatais. Ao definir-se como Estado plurinacional, não há poder alheio que “reconhece” direitos dos povos originários (direito indigenista), mas as próprias comunidades indígenas se colocam como membros integrantes do Estado e, como tais e junto com outros povos, têm poder de definir o novo modelo de Estado.

Na Constituição boliviana, por exemplo, há a definição de 36 novos povos originários (que viviam na Bolívia antes da colonização europeia) os quais passaram a ter participação no Estado e na economia. O parlamento boliviano também passou a estabelecer cotas de parlamentares para representação dos povos indígenas, inclusive, seu sistema político reconhece simultaneamente várias formas de participação, incluindo a forma clássica representativa, mas também outras

formas de participação direta e novas formas de participação como a democracia comunitária, ou seja, o reconhecimento de formas de eleição e exercício da autoridade indígena de acordo com o seu próprio direito e procedimentos. Ainda, conforme a Constituição Boliviana, os indígenas passam a ter a propriedade exclusiva sobre recursos florestais e hídricos de suas comunidades. Percebe-se, portanto, não apenas um reconhecimento das diferenças, mas uma efetivação da diversidade e de seus respectivos direitos (FERNANDES, 2015).

A existência de inúmeras demandas sociais não atingidas pelo ente estatal cria normatizações paralelas produzidas através de experiências concretas e saberes ancestrais por grupos organizados coletivamente. Aqui, a teoria do pluralismo jurídico comunitário-participativo faz-se presente, justamente para fazer frente ao monismo estatal e ao seu engessamento na produção normativa, visto que um dos maiores paradigmas coloniais do direito latino-americano é a teoria monista do direito, que considera válido apenas aquele Direito posto segundo as regras oficiais do Estado e ignora a existência histórica das múltiplas manifestações de juridicidade.

A múltipla composição da sociedade permite visualizar que cada uma das manifestações comunitárias possui sua própria normatividade e racionalidade jurídica, que se articulam de forma muito mais densa quando há uma maior ocorrência de conflitos e tensões entre as diferentes ordens normativas (SOUZA SANTOS, 2003, p.76).

O pluralismo jurídico comunitário-participativo está comprometido com a participação de novos sujeitos, com a efetiva satisfação das necessidades humanas e com o processo verdadeiramente democrático, descentralizado, participativo e emancipatório (WOLKMER, 1994, p.209).

Os direitos insurgentes nos cenários, sociais, políticos e jurídicos da América Latina podem ser evidenciados nos constitucionalismos equatoriano e boliviano. Tanto a Constituição do Equador, de 2008, quanto a Constituição da Bolívia, de 2009, institucionalizaram mudanças significativas de avanço democrático, como a ampliação da participação popular, a adoção de formas diretas de legitimação de governantes, bem como a superação do modelo antropocêntrico e o implemento de um constitucionalismo de feição ecocêntrica que reconhece os direitos da natureza e a cultura do bem viver.

As reformas constitucionais ocorridas no Equador e na Bolívia são responsáveis pela inclusão dos povos indígenas, e de outros grupos historicamente sem voz, nas instâncias decisórias do Estado. Além disso, o giro ecocêntrico e a institucionalização da cultura do bem viver representaram uma revolução paradigmática do direito, pois a positivação, sob a forma de princípios constitucionais e

textos normativos, incorporou o paradigma comunitário adquirido através das relações milenares de harmonia e interdependência entre os povos indígenas e outras formas de vida, promovendo uma ruptura com os padrões ocidentais do individualismo e do desenvolvimento como valor fundamental, a partir do modelo capitalista (WOLKMER, 2013, p.56).

O constitucionalismo dos Andes proclama a rejeição ao fundamentalismo de mercado das últimas décadas e dá um salto do ambientalismo para a ecologia profunda, um modelo de convivência harmônica entre todas as formas de vida (ZAFFARONI, 2010, p.121), o qual se utilizou de práticas ancestrais dos povos indígenas para construir um paradigma comunitário e descolonizador na produção normativa.

A Constituição de 2008 proclama que o Equador é um Estado plurinacional e intercultural. Em outras palavras, o Estado equatoriano é unitário, mas também, formado por várias nacionalidades que resgatam suas identidades próprias e inauguram um novo eixo na organização do Estado, que conta com a existência de diversos grupos sociais em seu território. Já a interculturalidade do Estado representa o reconhecimento do direito à diferença e da diversidade na unidade, visto que as várias nacionalidades que integram o Estado equatoriano são compostas por grupos sociais unidos por uma identidade cultural e um passado histórico, mas com peculiaridades e formas de jurisdição comunitária distintas.

Ainda, a participação popular é elemento essencial do pluralismo jurídico do Estado equatoriano, baseada em uma democracia direta e participativa que aproxima o povo do poder político democrático na busca e construção do seu bem viver. Ou seja, foi necessário um avanço democrático constitucional para que a ordem política reconhecesse materialmente a identidade de seu povo, bem como sua consciência cultural e a garantia de suas formas de organização social e política.

Enquanto isso, o processo constituinte boliviano também reconheceu a plurinacionalidade como instrumento de enfrentamento ao modelo de Estado hegemônico, a partir da participação do sujeito coletivo, dos movimentos sociais e representantes das nações indígenas, os quais jamais participaram significativamente das instituições e instâncias decisórias do Estado. A nova Constituição Boliviana de 2009 reconheceu explicitamente o caráter plurinacional do Estado, a autonomia e autogoverno dos povos ou nações existentes no território e estabeleceu mecanismos para sua participação política e proteção.

O processo de mudança normativa na Bolívia ocorreu graças à reapropriação da condição de sujeito histórico das comunidades e nações indígenas, o que ocasionou um processo de luta que tem como causa geral o esgotamento do mo-

delo de Estado liberal, que jamais contemplou a diversidade da população tradicional do país. Por isso, o projeto de Constituição da Bolívia tem sido um projeto de juridicidade alternativa, que conta com um direito comunitário participativo que se produziu a partir da percepção da teoria a partir da práxis e da norma a partir do fato (WOLKMER, 2003).

Em suma, o novo direito constitucional emancipatório, presente em países latino-americanos, institui um modelo deliberativo intercultural que proporciona a representação efetivamente plural, tendo em conta a diversidade de grupos étnicos. A constitucionalização do pluralismo jurídico e o surgimento de um direito participativo em instâncias de poder supõe a participação de novos sujeitos e de práticas comunitárias de solução de conflitos a partir de outros paradigmas de organização social.

## **6. TEKOHA TE'ÝIKUE: O NÃO RECONHECIMENTO DAS PRÁTICAS COMUNITÁRIAS GUARANI**

A Terra Indígena de Caarapó foi criada em 1924 a partir do Decreto nº 684, e se localiza a 20 km da sede do Município. Atualmente, a reserva conta com 4.283 habitantes (IBGE, 2010) e uma área de 3.594 ha. O Tekoha Te'ýike representa uma Terra Indígena, ou “lugar onde se realiza o jeito de ser”. Em guarani “Teko” é vida, modo de ser, cultura e “ha” significa espaço. Tekoha, portanto, significa lugar onde o modo de ser seja viável ou possível.

Conforme dados extraídos do Centro de Documentação Teko Arandu do NEPPI, a flutuação populacional da reserva é um elemento característico, visto que, demarcada no início do século XX, tinha apenas um grupo familiar vivendo nessa área, possivelmente de até 200 pessoas; já em 1942, a área contava com uma população de 570 pessoas, tendo aumentado constantemente nos anos seguintes.

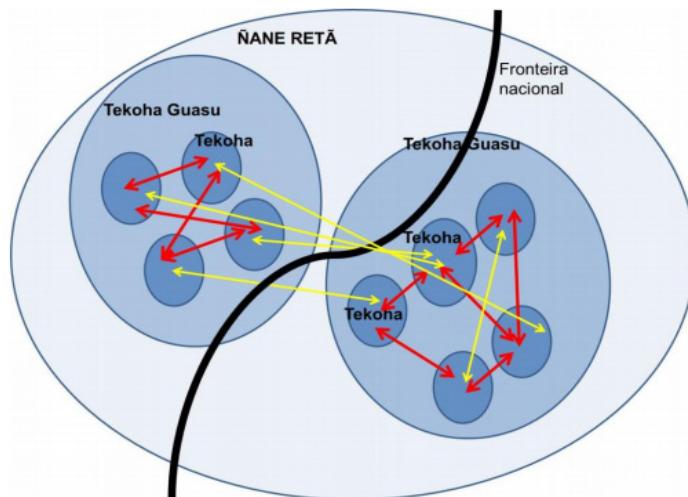
Essa flutuação de população numa área indígena Guarani e Kaiowá ocorre devido à vinda de outras famílias ou a saída de famílias de uma determinada terra indígena guarani, que depende das condições políticas, sociais, de segurança, de religião, e de muitas outras situações que são necessárias para a harmonia social requerida pelos Guarani e Kaiowá.

Não se pode negar que a partir de meados do século 20, principalmente dos anos 60 e 70, os Guarani começam a enfrentar o fenômeno de grande concentração populacional nas reservas/terrás indígenas, o que força essa população a uma mudança de estilo de vida: a progressiva substituição da sobrevivência através da caça, roça, pesca e coleta pelo trabalho assalariado fora da aldeia, obrigando esses grupos a deslocarem-se.

A respeito dos motivos para o deslocamento, os Kaiowá e Guarani vivem a experiência da mobilidade espacial de diversas formas, tanto no sentido cultural, ou de harmonia comunitária, quanto vivenciaram e continuam vivenciando o deslocamento forçado, seja a partir do processo de expulsão e confinamento, que significou a desintegração e desestruturação social, seja com a migração pendular forçada, que são os trabalhos assalariados fora das aldeias, os quais tornaram-se praticamente o único meio de sobrevivência desse grupo Guarani, principalmente em Mato Grosso do Sul.

Sobre o deslocamento espacial e flutuação populacional entre grupos de Tekoha, os trabalhos antropológicos sobre territorialidade Guarani têm indicado que o Tekoha de Caarapó faz parte de uma dinâmica territorial maior, com grupos sócio-políticos autônomos relacionados entre si, que abrange também os territórios da Terra Indígena de Dourados e da Terra Indígena de Amambai. Ou seja, são estabelecidas relações sociais, trocas econômicas, realização de festas, etc., entre os grupos de Tekoha, em geral próximos em termos geográficos. Esta rede de Tekoha relacionados entre si representaria grupos autônomos interligados social e politicamente (*Tekoha Guasu*), formando uma rede social guarani e kaiowá que mantêm entre si intensas relações sociais, de parentesco, casamento, festas, rituais, trocas econômicas e alianças políticas (AZEVEDO, BRAND E COLMAN, 2013).

Ocorre que o território ancestral (Ñane Retã) acaba por ser desfigurado pelas fronteiras nacionais, causando a interferência das relações sociais entre os grupos culturais, conforme evidencia a ilustração a seguir:



**Figura 1.** Ilustração redes sociais Guarani

Fonte: COLMAN, UNICAMP, 2015.

Para o Estado brasileiro, a mobilidade espacial impacta diretamente na implementação dos direitos dos povos Guarani relativos à documentação, educação escolar, terra e saúde. Isto porque as fronteiras nacionais fragmentam um território determinado ancestralmente, impondo políticas de registro específicas do Estado soberano, sem levar em conta que a mobilidade territorial é a maneira de estabelecer e seguir realizando as relações sociais, econômicas, culturais e políticas, que tornam possível a existência, de fato, de um ente sociológico maior do que o Tekoha, denominado Povo Guarani (COLMAN, 2015).

Na educação, por exemplo, muitos alunos chegam em Caarapó e, ao solicitarem o ingresso na escola, enfrentam a incompatibilidade das políticas de garantia à educação com a mobilidade territorial, visto que a ausência de documentação, resultante da dinâmica entre países, torna as crianças protagonistas da mobilidade “migrantes” aos olhos do Estado.

No que tange à área da saúde, a ausência de cadastro da FUNASA/SIASI ou de documentação pessoal impede o diagnóstico e tratamento de qualquer enfermidade. Inclusive, os postos de atendimento, pronto socorro e polos-base não atendem as crianças que não apresentam o registro de nascimento, sem que as mesmas tenham suas carteiras de vacinação atualizadas.

Portanto, a mobilidade espacial voluntária das famílias acaba prejudicada, seja pela intolerância à diversidade étnico-cultural perpetrada pelo Estado monista, seja pelo clima de violência e violação de direitos resultantes do não reconhecimento da autonomia e jurisdição dos povos indígenas. Nesse cenário, a consolidação de uma democracia pluriétnica, intercultural e descolonizada, conforme os moldes construídos pelo Constitucionalismo Latino-Americano, representaria o reconhecimento das práticas comunitárias desenvolvidas milenarmente pelos povos Guarani e garantiria o acesso a políticas públicas de atendimento social e direitos básicos.

## CONCLUSÃO

A ineficácia estatal, através de uma opção monista de se conduzir a produção jurídica, tem aberto, em muitos países, as brechas necessárias para a consolidação de sistemas paralelos de aplicação de normas que convivem simultaneamente com aquelas produzidas pelo Estado oficial.

O novo paradigma criado pelo Constitucionalismo Latino-Americano institucionaliza a interculturalidade, as formas de democracia comunitária, a autonomia dos povos tradicionais, o pluralismo jurídico, o Estado plurinacional e a descolonização da política, podendo servir de inspiração para que os direitos

constitucionais dos povos indígenas no Brasil sejam aprimorados, contribuindo para que as antigas práticas da política indigenista hegemônica sejam superadas.

Afinal, por mais que os direitos indigenistas positivados no ordenamento jurídico brasileiro reconheçam os direitos dos povos tradicionais nos âmbitos territorial, de diversidade étnico-cultural e de auto-organização, bem como o direito à diferença a partir do instituto do pluralismo político, percebe-se a dificuldade de garantia destes direitos na realidade concreta, tendo em vista o monismo estatal que perpetua uma produção normativa hegemônica a partir de instituições coloniais que não possibilitam a representação das comunidades indígenas nas instâncias decisórias.

Prova disso é o não reconhecimento da mobilidade territorial como estratégia comunitária de auto regulação, mesmo que as comunidades Guarani tenham previsão ancestral de resolução de conflitos, a partir da instrumentalização da mobilidade, e mesmo que o deslocamento transfronteiriço faça parte da cosmológia Guarani. O Estado monista insiste em tratar a questão como migração informal à margem da soberania dos Estados Nacionais, submetendo às populações indígenas a sua lei e desrespeitando a diversidade cultural, social e jurídica dos povos tradicionais.

Mesmo que a questão da abrangência territorial (Bolívia, Paraguai, Argentina e Brasil) esteja relacionada com a prática Guarani de fronteira, que leva em consideração a ecologia, o parentesco e a economia baseada na reciprocidade, o não reconhecimento de suas práticas comunitárias condena os povos Guarani à violência decorrente da marginalização institucional, da perda sistemática dos territórios tradicionais e do total confinamento em espaços insuficientes para o desenvolvimento coletivo.

Além da negativa institucional ao tratamento de saúde e à educação, a tentativa de enquadrar a mobilidade territorial como mera migração ao longo da fronteira desrespeita o sentido cultural e mítico do *Oguata*, interferindo na busca da chamada “terra sem males” (Yvy Marane’ŷ), onde o indivíduo pode concretizar o seu jeito de ser e de viver ideológico.

A solução para a problemática reside na constitucionalização do pluralismo jurídico comunitário-participativo, que se utiliza de uma estratégia descolonial para promover a representação dos sujeitos historicamente marginalizados nas instâncias decisórias, de forma a reconhecer suas instituições de auto regulagem social, política e jurídica.

A necessidade de abandonar os paradigmas teóricos centrados na unidade do Estado-Nação, que priorizam a soberania territorial em detrimento da pro-

teção de coletividades marginalizadas, toma forma no direcionamento para um modelo cultural estruturado na proliferação de espaços políticos locais em que a construção de saberes leve em conta a realidade concreta da vida compartilhada.

É evidente que o processo social e político que paute a descentralização, autonomia e autogestão das formas de organização, define a possibilidade de outras representações de juridicidade. Assim, a nova cultura jurídica pluralista participativa não é subordinada à sistematização tecno-formal, tendo as manifestações comunitárias de produção do Direito especial relevância para a auto regulação da vida cotidiana, conforme os inovadores processos sociais de luta nos Estados latino-americanos, que engendraram não só novas Constituições materializadas com novos atores sociais, realidades plurais e práticas desafiadoras, mas, também, propõe diante da diversidade de culturas minoritárias e da força inconteste dos povos indígenas do Continente, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se “Constitucionalismo Pluralista Intercultural”.

Portanto, a colonialidade do poder vem sendo derrubada pelo constitucionalismo emancipatório insurgente na América Latina, o qual reconhece os saberes tradicionais originários das comunidades indígenas, antes considerados conhecimentos subalternos ao conhecimento eurocêntrico, e institucionaliza práticas comunitárias desenvolvidas milenarmente pelos grupos tradicionais. Por fim, o reconhecimento constitucional da diversidade democrática comunitária representa uma mudança paradigmática no âmbito da representação de novas sociabilidades coletivas e das garantias institucionais aos bens comuns culturais (Estado plurinacional, diversidade e interculturalidade).

## REFERÊNCIAS

- ADAMS, John W.; KASAKOFF, Alice B. Spillovers, subdivisions, and flows in Categories and Contexts - Anthropological and historical studies in critical demography. In: SZRETER, Simon; SHOLKAMY, Hania; DHARMALINGAM, A. (org). *Categories and Contexts: Anthropological and Historical Studies in Critical Demography*. New York: Oxford University Press, 2004.
- BENITES, Eiel. *Oguata Pyahu (Uma Nova Caminhada) no processo de desconstrução e construção da Educação Escolar Indígena da Reserva Indígena Te'ýikue*. Dissertação (Mestrado em Educação). Campo Grande/ MS: UCDB, 2014.
- BORGES, Marina Soares Vital. Universalização ou relativização: direitos humanos na perspectiva da antropologia jurídica. In: COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de antropologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.
- BRAND, A. J.; ALMEIDA, Fernando Augusto Azambuja de; FERREIRA, Eva Maria L.; COLMAN, Rosa Sebastiana; SOUSA, N. M. de. As Fronteiras Guarani na Província do MT (1749-1910). In: II Seminário Internacional América Platina. Dialogo Regional e Dilemas Contemporâneos. v. 1. Campo Grande: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2008.

CEPAL. *Panorama Social da América Latina. Publicación de las Naciones Unidas*. Santiago de Chile: CEPAL, 2006.

CICCARONE, Celeste. *Drama e Sensibilidade. Migração, Xamanismo e Mulheres Myba Guarani*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). São Paulo: PUC/SP, 2001.

COLACO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. (Org.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

COLMAN, Rosa Sebastiana. *Guarani Retã e a Mobilidade Espacial Guarani: belas caminhadas e processos de expulsão no território guarani*. Tese (Doutorado em Demografia). Campinas: UNICAMP. 2015.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, Cesar R. (Org). *El derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FERNANDES, B. G. A. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

IBGE. *Censo Demográfico*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LADEIRA, Maria Inês. *O caminhar sob a Luz- O território Mbyá à beira do oceano*. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

LEVITT, Peggy; JAWORSKY, Nadia B. Transnationalism Migration Studies\_Past developments and Future trends. In: The Annual Review of Sociology, 33, 2007.

LOPEZ, Manuel B. *Justicia Comunitaria y Jueces de Paz: Las técnicas de la pacienci*. Medellín: IPC/Corporación Región, 2000.

MARTINEZ, Esperanza. *La Naturaleza con Derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 25-138.

MELIÀ, Bartomeu; GRÜNBERG, G.; GRÜNBERG, F. *Los Paï Tavyterã; etnografía guaraní del Paraguay contemporáneo*. 2a ed. Asunción: Centro de Estudios Antropológicos, Universidad Católica "N. S. de la Asunción", 2008.

MELIÀ, Bartomeu; GRÜNBERG, Georg; GRÜNBERG, Friedl. *Los Paï-Tavyterã- Etnografía Guarani del Paraguai contemporáneo*. Asunción: Centro de Estudios Antropológicos, Universidad Católica "N. S. de la Asunción", 1976.

PEREIRA, Levi Marques. Mobilidade e Processos de Territorialização entre os kaiowá atuais. Suplemento Antropológico, v. XLII, p. 121-154, 2007.

PEÑA JUMPA, Antônio Alfonso (org.). *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: PUC-Peru, 2002.

PISSOLATO, Elizabeth de Paula. *A duração da pessoa: mobilidade, parentesco e xamanismo Myba (Guarani)*. São Paulo: Editora da UNESP, 2007.

RAMOS, Alcida. Indigenismo de resultados. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 100, p. 133-150, 1990.

SANTILLI, Juliana. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento: uma análise constitucional do Direito dos povos indígenas ao reconhecimento. In: I ENCONTRO

DE DIREITO E CULTURA LATINO-AMERICANOS: DIVERSIDADE, IDENTIDADE E EMANCIPAÇÃO, 2005, Curitiba.

SCHERER-WARREN, Ilse; LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. (Org.). *Movimentos sociais e participação: abordagens e experiências no Brasil e na América Latina*. Florianópolis: UFSC, 2011.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *Transformação e Conflito social: uma paisagem das Justiças em Moçambique*. 844. ed. Porto: Ed. Afrontamento, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999.

TARRIUS, A. Leer, describir, interpretar las circulaciones migratorias: conveniencia de la noción de 'territorio circulatorio'. Los nuevos hábitos de la identidad. *Relaciones: estudios de historia y sociedad*, vol. XXI, n. 83, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Asociación de Madres de Plaza de Mayo y Colihue, 2011.

## **EXTRAFISCALIDADE NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: MECANISMO ALTERNATIVO DE VIABILIDADE**

### ***EXTRAFISCALITY IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: ALTERNATIVE MECHANISM OF VIABILITY***

**Wellington Oliveira de Souza Costa**

Mestrando em Direitos Humanos pela UFMS. Especialista em Gestão Pública na Administração Pública pela UFMS. Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em Responsabilidade Civil pela Escola de Direito de Campo Grande - EDCG. Especialista em Educação em Direitos Humanos pela UFMS. Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Tesoureiro da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI. Membro da Associação dos Pós-Graduandos da UFMS, na qualidade de Representante Jurídico.

**Antonio Conceição Paranhos Filho**

Professor Associado IV da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Graduado em Geologia pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado e Doutorado em Geologia Ambiental pela UFPR. Bolsista CAPES de Doutorado Sanduíche na Universidade de Siena (Itália). Estágio de Pós-Doutorado no Instituto de Geociências da USP (2011 - bolsista PDS-CNPq), onde também obteve sua Livre Docência em 2015. Possui experiência em Geotecnologias aplicadas às Geociências, à Saúde e ao Meio Ambiente, com ênfase em Geologia Ambiental.

**Daniele dos Santos Nogueira Justino**

Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Advogada na área de Direito Cível, Bancário, Trabalhista e Consumerista.

**Renan Lemos Livramento**

Mestrando em Administração - Estado, Organização e Sociedade pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Especialista em Marketing pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Bolsista CAPES pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Graduado em Administração pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.

**Submissão em 29/04/2017**

**Aprovação em 14/06/2017**

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.3551>

**Resumo:** O presente artigo objetiva apontar as características das Parcerias Público-Privadas e demonstrar a necessidade de sua maior utilização como instrumento de viabilidade, implementação e excelência no serviço público. Para tanto, apontam-se séries de experiências desta modalidade, exitosas no país. Outrossim, em razão de sua ainda imatura exploração, a pesquisa aponta a importância do incentivo tributário para torná-las mais atrativas ao setor privado, aqui tratado no âmbito da extrafiscalidade por meio da isenção fiscal, inclusive com a análise de normatização já existente para este fim. Há, igualmente, breve análise de casos jurisprudenciais em que se analisa a viabilidade desta modalidade de concessão. A pesquisa, desenvolvida a partir do método indutivo e deductivo, é bibliográfica e documental e, em termos de considerações finais, aponta a necessidade da maior utilização destas parcerias firmadas entre o setor público e o privado, justamente como forma de desenvolvimento do país em termos sociais e econômicos.

**Palavras-chave:** Parcerias Público-Privadas; Extrafiscalidade nas Parcerias Público-Privadas; Mecanismo alternativo de incentivo no serviço público e privado.

**Abstract:** This article aims to show the characteristics of the Public-Private Partnerships and to demonstrate the need for their increased use as a viability instrument, implementation and excellence in public service. For that, are shown a series of successful experiences of the concession in the country. Beside that, due to their still immature exploration, the research shows the importance of tax incentives to make them more attractive to the private sector, here treated under the extrafiscality using the isention, including the analysis of the law already created for that purpose. There are also brief analysis of jurisprudential cases witch analyzes the viability of the concession mode. The research, developed by the inductive and deductive method, is bibliographic and documental and, in terms of final considerations, indicates the need for greater use of these partnerships signed between the public and private sectors, just as a way of social and economic development of the country.

**Keywords:** Public-Private Partnerships; Extrafiscality in Public-Private Partnerships; Alternative incentive mechanism in the public and private service.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Características das Parcerias Público-Privadas. 3. Parcerias Público-Privadas na Gestão Pública do País. 4. Extrafiscalidade: Mecanismo Alternativo para Viabilidade. 5. Parcerias Público-Privadas: Consolidação do Princípio da Eficiência e Políticas Públicas. 6. Jurisprudência Pátria. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Instituída pela Lei Federal nº. 11.079/04 (BRASIL. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, artigo 1º), esta modalidade de concessão de serviço público denominada Parceria Público-Privada – PPP trata-se de parceria elaborada entre a Administração e o particular para a realização de serviço de natureza pública.

Tem a finalidade principal de proporcionar excelência na prestação do serviço concedido ao particular, o qual, no caso, poderá ser exercido por meio de pagamento do Poder Público e utilização da tarifa cobrada pelo serviço (concessão patrocinada) ou pagamento total por parte da Administração (concessão administrativa).

A efetividade destas parcerias já se demonstra palpável em alguns Estados da Federação. Cita-se o exemplo do Programa Ensino Médio Inovador – Jovem do Futuro no Rio Grande do Sul, que propõe a reorganização da grade curricular das escolas a fim de torná-las mais dinâmicas e garantir o acesso ao ensino superior, além dos casos de exploração de obras de saneamento em estados como Espírito Santo, Pernambuco e Mato Grosso.

Entretanto, em razão da quantia mínima a ser investida na obra, são pouco viadas pelo setor privado, que nelas vislumbra mais riscos do que atrativos. Desta maneira, a alternativa viável para a modificação da problemática demonstra-se plausível na diferenciação da tributação, falando-se então na extrafiscalidade tributária, modalidade de estímulo utilizada como fomento, de acordo com o interesse público. Portanto, mormente no caso em estudo, por meio de isenções concedidas por lei, é possível criar mecanismo alternativo de incentivo fiscal que viabiliza a adesão às parcerias público-privadas, bem como a melhoria do serviço público.

A esse passo, inicialmente, a presente pesquisa apresenta as características das parcerias público-privadas para melhor entendimento sobre suas formas e meios de implementação. Em seguida, são demonstrados, de forma exemplificativa, casos destas concessões já implementadas no país e as vertentes em que atuam.

Por outro lado, em razão da problemática já apontada, como forma de viabilizar as parcerias público-privadas, ainda pouco utilizadas, a pesquisa apresenta a extrafiscalidade como mecanismo alternativo de fomento destas concessões, citando-se inclusive normativa já existente para esse fim. E por fim, a fim de aprofundar o assunto em termos práticos, são analisados, brevemente, casos judiciais julgados pelos Tribunais envolvendo as parcerias aqui tratadas e seus benefícios.

A pesquisa, desenvolvida por ambos os métodos, indutivo e dedutivo, bibliográfica e documental, conclui pela importância desta modalidade de concessão do serviço público em parceria com o privado e levanta a discussão de seu fomento por meio da extrafiscalidade como forma de desenvolver as esferas públicas e privadas e, consequentemente, a economia do país.

## 2. CARACTERÍSTICAS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas são concessões especiais de serviços públicos, instituídas pela Lei Federal nº. 11.079/04 (BRASIL. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, artigo 1º), para aprimorar a prestação dos serviços de natureza pública por meio da sua concessão aos particulares interessados em fazê-lo. Segundo leciona Meirelles (2009, p. 405) “destina-se, ao que parece, a permitir

a inserção do setor privado em serviços até agora pouco atrativos, como a construção e administração de presídios, hospitais, escolas e outros setores".

Para Di Pietro (2010, p. 306):

[...] é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto: (a) a execução de serviço público, precedido ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com o sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 460/461) aponta o sucesso da adoção das parcerias público-privadas em outros ordenamentos jurídicos, tais como Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda e justifica seu êxito, principalmente no caso dos países ainda em desenvolvimento, na falta de recursos financeiros públicos e eficiência na gestão privada.

São tratadas como concessões especiais de serviços públicos em razão da existência da concessão ordinária, regida pela Lei nº. 8.987/95, para diferenciá-las. Também possuem particularidades, como o prazo de concessão do serviço (5 a 35 anos) e o valor necessário à realização da licitação para os particulares (mínimo de vinte milhões de reais), cabendo ao gestor público elaborar o projeto. E ainda, são divididas em dois tipos, sendo que a primeira, chamada concessão patrocinada, ocorre quando, apesar de ter sido concedido, o serviço público conta com recursos da Administração e da eventual tarifa cobrada. Já a concessão administrativa não contará com a verba proveniente da tarifa, mas tão somente aquela acordada com o Poder Público.

Em suma, ainda como explica José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 463), na concessão patrocinada há o recebimento de recursos de duas fontes, a primeira decorrente das tarifas dos usuários e a segunda da contraprestação do poder concedente. Na administrativa, há apenas o pagamento pelo concedente pois o serviço não comporta contraprestação tarifária.

Nesse sentido, as parcerias público-privadas são modalidades de concessão que possibilitam à Administração obter excelência na prestação de serviços de sua competência, por meio de contrato firmado com particulares, podendo receber recurso direto (Poder Público) e indireto (tarifa da prestação do serviço), ou pelas duas formas.

Este tipo de concessão, por ser estabelecida por lei federal, em consonância com o artigo 175 da Constituição Federal que, por sua vez, autoriza a realização do serviço

público por meio de concessão, desde que haja licitação e prestação de contas, pode ser utilizada em âmbito Federal, Estadual, Municipal e pelo Distrito Federal, por leis promulgadas para esse fim, sendo que, para o primeiro ente aludido, a legislação faz menção específica da necessidade de estudo do caso e instituição de fundo para garantia das parcerias. Porém, por uma questão de simetria, o mesmo ocorre com os demais. Nas palavras de Carvalho Filho (2010, p. 469):

A Lei nº. 11.079/2004 contempla, ainda, um capítulo com normas aplicáveis somente às parcerias federais. Para esse fim determina a instituição de um órgão gestor, com a participação de representantes dos Ministérios do Planejamento, da Casa Civil e da Fazenda, ao qual caberá o estudo prévio do mérito do projeto e da viabilidade da concessão da garantia financeira (art. 14). Prevê também a criação de um Fundo Garantidor de Parcerias – FGP, que será administrado, gerido e representado por instituição financeira controlada pela União (arts. 16 a 21).

Assim, as verbas para dispêndio com as contratações de parcerias público-privadas deverão existir e, a critério de estudo realizado, podem ser disponibilizadas caso a proposta seja aceita, por meio de processo licitatório.

As concessões especiais são, desta forma, opção vantajosa ao administrador que deseja obter eficiência na atuação pública, valendo-se da iniciativa privada como coautora na gestão e também beneficiária da prestação do serviço. Logo, em vista da crescente demanda pública aliada à premente necessidade de efetiva prestação, apresentam-se as parcerias público-privadas para a melhoria dos serviços e obtenção de excelência na gestão do ente que as aderir (CARVALHO FILHO, 2010, p. 468).

Por outro lado, ainda são pouco utilizadas e o motivo encontra-se no seu custo elevado que desvia o olhar do investidor privado, o qual, em tempos complexos de instabilidade financeira do país, não vê oportunidade de investimento sem que haja estímulo para tanto.

### 3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA GESTÃO PÚBLICA DO PAÍS

As empresas especializadas habilitadas e contratadas após processo licitatório poderão exercer o múnus público com total êxito e prestatividade, muitas vezes melhor do que a própria Administração Pública faria naquele momento. Nesse sentido, as parcerias aqui estudadas buscam o auxílio privado em âmbito público por meio do gestor que, firmando os contratos, garante o bem-estar de seus administrados.

José dos Santos Carvaho Filho (2010, p. 461) lembra que esta forma de prestação de serviço público tem ganhado espaço entre as discussões legislativas e, dentro da gestão pública, demonstra-se como meio viável à boa execução de serviços essenciais, tais como educação, construção de presídios e infraestrutura nas vias de transportes, como aponta Meirelles (2009, p. 405).

Sob este enfoque, podem-se citar alguns estados da federação que já adotam esta forma na administração pública para execução de diversos serviços.

O Espírito Santo possui lei dispositiva sobre as parcerias público-privadas e legislação acerca do fundo de gestão (ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar nº. 492 de 10 de agosto de 2009 e Portaria nº. 029-S/10), atribuindo, ainda, como ponto principal para atuação, a área de mobilidade urbana (rodovias, ferrovias, dentre outros) e saneamento básico. Da mesma forma, a Bahia (BAHIA. Lei nº. 9.290 de 27 de dezembro de 2004, artigo 1º), Minas Gerais (MINAS GERAIS. Decreto nº. 43.702 de 16 de dezembro 2003, artigo 1º, e Lei nº. 14.869 de 16 de dezembro de 2003, artigo 1º) e Pernambuco (PERNAMBUCO. Lei nº. 12.765 de 2005, artigo 1º), que inclusive possui *legis* sobre os projetos prioritários para as concessões especiais, como construção de rodovias (Projeto nº. 1557), criação de Sistemas de Abastecimento de Água e tratamento de Esgoto (Projeto nº. 1558), dentre outros.

Menciona-se também o estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL. Lei nº. 12.234 de 13 de janeiro de 2005, artigo 1º), cabendo destacar, outrossim, o Estado de Mato Grosso que, recentemente, por meio da Lei nº. 9.641/11 (MATO GROSSO. Lei 9.641 de 17 de novembro de 2011, artigo 1º), instituiu as parcerias público-privadas, com prioridade voltada para as áreas de segurança pública, educação, assistência social, transportes, saneamento, segurança, ciência e tecnologia e agronegócios.

A descentralização do serviço em muitos casos garante a efetividade e possibilita ao Estado investir em outras áreas que não estejam sob concessão. A transferência da titularidade tem também o propósito de beneficiar a população, tal como vem ocorrendo em muitos estados da federação brasileira. Por outro lado, não basta apenas que os estados tenham inclinação à disposição do serviço ao particular, mas que este lhe seja atrativo a ponto de pretender realizar o investimento.

Isto porque, em vista do alto custo da obra, aliada às incertezas de seu êxito e efetiva participação do Poder Público que invariavelmente está sempre em posição mais vantajosa no contrato de concessão, é necessário criar incentivo ao investimento e maior difusão das parcerias público-privadas, o que enseja a implementação fiscal, aqui trabalhada na forma da extrafiscalidade.

#### 4. EXTRAFISCALIDADE: MECANISMO ALTERNATIVO PARA VIABILIDADE

Extrafiscalidade pode ser conceituada como a forma de obter uma conduta sem a necessidade de arrecadação fiscal. Possui aporte constitucional e está relacionada ao interesse do Estado, o que acarreta em sua intervenção. Nas palavras de Gouvêa (2006), é meio para obtenção de receitas em outras formas fora da tributação, a exemplo das isenções, benefícios, progressividades, dentre outros.

É dizer que se tratam de formas fiscais alternativas para obter viabilidade em fazer ou deixar de fazer algo em benefício do Estado. Em sentido amplo, serve como estímulo ao pretendido pelo Poder Público de acordo com seu interesse. No caso em estudo, como forma de fomento das concessões especiais ao setor privado, adotar-se-á a modalidade de isenção tributária para a implementação da extrafiscalidade.

Nas palavras de Carrazza (2012, p. 980), isenção é a dispensa legal do pagamento do tributo. Brito (2010, p. 244) nos lembra que esta só ocorre por lei e, a despeito de certas controvérsias existentes quanto à incidência ou não do tributo no caso da isenção, certo que, para fins de extrafiscalidade desta pesquisa, basta que adotemos o entendimento de que não há tributação em razão de um interesse estatal maior.

Sabbag (2009, p. 822), tratando da isenção dentro da extrafiscalidade, quando cita Leandro V. Paulsen, aponta que o interesse público guiará a lei isentiva para a obtenção da extrafiscalidade no plano mediato e da justiça fiscal.

E ainda, Carrazza (2012, p. 1.008) recorda que a isenção se divide em condicionais, incondicionais, temporárias e indeterminadas. No caso da condicional, também chamada bilateral e onerosa há uma contraprestação do beneficiário, que decidirá se, uma vez enquadrado na legislação, a ela aderirá.

Portanto, traçadas as linhas conceituais, o propósito da extrafiscalidade como forma de incentivo à adesão do setor privado nas parcerias público-privadas, *in casu* implementada por meio de isenção tributária, materializa-se em estímulos fiscais iniciais e temporários quando da execução da obra, em diálogo direto do Poder Público com o Privado.

É o caso da Lei Federal nº. 12.766/2012 (BRASIL. Lei 12.766 de 27 de dezembro de 2012), que alterou o parágrafo segundo do artigo sexto da lei das Parcerias Público-Privadas, a fim de possibilitar os aportes de recursos para aquisição de bens, excluindo tal valor da base de cálculo da Contribuição Social para o Programa de Integração Social e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep, bem como da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Conforme ensina Harada (2013, p. 324), as contribuições sociais são espécies tributárias vinculadas à atuação indireta do Estado. Destarte, a depender da quantia da obra, a tributação muitas das vezes acaba sendo pesada ao investidor. A medida em questão em boa hora veio justamente estimular à adesão desta modalidade de concessão especial, melhorando a prestação de determinados serviços públicos com vistas ao bem-estar social. O interesse público está bastante claro, o que justifica a isenção.

Gasparini (2005, p.382) ressalta que esta modalidade de concessão especial pretende o aproveitamento da atuação privada, que está livre de certas peias burocráticas para efetivar o serviço público e garantir o bem-estar da população, finalidade última da gestão pública.

Lima, Paula e de Paula (2007) esposam o mesmo raciocínio:

Em linhas gerais as PPPs apresentam-se como alternativa positiva à atual situação econômico-financeira e social do Brasil – situação esta cultivada a longas décadas de déficit público e a elevado custo social. Assim, representam importante instrumento para viabilizar investimentos em infra-estrutura e serviços de utilidade pública, utilizando-se de novo padrão de financiamento. Contudo, para um crescimento sustentável em longo prazo, devem ser observados os parâmetros dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma de garantir a transparência na utilização de recursos públicos no decorrer de variadas gestões. De fato, as repercussões políticas e econômicas só poderão ser notadas pela sociedade brasileira no decorrer da efetiva implementação de contratações na modalidade de Parceria Público Privada.

Desta forma, a utilização da extrafiscalidade para atrair investimento privado por meio de contrato de parcerias público-privadas é medida alternativa à solução de duas problemáticas prementes: o fomento e adesão desta modalidade de concessão especial de serviço público e a melhoria da prestação do serviço licitado, almejando sempre o bem-estar dos administrados.

## 5. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

O princípio da eficiência vigente no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Artigo 37) foi inserido com a edição da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998), sendo até então apenas um princípio implícito, isto é, não estava expresso formalmente. Trata-se de um princípio contemporâneo, com previsão expressa também na redação da

Lei n. 9.784/99 (BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e veicula a obrigatoriedade de que os agentes públicos busquem em seus desempenhos os melhores resultados possíveis e a coletividade tenha suas demandas atendidas com presteza, atendimento qualitativo e satisfatório, viabilizando a eficiente atuação de seus agentes.

Quanto aos princípios institucionais dos serviços públicos, José dos Santos Carvalho Filho (2010, p.356) elucida que:

Princípio da Eficiência: Deve o Estado prestar seus serviços com a maior eficiência possível. Conexo com o princípio da continuidade, a eficiência reclama que o Poder Público se atualize como os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com menos dispêndio.

Logo, é cabível afirmar que a eficiência consistirá na base da contratação das parcerias público-privadas, pois, por meio dela, são almejadas políticas públicas mais adequadas para alcançar efetividade das ações e dos programas governamentais.

Ao se adentrar na seara de uma parceria entre o ente público e o setor privado, temos um universo de possibilidades. Entre direitos e deveres instituídos às partes com a redação da Lei 11.079 de 2004 (BRASIL. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004) observa-se o princípio da eficiência apontando para a racionalidade do funcionamento da Administração Pública, enaltecendo dessa forma a finalidade de tal parceria.

O controle imprudente dos recursos do setor público, que fere o princípio da economicidade, também constitui lesão ao princípio da eficiência. Não é possível afirmar que a Administração Pública seja eficiente se também não forem eficientes os processos por ela geridos e os agentes que a compõem. Tal está associado também ao princípio da boa administração pública, pois visa à presteza na atuação e melhor gerenciamento de seus recursos.

Em referência às atuações típicas do Estado, os serviços públicos propriamente ditos, bem como aquelas próprias dos particulares, o que se discute nesta pesquisa é que em determinadas circunstâncias a parceria entre estas partes é bastante viável, visando a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, coroando a relação dentro da boa administração dos interesses públicos.

Logo, a distinção entre o público e o privado não exime que os atos praticados pela Administração Pública sejam dotados de qualidades intrínsecas de

excelência, de modo a possibilitar o melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei.

O princípio em tela associa-se também à definição de Administração Pública Gerencial, oriunda da reforma administrativa em vigor, a qual viabiliza um modelo de administração que privilegia a desburocratização e a descentralização administrativa, ou seja, uma visão que considera o Estado uma empresa e seus serviços destinados aos clientes, no caso, cidadãos, mas voltados também para a eficiência dessas atividades, tais quais na avaliação de seu desempenho bem como no controle de resultados.

Em uma sociedade capitalista o desafio imposto à gestão pública é exatamente o de criar continuamente instrumentos apropriados para garantir o equilíbrio mínimo entre os princípios opostos existentes na sociedade, de forma a fortalecer o bem-estar da coletividade, conservar e suscitar a liberdade e autonomia dos seus cidadãos, conforme os princípios que regem a Administração Pública.

Esta é a razão pela qual a própria lei nº 11.079 de 2004 (BRASIL. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, artigo 4º), em seu artigo 4º, inciso I, dispõe sobre “a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”.

Na consolidação de tal princípio norteador, ao contratar-se parceria público-privada, a proposta da extrafiscalidade apresenta-se como possibilidade para inserir e fomentar políticas públicas, com o fim de atrair determinado setor econômico, ou até mesmo estimular certa atividade ou serviço, idealizando meios que garantem o bom funcionamento público em prol de incentivo ao setor privado.

A extrafiscalidade é uma medida que pode ser adotada pelo Estado, de maneira a viabilizar a garantia da efetividade dos direitos constitucionalmente delimitados por meio da incidência de tributos de maneira diferenciada. E constituindo tal ato uma política pública na atuação do poder público para a consecução da finalidade pública, é dever do Estado a adoção de um núcleo estratégico que formule e controle a implementação destas políticas, incrementando sua eficiência.

É válido afirmar dessa forma que a utilização dos meios extrafiscais de cobrança tributária são instrumentos de implementação de políticas públicas, ou seja, uma medida de utilização de efetividade para consagrar e atingir a sua finalidade pública.

Ressalta-se que no processo de implementação, acompanhamento, avaliação e controle das políticas públicas, é preciso incorrer na diferenciação de

eficácia, eficiência e efetividade, na Gestão Pública, pois apesar de estarem interligados, possuem significados distintos. Segundo ensina Arretche (2001) a eficácia relaciona diretamente metas e objetivos, de forma a medir a sua consecução em sua plenitude. A eficiência relaciona a atividade empregada com os custos em questão, tais quais os financeiros, humanos e tempo. E finalmente a efetividade relaciona a atividade mencionada com seus efeitos na realidade a ser transformada, isto é, consequências.

Nas palavras de Berti (2009. p. 42):

[...] ao incidir sobre situações, fatos ou estados de fato, indicativas da existência de capacidade econômico-contributiva dos sujeitos passivos, os impostos viabilizam a efetivação de inúmeras políticas públicas voltadas à realização de objetivos sociais e econômicos nas mais diferentes áreas da atuação das pessoas físicas e jurídicas", promovendo ou reprimindo condutas, estimulando ou dificultando o desenvolvimento de mercados, ensejando ou inviabilizando atos e negócios jurídicos.

Assim, embora haja certa relutância na celebração das parcerias públicos-privadas, analisando-as sob a ótica de políticas públicas, que objetivem delinear um melhor modelo na administração à luz desta parceria, é válida a discussão da temática como forma de minimizar custos demasiado elevados para a sua atuação, propondo-se assim a extrafiscalidade como meio objetivo de operacionalizar a sua execução ao atingir a finalidade pública.

## 6. JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

As parcerias público-privadas, quando instituídas, são dotadas de previsão orçamentária e criação de fundo investidor, o que afasta a possibilidade de fraude ou inadimplência do ente contratante.

Outrossim, segundo discorrido, de acordo com a legislação aplicável, as concessões especiais serão utilizadas quando o valor da contratação não for inferior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Ademais, existe a possibilidade de, além da verba acordada, a empresa contratada valer-se da tarifa cobrada pelo serviço.

Nesta senda, com a aplicação da extrafiscalidade, o setor particular só tem a ganhar com o investimento no público, em especial pelo incentivo tributário posto à disposição dos empresários do Brasil, que poderá ocorrer nas mais variadas formas, diferentes do exemplo trazido pela lei nº. 12.766/12 (BRASIL. Lei 12.766 de 27 de dezembro de 2012).

Não se olvida, da mesma forma, que esta é a finalidade da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL. Lei 8.666 de 1993) para que, por meio da participação da maior

quantidade de concorrentes possível, encontre-se a melhor proposta na licitação em benefício ao ente público. O incentivo fiscal aqui discutido também atua nesse momento da contratação.

Cabe ressaltar que, tratando juridicamente do caso em testilha, os Tribunais já julgaram casos relativos às parcerias entre o setor público e privado, tratando a questão dentro dos limites impostos pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. É o que se infere do julgado abaixo colacionado proveniente do Estado do Rio de Janeiro:

Agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida nos autos da Medida Cautelar ajuizada pelo ente público municipal em face da concessionária vencedora da licitação. Contrato de concessão especial de Parceria Público-Privada firmado na modalidade administrativa. Inadimplemento do ente municipal sob a alegação de imperfeição na conclusão da obra. Questão eminentemente técnica, isto porque, se trata de uma obra grandiosa em que eventuais itens mal executados não comprometem inteiramente a operação do sistema sanitário e, portanto, não justificaria reter o pagamento, não se mostrando razoável que o Município prorrogue o início dos pagamentos por defeitos de execução que podem ser reparados ao longo da manutenção prevista no contrato. Recurso provido.

No caso acima relatado, inobstante a obra realizada tivesse algumas falhas técnicas, estas não obstaram a obrigatoriedade da realização de pagamento do valor contratado com a Administração. Outrossim, ainda traçando paralelo sobre o julgado em comento, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade igualmente é lembrada da questão da extrafiscalidade, já que é justamente por meio desta ponderação pelo ente público a extrafiscalidade é implementada e viabilizada a utilização das parcerias público-privadas.

Não obstante, eis julgado relacionado ao caso tributário advindo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ação direta de constitucionalidade. Lei nº 3.789/2015 do Município de Mirassol, que altera dispositivos da Lei municipal nº 3.097/2007, acerca de Programa de Parceria Público Privada, e autoriza o Poder Executivo a conceder desconto em tributos que especifica. Diploma de origem parlamentar. Vício de iniciativa não caracterizado, já que quanto à matéria financeiro-tributária a competência é concorrente. Precedentes. Ofensa reconhecida, contudo, aos princípios da separação de poderes e da reserva legal. Art. 5º, inciso II, e 163, § 6º, da Constituição estadual. Causa de pedir aberta que permite o reconhecimento de tal sorte de contrariedade. Ação procedente.

No caso acima, entretanto, ao conceder benefícios fiscais, houve inconstitucionalidade no tocante à forma de sua concessão, que acabou por ser delegada pelo chefe do Executivo. Por outro lado, a exemplificação apenas demonstra a inclinação crescente deste tipo de incentivo para maior difusão das parcerias público-privadas.

O fato é que, assim como nos lembra Gonzalez (2005), estas novas formas de investimento por parte do setor privado é avanço em matéria de contratação pública, possibilitado por meio de instrumentos eficazes de controle e fiscalização, inclusive judicial, na forma aqui exposta.

## CONCLUSÃO

Por meio deste artigo, pretendeu-se demonstrar, inicialmente por meio conceitual, as vantagens das parcerias público-privadas e a necessidade de sua maior implementação no país. A esse passo, são citados exemplos exitosos de implementação e utilização destas concessões de serviço público em diversos Estados da Federação.

Entretanto, por questões de incentivo, são ainda pouco utilizadas, o que não se afigura plausível se considerarmos as grandes vantagens que aportam em seu bojo.

Nesse ponto, a extrafiscalidade, tratada na pesquisa como isenção tributária, traz a possibilidade de maior investimento do setor privado. Logo, as PPPs constituem-se mecanismos alternativos bastante vantajosos, com inúmeros benefícios ao Poder Público, ao particular contratado e principalmente aos administrados que fizerem uso do serviço.

Em vista das vantagens trazidas pelas parcerias público-privadas, é certo que sua efetiva utilização só tem a beneficiar o Poder Público e, consequentemente, a população beneficiária do serviço prestado, além do incentivo à iniciativa privada, o que demonstra a relevância da pesquisa também em termos de avanços sociais e econômicos. A participação privada garante a eficiência necessária dentro da Administração Pública, sendo a extrafiscalidade fundamental para o incentivo ao setor privado.

Ademais, os casos legislativos citados, aliados à jurisprudência colacionada, demonstram cabalmente o êxito na implementação extrafiscal nas concessões especiais como forma de fomentá-las, donde se espera maior empenho do gestor na inclusão das PPPs dentro das administrações do país. O controle judicial, inclusive, serve como vetor a ilegalidades e garante a consolidação dos princípios da administração pública, mormente a legalidade e a eficiência.

A pesquisa, entretanto, ainda é muito escassa e pouco aprofundada, o que demonstra o estado atual da arte e convida a maior implementação das Parcerias Público-Privadas para que os casos práticos sejam referências tanto aos incentivos fiscais quanto ao efetivo desenvolvimento do país, em termos econômicos e sociais. Desta forma, em termos de comprovação dos fatos aqui investigados frente à problemática posta, inevitavelmente conclui-se que os benefícios adjuntos à esta modalidade de concessão de serviço são vantajosos e acessíveis, o que constitui alternativa viável frente às necessidades atuais do país.

## REFERÊNCIAS

BAHIA. Lei nº. 9.290 de 27 de dezembro de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia - PPP Bahia e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado da Bahia*, BA, 27 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/index.php?pag=pesqavanc>>. Acesso em 10 abril 2012.

BRASIL. Lei nº. 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em 20 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em 20 mai. 2016.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicacomilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm)>. Acesso em 25 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº. 12.766 de 27 de dezembro de 2012. Altera as Leis nos 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12766.htm)>. Acesso em 08 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 08 jun. 2016.

BRASIL. *Ministério do Planejamento. Projetos de Parcerias Público-Privadas.* Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/projetos/estaduais/estaduais.html>>. Acesso em 20 de abr. 2012.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19 de 04 de Junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>. Acesso em 14 Nov. 2016.

BRASIL. Lei nº. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em 08 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *ADI nº. 2176028-61.2015.8.26.0000 que julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade de lei Municipal.* Relator: Arantes Theodoro. Julgamento em 18.05.2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9445053&cdForo=0&vlCaptcha=Cjqym>>. Acesso em 09 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Acórdão em Agravo de Instrumento nº. 0015621-23.2009.8.19.0000 (2009.002.23496) que reformou decisão interlocutória proferida em Medida Cautelar interposta por Município.* Relator: Des. Monica Tolledo de Oliveira. Julgamento em 29.09.2009. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900223496>>. Acesso em 09 jun. 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar nº. 492 de 10 de agosto de 2009 e Portaria 029-S/10. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências. Regimento Interno - Ver Decreto nº 2410-R (D.O. de 27/1/09) e Portaria nº 029-S (D.O. de 28/12/2010). Ver Decreto nº 2889-R (D.O. de 03/11/11) que institui o Procedimento de Manifestação de Interesse para apresentação de projetos, estudos, levantamento ou investigações a serem utilizados em modelagens de projetos de Parcerias Público-Privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão. Ver Decreto nº 3072-R (D.O. de 09/08/2012) que institui o Programa de Gestão para Resultados do Governo do Estado do Espírito Santo realiza. In: *Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo*, ES, 23 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.al.es.gov.br/novo\\_portal/](http://www.al.es.gov.br/novo_portal/)>. Acesso em 10 abr. 2012.

GASPARINI, D. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

GONZALEZ, Andres Garcia. *Parceria Público-Privada: Apontamentos Gerais.* Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/andresgarciagonzalez/parceria.htm>>. Acesso em 20 mai. 2016.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. A extrafiscalidade no Direito Tributário e suas classificações. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1226, 9 nov. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9151>>. *Jus Navigandi*. Acesso em 07 jun. 2016.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Jacqueline Baptista de Souza; PAULA, Luciane Maria Argenta de Mattes; PAULA, Rogério Carvalho. Entendendo a Parceria Público Privada no Brasil: Uma análise Preliminar. *Revista Gestão Pública e Controle*, v. 1, p. 79-111, 2007. Disponível em: <<http://www.unifra.br/pos/gestaoemturismo/downloads/PARCERIAS%20PUBLICO%20PRIVADAS.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MATO GROSSO. Lei nº. 9.641 de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de Mato Grosso. In: *Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso*, MT, 17 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.al.mt.gov.br/busca\\_legislacao/?RestringeBusca=e&Numero=9641](http://www.al.mt.gov.br/busca_legislacao/?RestringeBusca=e&Numero=9641)>. Acesso em 10 abril 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Decreto nº. 43.702 de 16 de dezembro de 2003. Instala o Conselho Gestor de Parcerias Público Privadas - CGPPP e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, MG, 16 dez. 2003. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43702&comp=&ano=2003&aba=js\\_textoAtualizado#texto](http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43702&comp=&ano=2003&aba=js_textoAtualizado#texto)>. Acesso em 10 abril 2012.

PERNAMBUCO. Lei nº. 12.765 de 2005. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parceria Público-Privada, e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco*, PE, 2005. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/pesquisaGeral.aspx?pagina=0>>. Acesso em 10 abril 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº. 12.234 de 13 de janeiro de 2005. Dispõe sobre normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas, institui o programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul – PPP/RS - e dá outras providências. In: *Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul*, RS, 13 de jan. 2005. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>>. Acesso em 10 abril 2012.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## **A MULTIDIMENSIONALIDADE DA SUSTENTABILIDADE: ABORDAGENS CONSTITUCIONAIS SOBRE O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR**

### ***SUSTAINABILITY MULTIDIMENSIONALITY: CONSTITUTIONAL APPROACHES TO THE RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT AND POPULAR PARTICIPATION***

Cristiane Caldas Carvalho

Professora no Curso de Direito da Universidade Ceuma. Advogada – Seção Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Mestre em Saúde e Ambiente na área de concentração Direito Ambiental e Sanitário pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Coordenadora do Núcleo de Atividades Complementares do Curso de Direito da Universidade Ceuma.

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino

Professora Adjunta no Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Advogada – Seção Maranhão e Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora e Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB nacional) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

**Submissão em 16/05/2017**

**Aprovação em 14/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.3754>

**Resumo:** O presente artigo aborda a multidimensionalidade da sustentabilidade, considerando a garantia constitucional do direito ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida, evidenciando-se a correspondência constitucional entre o poder público e a sociedade na defesa e na preservação do meio ambiente. Expõe-se a conceituação de meio ambiente como direito difuso. Enumera-se o tratamento histórico constitucional sobre o meio ambiente como fator de promoção de bem-estar integral e dignidade da pessoa humana e o paradigma da multidimensionalidade da sustentabilidade. Por fim, aborda-se a participação popular na matéria ambiental como fator de exercício da cidadania.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade; Meio Ambiente; Direito Constitucional Ambiental.

**Abstract:** The present paper discusses the multidimensionality of sustainability, considering the constitutional guarantee of the right to environment and healthy quality of life, demonstrating the constitutional co-responsibility between government and society in the defense and preservation of the environment. Exposes the concept of environment as diffuse right. Enumerates the constitutional historical treatment of the environment as a factor of comprehensive wellness promotion and human dignity and the paradigm of the multidimensionality of sustainability. Finally, it approaches the popular participation in environmental matters as a factor for the exercise of citizenship.

**Keywords:** Sustainability; Environment; Environmental Constitutional Law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O conceito de meio ambiente. 3. O meio ambiente como direito difuso. 4. O direito ao meio ambiente nas constituições brasileiras e o paradigma da sustentabilidade. 5. A participação popular como exercício da cidadania. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Após quatro décadas de crescimento econômico acelerado, notadamente entre os anos de 1940 e 1980, o Brasil foi submetido a um regime de degradação ambiental intenso e devastador. No início dos anos 70 observaram-se os primeiros sinais de esgotamento do modelo desenvolvimentista, desencadeando-se as primeiras percepções sobre a insustentabilidade das atividades que, à época, enquadram-se apenas em padrões de inovação tecnológica.

Esta problemática foi inserida no contexto dos movimentos sociais, sobretudo na década de 80, quando houve a concentração de esforços na busca da garantia de direitos urbanos fundamentais, a exemplo do acesso à habitação, ao lazer, ao transporte, à educação, ao saneamento básico, à saúde, aos serviços públicos de qualidade, enfim, ao planejamento urbano e social adequado. Como resultado, obtivemos a formulação do Texto Constitucional de 1988 consubstanciado em princípios, diretrizes e instrumentos voltados para o desenvolvimento das atividades humanas, alicerçado na corresponsabilidade entre o Estado e a sociedade civil na promoção da sustentabilidade progressiva, incorporadora das dimensões ambiental, social, econômica, jurídico-política e ética (FREITAS, 2012).

Os valores ambientais inseridos na Carta Magna de 1988 foram nitidamente influenciados pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, mais conhecida como Conferência de Estocolmo, ocorrida entre os dias 05 e 16 de junho de 1972, a qual proclamou, entre outras, a ideia de corresponsabilidade entre a sociedade civil e o poder público, consoante prenuncia o item 7 da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano:

A consecução deste objetivo ambiental requererá a aceitação de responsabilidade por parte de cidadãos e comunidades, de empresas e insti-

tuições, em equitativa partilha de esforços comuns. Indivíduos e organizações, somando seus valores e seus atos, darão forma ao ambiente do mundo futuro. Aos governos locais e nacionais caberá o ônus maior pelas políticas e ações ambientais da mais ampla envergadura dentro de suas respectivas jurisdições. Também a cooperação internacional se torna necessária para obter os recursos que ajudarão os países em desenvolvimento no desempenho de suas atribuições. Um número crescente de problemas, devido a sua amplitude regional ou global ou ainda por afetarem campos internacionais comuns, exigirá ampla cooperação de nações e organizações internacionais visando ao interesse comum. A Conferência concita Governos e povos a se empenharem num esforço comum para preservar e melhorar o meio ambiente, em benefício de todos os povos e das gerações futuras.

Nesse sentido, observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresentou uma estrutura original ao inserir um capítulo específico dedicado ao Meio Ambiente, algo que não ocorreu, por exemplo, com a Constituição Portuguesa de 1976 nem, tampouco, com a Constituição Espanhola de 1978, as quais regulamentaram a matéria do Meio Ambiente com sendo um “direito econômico, social e cultural” (CANOTILHO, 2008, p. 179).

Inserido no Capítulo VI do Título VII intitulado “Da ordem Social”, sob a denominação “Do Meio Ambiente”, o art. 225 da Constituição Federal Brasileira atribui a todos o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecendo em seus parágrafos normas que versam sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito ao Meio Ambiente equilibrado, bem como um conjunto de determinações particulares em relação a objetos de proteção, em virtude de seu elevado conteúdo ecológico. Nesta perspectiva, temos a seara ambiental perpassando, em caráter transdisciplinar, por diversas matérias constitucionais, principalmente por tratar, notadamente, da proteção da vida e da saúde das pessoas e do próprio ambiente, sendo considerado como direito difuso.

No entanto, tal abordagem passa a ganhar ressignificado com a nova conceituação de sustentabilidade para além do viés ambiental, social e econômico. Juarez Freitas (2012) propõe a ideia da multidimensionalidade da sustentabilidade, considerando-se não somente a ampliação do conceito original do *triple bottom line*, mas a reconceituação da sustentabilidade para outras dimensões, como jurídico-política e ética, de modo entrelaçado.

Portanto, a sustentabilidade ganha reforço principiológico e estrutural, firmando-se inclusive em matéria constitucional. Mas a efetividade de tal ressignificado depende precipuamente da participação popular, importante mecanismo garantista capaz de promover a sadia qualidade de vida, sob a ótica do bem-es-

tar duradouro intergeracional. E é exatamente nas searas citadas que o presente artigo concentra as abordagens jurídicas consideradas relevantes, visando a compreensão do paradigma da sustentabilidade multidimensional na sociedade brasileira.

## 2. O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

O conceito de meio ambiente faz-se relevante diante das abordagens prioritárias sobre a sustentabilidade, considerando-se a dimensão ambiental como a mais ampla e abrangente que, uma vez estruturada em caráter inter e transdisciplinar, engloba uma série de fatores capazes de influenciar, direta ou indiretamente, na sadia qualidade de vida.

Neste sentido, a Constituição Federal reporta-se ao Meio Ambiente Natural (art. 225, caput), ao Meio Ambiente Artificial ou Construído (arts. 182 e 183), ao Meio Ambiente Cultural (arts. 215 e 216) e ao Meio Ambiente do Trabalho (art. 200, VIII).

Diante desta especificidade constitucional brasileira, é conveniente abordarmos a lição de Coimbra (1985, p.29) que define o Meio Ambiente como:

o conjunto dos elementos físico-químicos, ecossistemas naturais e sociais nos quais o homem está inserido, individual e socialmente, num processo de interação que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas, à preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno, dentro de padrões de qualidade definidos.

Canotilho (1995, p.10) assevera que meio ambiente é o “conjunto dos elementos que, na complexidade de suas relações, constituem o quadro, o meio e as condições de vida do homem, tal como são, ou tal como são sentidos”. Temos ainda a conceituação de Pierre George (1973, p.7) que afirma que o “meio ambiente é, a um só tempo, um meio e um sistema de relações”.

Juridicamente, o Meio Ambiente é definido como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, segundo a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Pode-se então sistematizar os conceitos de meio ambiente, conforme proposto originalmente por José Afonso da Silva (2000) e Elida Séguin (2000): a) Meio Ambiente Natural: formado por fauna, flora, água, solo, ar, biosfera, seres vivos interagindo com o seu meio constituindo a biota. Trata-se do acervo de elementos bióticos e abióticos sem a intervenção humana, são os recursos naturais planetários; b) Meio Ambiente Artificial ou Construído: é constituído pela ação antrópica sobre o Meio Ambiente Natural. Segun-

do Elida Séguin (2000, p.18), trata-se do “espaço ocupado, transformado pelo ser humano de forma continuada, onde o homem desenvolve suas relações sociais”; c) Meio Ambiente Cultural: constituído pelo patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico, arqueológico, tecnológico, enfim, “bens de natureza material e imaterial que são referência à identidade e à memória dos diferentes grupos formadores das sociedades”, incluindo-se “as formas de se expressar, criar, fazer, enfim, todas as formas de viver de um povo, manifestadas em suas tradições culturais” (SÉGUIN, 2000, p.19); d) Meio Ambiente do Trabalho: é formado pelas relações de trabalho e seus efeitos sobre o trabalhador, com a identificação de fatores relativos à saúde e segurança ocupacionais.

Diante de tais perspectivas, entende-se que o Meio Ambiente é uma conjugação de elementos articulados entre si em nosso Planeta, “um conjunto indissociável, interdependente e em constante mutação que representa a vida na Terra” (SÉGUIN, 2000, p.08). Isto nos remete ao conceito holístico de Meio Ambiente como um complexo de inter-relações entre os seres compondo um ecossistema formado por fatores bióticos e abióticos (ODUM, 1998) determinantes para a vida saudável e permanente condição de bem-estar para a vida humana e não humana como requisito de dignidade.

### 3. O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DIFUSO

O direito ao Meio Ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida foram albergados especialmente na Constituição Federal de 1988. A constitucionalização desses direitos decorreu da crescente preocupação com o perigo iminente de comprometimento da qualidade de vida na Terra, bem como da disseminação de doenças na população mundial.

Notavelmente após a II Grande Guerra Mundial, a promoção e a tutela de direitos se constituíram em um dos principais fundamentos de organização das sociedades democráticas. Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948 é aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamando o reconhecimento internacional dos direitos humanos, assegurando a dignidade humana através da menção expressa à igualdade e à inalienabilidade de direitos fundamentais.

Neste contexto, os direitos humanos podem ser compreendidos, prioritariamente, em três perspectivas: civil, política e social (OLIVEIRA, 1998). No aspecto civil, diz respeito à personalidade do indivíduo, estabelecendo assim um limite à atuação do Estado. Sob a perspectiva política, os direitos humanos atuam como meio eficaz de promoção da participação do indivíduo na vida do Estado. E sob

o enfoque social, os direitos humanos surgem para estabelecer relações e graus de certeza entre os cidadãos. Em outros termos, os direitos humanos podem ser dimensionados como individuais; culturais, sociais e econômicos; e transindividuais, com natureza coletiva ou difusa.

Segundo o autor (1998), os direitos humanos individuais são reconhecidos como de “primeira geração”, referindo-se às liberdades individuais, à vida, à integridade física, dentre outros que permitem a existência humana individual com bem-estar, permitindo ainda ao indivíduo a faculdade de optar por um *modus vivendi* diante da coletividade.

Os direitos humanos culturais, sociais e econômicos são reconhecidos como de “segunda geração” e albergam a possibilidade de inserção do indivíduo na vida social, ou seja, sua inter-relação com a coletividade. Neste caso, estabelece-se uma perspectiva de cunho social, relacionada à forma de Estado em vigência e a divisão do trabalho instituída, requerendo-se então a proteção à velhice, à infância, ao trabalho.

Já os direitos humanos transindividuais, coletivos ou difusos, conhecidos como de “terceira geração”, decorrem a partir da percepção dos efeitos gerados pelos modos de produção instituídos ao longo dos séculos, voltados exclusivamente para o lucro e o auferimento de vantagens. Aqui surge a necessidade de cooperação e solidariedade entre os povos, uma vez que os efeitos devastadores dos meios de produção atingiram a qualidade e possibilidade de vida sustentável. Assim, os interesses individuais cedem espaço para uma simbiose do poder público com a própria atuação da coletividade no sentido de defender interesses que agora são pertinentes à coletividade, independente de determinações políticas, sociais e econômicas.

Do exposto, o direito ao Meio Ambiente equilibrado é reconhecido como um direito difuso, sem titularidade definida, contemplando a todos os cidadãos indistintamente, tendo sido tal reconhecimento firmado desde 1995 pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o julgamento do MS nº 22.164/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] a proteção ao Meio Ambiente é prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social (Pleno – MS nº 22164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17.11.1995).

Nesta perspectiva, verifica-se que os valores constitucionais brasileiros nos moldes atuais compreendem o meio ambiente como um direito fundamental de

matiz difusa, com tutela autônoma e interdependente, reconhecido como direito fundamental, por se tratar de pressuposto e garantia à sadia qualidade de vida.

#### **4. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE**

De natureza inovadora, a Constituição Federal Brasileira de 1988 superou o nosso histórico constitucional. As leis fundamentais pautavam-se no reconhecimento dos recursos ambientais meramente como recursos econômicos e sequer a expressão “Meio Ambiente” havia sido utilizada, conforme se verifica no histórico constitucional em matéria ambiental.

Inicialmente, a Constituição Imperial de 1824 não fez referência à temática ambiental de forma direta, mesmo sendo o Brasil, à época, um país essencialmente exportador de minerais e produtos agrícolas. No entanto, sabe-se que havia referência à competência legislativa em matéria de posturas (construção civil), poluição e saúde pública.

Já as Constituições Republicanas apresentaram significativos avanços. A Constituição de 1891 atribuía a competência legislativa à União, em seu art. 34, nº 29, em matéria sobre minas e terras. A Constituição de 1934 atribuía à União a competência legislativa sobre “bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água energia hidrelétrica, florestas, caça, pesca e sua exploração” (art. 5º, XIX), protegendo ainda em seus arts. 10, III e 148 as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico e cultural. A Constituição Republicana de 1937 manteve a proteção aos monumentos históricos, artísticos e naturais (art. 134) e a competência legislativa privativa da União sobre “bens de domínio federal, minas, metalurgia, águas, energia hidráulica, florestas, caça, pesca e sua exploração” (arts. 16, XIV e 18).

A Constituição Federal de 1946 não trouxe novidades, mantendo-se a competência da União nas matérias mencionadas (art. 5º, XV), tutelando, mais uma vez, a saúde, as riquezas do subsolo, águas, florestas, caça e pesca. Na Constituição Federal de 1967, à União era outorgada a competência para legislar sobre direito agrário, normas gerais de segurança e proteção da saúde, águas e energia elétrica.

Outorgada pela Junta Militar em 17 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº 01 inovou ao introduzir o vocábulo “ecológico” em textos legais ao expor que “a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades” (art. 172, Emenda Constitucional nº 01/69).

Demonstra-se com o exposto que o legislador constitucional brasileiro – em virtude dos momentos históricos e da concepção arraigada de que os recursos ambientais eram infinitos – traduziu de forma direcionada a preocupação econômica com o Meio Ambiente. Os textos constitucionais demonstram uma visão estreita sobre a proteção dos recursos ambientais tutelando, paulatinamente, a realidade socioambiental brasileira após as grandes discussões mundiais sobre a sustentabilidade, fato que culminou na Constituição Federal de 1988, a qual reconhece a relevância do Meio Ambiente como um bem composto de inúmeras variáveis, sendo imprescindível para a continuidade da vida com qualidade e bem-estar.

A Constituição Federal Brasileira promulgada em 05 de Outubro de 1988 representa um marco na história das Constituições pelo mundo: dispõe de um dos mais abrangentes e atuais sistemas de tutela ao Meio Ambiente, alcançando inúmeros regramentos decorrentes da natureza multidisciplinar da matéria, versando, por exemplo, sobre o acesso popular ao Judiciário para defesa do Meio Ambiente (art. 5º, LXXIII), sobre a definição dos bens e da competência da União em matéria ambiental e outros assuntos correlatos (arts. 20 e 21), sobre a atribuição de competência legislativa e administrativa aos entes da Federação (arts. 22, 23, 24, 25 e 30), incentivos regionais (art. 43, §2º, IV e §3º), função socioambiental da propriedade e defesa do meio ambiente como princípios da atividade econômica (art. 170, III e VI c/c art. 182, §2º e art. 186), política urbana (art. 182, §§ 1º ao 4º), saúde (art. 200), cultura (art. 216, I a V), comunicação (art. 220, §3º, II), proteção aos índios (art. 231), entre outros dispositivos.

Assim, constatamos que diversos dispositivos constitucionais em matéria ambiental contemplam um acervo de “normas de natureza processual, penal, econômica, sanitária, tutelar administrativa e, ainda, normas de repartição de competência legislativa e administrativa” (ANTUNES, 2011, p. 71). Apesar desse avanço, a nossa Constituição traz à tona um desafio: envolver a sociedade civil e o poder público no sentido de efetivar todos os comandos relativos à proteção ambiental e à sustentabilidade dispostos na Constituição Federal de 1988 e nos demais dispositivos legais e normativos brasileiros.

Dessa forma, a Constituição Federal Brasileira de 1988 inovou principalmente no aspecto de considerar o Meio Ambiente como um bem jurídico autônomo, dotado de valor *per si*, proclamando-se como um “valor ideal da ordem social” (MILARÉ, 2014 p. 161). Como consequência, o Meio Ambiente é consagrado como um direito público subjetivo, exigível e exercitável em face do próprio Estado e com alcance propagado a toda a coletividade, inclusive como um pressuposto de garantia de proteção ao direito à vida humana e não humana,

em uma perspectiva intergeracional, conforme se verifica do texto do art.225 da CRFB/1988:

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.

Em primeiro lugar, deve-se compreender o sentido e o alcance da expressão “bem de uso comum do povo”. Segundo Meirelles (2012), a expressão mencionada faz referência a todos esses locais abertos à utilização pública (mares, praias, estradas, ruas, praças) que adquirem caráter de fruição coletiva, comunitária, de fruição própria do povo. Trata-se também de considerar os bens de uso comum não mais como os bens pertencentes ao Estado, os chamados bens públicos. Na realidade, a Constituição de 1988 rompeu com essa tradicional compreensão e trouxe à tona a possibilidade de intervenção na propriedade privada, visando garantir a toda a coletividade o acesso aos bens ambientais.

Pode-se depreender do texto que surge o direito fundamental ao Meio Ambiente equilibrado e, como tal, indisponível, sendo inclusive resguardado para as presentes e futuras gerações. Desta forma, o Meio Ambiente se configura como um bem essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público um dever de ordem constitucional, geral e positivo, de zelar por sua defesa e preservação, no sentido de não permitir ou incentivar a degradação e promover a recuperação das áreas degradadas. Logo, “quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, sua atuação transforma-se de discricionária em vinculada” (MILARÉ, 2014, p.175), deixando o caminho da conveniência e da discricionariedade administrativa para a imposição dos deveres mencionados.

Outra mudança significativa de paradigma se refere à atuação do cidadão. Este deixa de figurar apenas como titular passivo do direito ao Meio Ambiente sadio e equilibrado e passa a exercer a titularidade, paritariamente ao Estado, do dever de defendê-lo e preservá-lo, estabelecendo-se então a responsabilidade entre a sociedade civil e o poder público.

Assim, na atual Constituição Federal Brasileira, o direito ao Meio Ambiente sadio é reconhecido como direito difuso fundamental do cidadão, conforme afirma Sarlet (2012, p. 33-34):

Os direitos fundamentais de terceira geração, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distinta o fato de se desprenderm, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se, consequentemente, como di-

reitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Compreende-se, portanto, porque os direitos de terceira dimensão são usualmente denominados como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual (sic), e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.

Portanto, a relevância da tutela ambiental sob um viés sustentável torna-se imprescindível para a continuidade da vida, com foco na obtenção do bem-estar a partir da sadia qualidade de vida. Nesse sentido, o conceito de sustentabilidade originalmente proposto no Relatório Brundtland, primariamente vinculado ao modelo de desenvolvimento “que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades” (COMISSÃO BRUNDTLAND, 1987), com alicerce no tripé ambiental, social e econômico, passa a ser redimensionado adicionalmente nas perspectivas jurídico-política e ética. Segundo Juarez Freitas, o conceito de sustentabilidade deve ser ampliado em multidimensões, superando o modelo tradicional, uma vez que a sustentabilidade se eleva ao patamar de princípio determinante, e não mais como mera qualidade do desenvolvimento (FREITAS, 2012, p. 50):

Princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. [...]. Determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras.

Diante de tal perspectiva multidimensional, constata-se que o “princípio da sustentabilidade molda e condiciona o desenvolvimento (e não o contrário)”, como bem assevera Freitas (2012, p. 55). Assim, o autor considera como multidimensões da sustentabilidade: a) dimensão ambiental, reconhecendo o direito ao meio ambiente como fundamental e pressuposto à vida humana e não humana, com qualidade e longevidade; b) dimensão social, considerando-se a equidade intra e intergeracional em um modelo de convivência social inclusivo, com foco nos direitos fundamentais sociais e maior desenvolvimento de potencialidades humanas (FREITAS, 2012, p.60); c) dimensão econômica, considerando-se a proporcionalidade entre os custos e benefícios diretos e indiretos de empreendimentos públicos e privados, onde a regulação do mercado é conduzida pela eficácia (FREITAS, 2012, p.65, 67); d) dimensão ética, em um plano de concretização

que considera a supremacia da dignidade intrínseca dos seres vivos, reconhecida em uma escala intergeracional (e não meramente a possibilidade de escassez de recursos ambientais); e) dimensão jurídico-política, determinando-se a “tutela jurídica do direito ao futuro” (FREITAS, 2012, p.67), com o reconhecimento de novos titulares de direitos, de limitações à atuação do poder público, a exemplo de contratações e acesso a recursos públicos a partir de determinações normativas voltadas à sustentabilidade, criação de mecanismos de participação política e jurídica sociais, dentre outros aspectos.

Do exposto, constatamos que a Constituição Federal de 1988 albergou não somente a proteção ao direito ao Meio Ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, mas também recepciona a matriz multidimensional da sustentabilidade considerando a relevância dos aspectos ambientais, sociais, econômicos, jurídico-políticos e éticos em seus princípios e dispositivos, além de consagrar a participação popular como fator de exercício da cidadania.

## 5. A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Grande marco histórico após a II Guerra Mundial foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU) em 1948, fato que motivou a reconstrução dos direitos humanos e sociais sob uma perspectiva de universalidade e igualdade que assegurasse um modo de viver com dignidade. Tais características foram incorporadas na atual Constituição Federal Brasileira, pois sua estrutura está consolidada em direitos, garantias e obrigações, tanto do poder público como da coletividade, visando assegurar os valores supremos dispostos em seu texto desde o preâmbulo. Porém, conforme asseverou a Ministra Carmen Lúcia em voto proferido em sede de julgamento de ADI, a participação popular é pressuposto de garantia para a efetividade democrática:

[...] Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]. E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolha José Afonso da Silva que “O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das

normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico" [...] Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Carmen Lúcia, DJE de 17. 10.2008.)

Refletindo sobre a realidade brasileira, constata-se que a cidadania está definida em inúmeros dispositivos infra e/ou constitucionais. No entanto, o seu exercício e efetivação na prática nem sempre se concretiza. O Estado freqüentemente desenvolve políticas públicas inadequadas ou insuficientes, fato que nos faz acreditar em uma cidadania abstrata, que não se manifesta na realidade diária, pois o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais é constante. No entanto, temos que admitir que o Estado não é o único responsável por esta situação. O Estado é apenas um dos pólos da relação social.

A sociedade deve então mobilizar-se de maneira adequada, conhecer e utilizar todos os meios hábeis de garantia de direitos e de exercício da cidadania. Portanto, a cidadania surge a partir do reconhecimento de direitos e obrigações, da consciência da responsabilidade para com o Estado e com a própria sociedade através da realização de objetivos de acordo com preceitos de ordem, igualdade, fraternidade e liberdade de uma nação realmente democrática e sustentável, na perspectiva multidimensional.

Desta forma, a gestão compartilhada na tutela do meio ambiente serve não somente para concretização do dever objetivo de proteger e restaurar os ambientes natural, artificial, cultural e do trabalho, com vistas à sustentabilidade, mas também serve de limite para a atuação estatal. Nesse passo, estabelecendo uma gestão compartilhada de proteção e restauração ao meio ambiente, como previsto no *caput* do art. 225 da CRFB/1988, pretende-se solucionar um problema suscitado por Canotilho (2008, p. 188) na matéria ambiental:

O direito do particular a prestações originalmente derivadas da Constituição enfrenta graves dificuldades. [...] a pretensão ambiental pressupõe uma clara individualização das medidas ambientais necessárias, adequadas e proporcionais para satisfazer a pretensão em causa. Por último, as pretensões prestatórias dirigem-se à proteção de interesse supra-individuais (interesses difusos) ou de direitos coletivos que não se coadunam com a subjetividade individual do direito a prestações ambientais.

Apesar do contexto histórico brasileiro demonstrar vulnerabilidade em várias dimensões da sustentabilidade, considera-se necessária a mobilização popular para a transformação da realidade. A efetividade, portanto, está atrelada à participação social através de mecanismos ou instrumentos de participação no

processo legislativo (a exemplo das leis de iniciativa popular), bem como através do Poder Judiciário (proposição de ação civil pública, ação popular constitucional, ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção), além da participação em instâncias administrativas, a exemplo dos órgãos colegiados em matéria ambiental (conselhos de meio ambiente), audiências públicas ou mesmo na provocação do poder de polícia ambiental nas tratativas em defesa da sustentabilidade nas múltiplas dimensões que lhe são peculiares.

## CONCLUSÃO

O conceito de sustentabilidade projetado no Relatório Brutland em 1987, cujo foco era o suspeito conceito de desenvolvimento sustentável, foi superado ao longo dos últimos anos, sobretudo ao questionar-se a real valoração da escassez de recursos ambientais para as gerações futuras, em uma concepção de matriz econômica. Portanto, a consideração da sustentabilidade com o discurso ambiental, social e econômico amplia-se para a multidimensionalidade proposta por Juarez Freitas, considerando-se adicionalmente as dimensões jurídico-política e ética.

O mero temor de escassez deixa de ser o motivo de tutela com aspecto econômico e ganha espaço para a tutela da sustentabilidade como parâmetro, visando a obtenção da real qualidade de vida como direito fundamental humano e não humano e, por fim, como tutela autônoma ao meio ambiente, considerando-se ainda a perspectiva ética intergeracional, bem como a força jurídico-política capaz de inserir parâmetros normativos ou legais voltados à sustentabilidade.

Assim, o conceito de sustentabilidade e o modelo de desenvolvimento passam a ser ressignificados de modo que a sustentabilidade, outrora qualificadora do desenvolvimento, passa a ser seu valor supremo e meta do desenvolvimento, em busca de duradouro bem-estar e qualidade de vida.

Diante deste contexto, torna-se imprescindível a percepção das modificações ocorridas nas relações do homem com o meio ambiente natural e social, bem como a identificação de alternativas conciliadoras entre o desenvolvimento das atividades humanas e a garantia da sadia qualidade de vida. A ordenação social capaz de promover a interação que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas concomitante à preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno é essencial para disciplinar as intervenções humanas no meio ambiente, sobretudo no que se refere ao reconhecimento dos deveres constitucionais impostos tanto ao poder público e à coletividade no que se refere à sustentabilidade.

Neste sentido, a percepção das diferentes realidades e a implementação de melhorias de qualidade de vida pelos governos locais, estaduais e instâncias nacionais, pelos cidadãos e pelo respeito às leis são indicadores de sustentabilidade nas várias dimensões até então propostas. Isto se comprova em virtude da invisibilidade e transnacionalidade do meio ambiente, a partir do momento em que a repercussão dos impactos ambientais não reconhece fronteiras territoriais e determinações geopolíticas, fato que nos faz reconhecer a essencialidade da harmonia entre as políticas públicas, a organização da sociedade civil e a participação comunitária nos processos decisórios sobre a sustentabilidade com viés ambiental, além da perspectiva social, econômica, jurídico-política e ética nas sociedades contemporâneas.

Diante do panorama socioambiental atual, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao poder público, através de seus órgãos e agentes, o dever de proceder à formulação e execução das políticas públicas, além da elaboração normativa, sob a perspectiva de sustentabilidade multidimensional de suas ações, a partir do momento em que determina o acervo não somente de competências legislativas, mas também de natureza principiológica, normativa, de natureza processual, penal, econômica, sanitária, administrativa, dentre outras que visem a promover a tutela jurídica primando pela garantia autônoma do meio ambiente, sob a perspectiva da sustentabilidade.

De outro lado, por fim, o mandamento constitucional determinou a participação comunitária como pressuposto fundamental democrático no processo de tutela ambiental e de sustentabilidade, em um importante exercício de cidadania ativa capaz de assegurar o direito constitucional ao meio ambiente equilibrado e à dignidade da sadia qualidade de vida.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Seção 1, 20/10/1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emenda-constitucional-1-17-outubro-1969-364989-norma-pl.html>>. Acesso em: 17 jun.2016.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº22164/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 mai.2016.

- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2649*. Relatores: Ministra. Carmen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 mai.2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade* (Crítica de jurisprudência ambiental). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2<sup>a</sup> edição Coimbra Editora e 1<sup>a</sup> edição Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- COIMBRA, José de Ávila. *O outro lado do meio ambiente*. São Paulo: CETESB, 1985.
- COMISSÃO BRUNDTLAND. *O Nosso Futuro Comum*. Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: FGV, 1988.
- DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 20 jul.2016.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GEORGE, Pierre. *O Meio Ambiente* [Tradução de Heloysa de L. D]. Coleção Saber Atual. São Paulo: DIFEL, 1973.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed.rev.,atual.e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- ODUM, Eugene P. *Ecologia* [Tradução de C.J. Tribe]. Rio de Janeiro: Ed.Guanabara, 1998.
- OLIVEIRA, Cândido José Martins de. Direitos Humanos e Sociedade. *Revista do Curso de Direito da UFMA*. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, Centro de Ciências Sociais, Departamento de Direito, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SÉGUIN, Elida. *Direito Ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.



## MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS: DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

### ***MEDIATION AS AN INSTRUMENT FOR SETTLEMENT OF CONFLICTS: FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE***

Elaine Cler Alexandre dos Santos

Doutoranda em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB

Pedro Pereira Borges

Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – USP

**Submissão em 30/03/2017**

**Aprovação em 15/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.3280>

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo apresentar o instituto da mediação como forma de eliminar a necessidade de uso da via judicial para resolução dos conflitos e contribuir para a efetiva aplicação desse procedimento em todo o país. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, com seleção de livros e artigos sobre o tema. A mediação como meio alternativo de resolução de conflitos pode contribuir também para o aperfeiçoamento da legislação já existente, surgindo como uma alternativa de jurisdição, reconhecida pela Constituição Federal como instrumento legal capaz de dirimir os conflitos de interesse, uma vez frustrada eventual negociação entre partes litigantes. O instituto da mediação, entretanto, ainda é pouco utilizado, ou mesmo desconhecido, pela maioria da população, fruto principalmente da falta de informação e de incentivo à utilização de meios extrajudiciais de resolução de contendas. A utilização de meios alternativos como a mediação serve, se não para resolver, pelo menos tentar minimizar o colapso da via jurisdicional de solução de conflitos agravado pelo aumento crescente do número de demandas nas diversas esferas do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Conflito; Mediação; Solução; Acesso à Justiça.

**Abstract:** The present study aims to present the institute of mediation as a way to eliminate the need to use the judicial process for conflict resolution and contribute to the effective application of this pro-

*cedure across the country. The methodology used was Bibliographic, with the selection of books and articles on the theme. The mediation as alternative means of conflict resolution can also contribute to the improvement of the existing legislation, emerging as an alternative jurisdiction recognized by the Federal Constitution as a legal instrument capable of settling the conflicts of interest, once frustrated possible negotiation between the litigant parties. The institute of mediation, however, is still little used, or even unknown, by most the population, mainly due to the lack of information and of encourage of the use of non-judicial means of resolving disputes. The use of alternative means such as mediation serves, if not to resolve, at least try to minimize the collapse of judicial process of resolving conflicts aggravated by the increase in the number of demands in different spheres of the judiciary.*

**Keywords:** Conflict; Mediation; Solution; Access to justice.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Justiça x dignidade da pessoa humana. 3. O direito fundamental de acesso à justiça. 4. Mediação. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No convívio em sociedade, os conflitos de interesses são fenômenos naturais que podem ser resolvidos pelas próprias partes em litígio, por meio de órgãos estatais investidos de jurisdição, ou de forma amigável, por meio de soluções alternativas de jurisdição. Atualmente, o sistema jurisdicional estatal é o mais adotado por aqueles que pretendem solucionar os conflitos de interesse.

Ocorre que, à margem do sistema tradicional, existem meios paraestatais de resolução de contendas, criados pelo legislador no intuito de proporcionar às partes em litígio soluções alternativas para resolver os conflitos de interesse.

A demora do Judiciário na prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade incentiva o jurisdicionado a buscar soluções alternativas que assegurem aquilo que o sistema estatal não está sendo capaz de oferecer de maneira satisfatória ao cidadão, ou seja, a aplicação de uma tutela jurisdicional de qualidade, célere e eficaz.

Os meios alternativos de resolução de conflitos podem auxiliar o sistema estatal a melhorar a qualidade do serviço prestado, uma vez que retiram do Estado o monopólio da jurisdição e contribuem, dessa forma, para a diminuição da carga processual do Judiciário.

A utilização de meios alternativos para resolver controvérsias é cada vez mais comum em países como o Brasil, onde o sistema estatal funciona de forma deficiente e não atende às necessidades do jurisdicionado. Contudo, a aplicação de meios extrajudiciais de resolução de conflitos tem ocorrido de forma lenta, resultado, principalmente, da falta de publicidade.

Dentre os procedimentos alternativos extrajudiciais, existe aquele em que as partes, em comum acordo, indicam uma terceira pessoa para resolver a lide,

através de regras procedimentais próprias, assegurado o devido processo legal e a observância dos preceitos legais. A mediação se destaca pela simplicidade, informalidade, celeridade, caráter sigiloso e principalmente pelo consenso das partes quanto à escolha do(s) árbitro(s) e do juízo para a solução da lide, garantindo maior eficácia na prestação da tutela jurisdicional.

Nos países em desenvolvimento como o Brasil, onde os meios extrajudiciais de resolução de conflitos ainda são pouco conhecidos pela maioria da população, a mediação surge como uma alternativa para o problema da morosidade na tramitação dos processos em diferentes esferas do Judiciário.

O problema investigado resume-se à seguinte indagação: a mediação pode ser usada para garantir maior celeridade na solução das lides e desonerar o judiciário, porquanto as partes não precisam entrar com a ação, solucionando o caso rapidamente, garantindo a satisfação de ambas as partes?

A mediação como meio alternativo de resolução de conflitos pode contribuir também para o aperfeiçoamento da legislação já existente. Quando se discute a aplicação de determinado procedimento, seja na área jurídica ou em qualquer outra área, o objetivo principal é sempre o enriquecimento da matéria através do confronto de opiniões, no sentido de ampliar os conhecimentos sobre o assunto e criar possibilidades reais de aplicação do procedimento no caso concreto. É o que ocorre também com relação à mediação.

É dentro desse novo contexto jurídico institucional que o presente estudo tem por objetivo apresentar o instituto da mediação, como forma de eliminar a necessidade de uso da via judicial para resolução dos conflitos e contribuir para a efetiva aplicação desse procedimento em todo o país.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, com seleção de livros e artigos, sobre o tema.

O artigo está estruturado em cinco partes, sendo: introdução; justiça x dignidade da pessoa humana; direito fundamental de acesso à justiça; mediação e as considerações finais.

## **2. JUSTIÇA X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O Estado Democrático de Direito tem como base de seu conceito a noção de governo do povo, que nasceu das lutas contra o absolutismo, por meio da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Esse movimento se transpõe do plano teórico para o prático com três grandes correntes político-sociais (BOBBIO, 1992).

A luta contra o absolutismo, que caracteriza a segunda fase do Estado Moderno, representou a luta da classe burguesa para garantia de direitos sobre os meios de produção, ou seja, a propriedade privada (STRECK; MORAIS, 2003).

Bobbio (1992) acredita que com a Revolução Francesa iniciou-se uma nova época da história, na qual a meta era firmar direitos naturais sendo o principal a liberdade, seguido pela igualdade diante da lei, enquanto sua ulterior determinação. Ainda, nesse sentido,

Só assim se descobre que o homem, antes de ter direitos civis que são o produto da história, tem direitos naturais que os precedem; e esses direitos naturais são o fundamento de todos os direitos civis. Mais precisamente: são direitos naturais os que cabem ao homem em virtude de sua existência. A esse gênero pertence todos os direitos intelectuais, ou direitos de mente, e também todos os direitos de agir como indivíduo para o próprio bem-estar e para a própria felicidade que não sejam lesivos aos direitos naturais dos outros. Distinguiam-se três formas de governo: o fundado na superstição, o fundado na força, e um terceiro, fundado no interesse comum, que ele chamava de governo da razão (BOBBIO, 1992, p. 88).

Afirma Bobbio que “o fato é que foi a Revolução Francesa que constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela própria libertação do próprio povo” (BOBBIO, 1992, p. 92). Dessa forma,

O núcleo doutrinário está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação (BOBBIO, 1992, p. 93).

Em relação à segunda fase do Estado Moderno<sup>1</sup>, Silva (1992) afirma que a concepção dos direitos naturais e o pensamento cristão foram as principais

<sup>1</sup> “A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “L' etat c'est moi”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado”. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 156.

fontes de inspiração para que houvesse a declaração dos direitos fundamentais. Contudo, a afirmação dos direitos fundamentais no nascedouro do Estado Democrático de Direito está restrita aos direitos individuais, que representam a luta de uma classe: a classe burguesa; ou seja, são valores voltados à garantia de liberdade e da propriedade privada.

Afirma Silva que,

[...] fundada na insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas, não atina com a necessidade de envolver nessa problemática também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se chamam brevemente de direitos sociais (SILVA, 1992, p. 158).

Com relação as declarações dos direitos, Silva salienta que,

Temos, pois, que ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direito, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo sua ideia do homem abstrato. Mas não é uma observação correta essa de atribuir, ao surgimento de uma nova ideia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as primeiras históricas objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo (SILVA, 1992, p. 158).

Este momento histórico representa a conquista dos direitos fundamentais voltados ao interesse da burguesia. Nesse sentido, Silva afirma que

As declarações de direitos assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente. Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais*, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo [...], configuram *declarações constitucionais de direito*, o que tem consequência jurídica prática relevante [...] (SILVA, 1992, p. 161).

Até o advento do Estado Democrático de Direito, o Estado Moderno caracterizava-se pela afirmação exclusiva dos seguintes elementos formais: o governo, o

poder, a autoridade ou o soberano. Essa primeira fase do Estado Moderno nasce das deficiências da sociedade política medieval, as quais determinaram aqueles elementos como características fundamentais do Estado Soberano. O Estado com essa nova feição, “procura ligar o Poder a uma função e para que formasse o conceito de Estado era necessário que a potência, que é a possibilidade de ser obedecido se reforçasse com a autoridade, que é uma qualificação para dar a ordem” (STRECK; MORAIS, 2003, p. 27).

A ruptura do Estado Absolutista advém com as históricas Revoluções: Francesa, Inglesa e Americana. A Revolução Francesa é considerada, desde sua ocorrência há duzentos anos, o mais importante acontecimento da história contemporânea. Baseada em ideais iluministas, o lema “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, ficou conhecida por todo mundo. A explicação para toda essa significativa importância à essa revolução é que ela é uma espécie de marco fundamental da sociedade capitalista (MICELI, 1994). Afirma Miceli,

Além disso, a Revolução Francesa é considerada “o modelo clássico de revolução democrático-burguesa”. *Modelo*, talvez porque pode e deve servir de exemplo ou mesmo de matriz para outros movimentos revolucionários, o que demonstra profunda ignorância das condições peculiares a cada época ou espaço. *Clássico*, talvez porque resistiu à deteriorização que normalmente atinge os acontecimentos históricos, mantendo e mesmo elevando seu valor com o passar dos anos. *Democrático*, talvez porque suas palavras de (liberdade, igualdade, fraternidade) tencionavam assegurar princípios de respeito aos direitos de cada um, como bem supremo formador da nação moderna. Finalmente, *burguesa certamente* porque – como sua própria história demonstrou há seu tempo – sua reprodução imaginária ajuda a deter propostas de mudanças efetivas. Por tudo isso, deve perdurar intocável, auxiliando, inclusive, a preservar os valores de liberdade, igualdade e fraternidade – sempre de acordo com o conceito burguês dessas palavras, o que também impede que elas corram o risco de virar realidade (MICELI, 1994, p. 50-51).

Completa Streck que, com “a Revolução Francesa, a burguesia inaugura seu poder político com classe: acaba ela de suprir a contradição com o passado” (2003, p. 49).

A Revolução Inglesa também chamada “Revolução Puritana” do século XVII, foi o confronto entre a Monarquia e o Parlamento, agravado pelas divergências religiosas. Os realistas em sua maioria eram anglicanos e católicos e seus adversários eram puritanos (calvinistas) defensores dos direitos à propriedade e sua livre exploração. Porém, os dois grupos pertenciam, basicamente, às mesmas classes sociais: a alta nobreza, a gentry e a burguesia (STRECK; MORAIS, 2003).

Assim diz Miceli que,

[...] na Revolução Inglesa contou mais a crise que atingia o velho regime do que a vontade consciente de uma burguesia ainda pouco numerosa, longe de representar uma força coesa e identificada por aspirações comuns e claras para todos. Umas vezes, apoiando o rei e dependendo de seu apoio; outras, combatendo-o; ora, insuflando as massas; ora, esforçando-se por contê-la. Nessas idas e vindas, a burguesia e os novos proprietários foram conquistando espaço e poder. Por todas essas razões, Christopher Hill afirmou que “a Revolução Inglesa (de 1640) não foi feita ao talante de ninguém: aconteceu”, concluindo, ironicamente, como Oliver Cromwell falasse pela sua boca, que “a revolução foi um trabalho de Deus, porque não foi feita pela vontade dos homens e porque foi um momento de virada na história humana” (MICELI, 1994, p. 42-43)

A Revolução Americana de 1776, segundo Karnal (1999), foi a primeira grande rebelião do mundo colonial contra uma metrópole, no caso o reino da Grã-Bretanha. Os colonos mostraram-se cada vez mais decididos a conseguirem sua independência, se travando, então, as primeiras batalhas. Complementa o autor que,

Os problemas que a Declaração de Independência enumera já são nossos conhecidos; as leis mercantilistas, as guerras que prejudicavam os interesses dos colonos, a existência de tropas que os colonos deviam sustentar, etc. A paciência dos colonos, sua calma e ponderação são destacadas em oposição à posição intransigente e autoritária do rei da Inglaterra, no caso, Jorge III (KARNAL, 1999, p. 66.).

Com relação à segunda versão do Estado Moderno – o modelo liberal e o triunfo da burguesia, Streck salienta, que o “contratualista Rousseau é que exercerá grande influência nos revolucionários franceses que inauguraram, em 1789, uma nova fase do Estado Moderno” (STRECK; MORAIS, 2003, p. 46). Nesse sentido, observa Streck que

Com efeito, enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão absolutista, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no Leviatã. Na virada do século XVII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia. Como bem lembra Bonavides, *a monarquia absolutista não foi jamais à burguesia politicamente no poder*. A contradição enfeixada pelo poder monárquico absoluto no seu comportamento perante as classes sociais conduz por vezes àquele equívoco

de interpretação. A monarquia favoreceu, mormente na área econômica. Já lhe era impossível represá-los. A monarquia absoluta, já sem meios de qualquer ação impeditiva à expansão capitalista da primeira idade do Estado Moderno, entra a estimulá-la com a adoção da política mercantilista, política de reis sequiosos de fundos com que manter a burocracia e os exércitos permanentes, política da qual a aristocracia tirava também sua fatia de participação ociosa, mas, sobretudo política, verdadeira, profunda, necessária, dos interesses arraigados da classe mercantil e industrial (STRECK; MORAIS, 2003, p. 46).

Por outro lado, “é em Locke que se vê a constituição do perfil do liberalismo político sustentado a necessidade de limitação do poder e das funções do Estado”, cuja doutrina, a do contrato social, “tornou-se um importante componente teórico para os revolucionários de então. A reivindicação de uma Constituição embasava-se exatamente na tese de que o contrato social encontra sua explicação na constituição” (STRECK; MORAIS, 2003, p. 49).

Afirmam Streck e Morais (2003) que, o contratualismo tem como principal ideia o indivíduo, seja em Hobbes, seja em Locke, já que o consentimento advinha do próprio indivíduo e representou a apoteose do direito natural no sentimento individualista moderno. Entronizando o direito de resistência, ampliou o princípio individualista de vontade e consentimento em lugar de tradição e é a principal característica de legitimidade em política liberal.

Por liberalismo entende-se o movimento de ideias que passa através de diversos autores consagrados como: Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, e vários outros, como uma teoria econômica, que defende a economia de mercado; como teoria política, defensor do Estado que governe o menos possível (BOBBIO, 1992). Ainda assim,

Quando se discorre sobre liberalismo, faz-se referência a um complexo de ideias que dizem respeito à condução e à regulamentação da vida prática, em particular da vida associada. Já que afirmação de liberdade de um se resolve sempre na limitação da liberdade de outro, num universo de bens consumíveis e de recursos limitados como é aquele no qual estão destinados a viver os homens, o postulado ético da liberdade individual vale como princípio inspirador, mas deve ser aplicado a casos concretos; daí que o problema que a doutrina liberal está chamada a resolver, como doutrina econômica e política, é o de tornar possível a coexistência das liberdades, o que se traduz na formulação e aplicação de regras práticas de conduta, e em definitivo na proposta de um certo sistema econômico e de um certo sistema político (BOBBIO, 1992, p. 130).

A Revolução Francesa, a Revolução Inglesa e a Revolução Americana caracterizam a segunda fase do Estado Moderno, principalmente com a Revolução Francesa, pois daí iniciara-se, uma nova época da história. Foi nessa fase que o Estado Moderno concedeu à concepção dos direitos naturais, o pensamento cristão, e as principais fontes de inspiração para que então houvesse a declaração dos direitos fundamentais (BOBBIO, 1992).

Após o término da primeira guerra mundial, novos direitos fundamentais foram reconhecidos. Assim, faz-se necessário lembrar alguns fatos e apontar algumas ideias que marcaram o século XIX e os primeiros anos do Século XX, para se ter uma noção da importância do direito à igualdade material para a realização da cidadania. Paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, o período acima referido assistiu à deterioração do quadro social, particularmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e nos Estados Unidos (FERREIRA, 2000).

Para Ferreira,

Este desenvolvimento foi motivado pelas ideias do liberalismo econômico – livre iniciativa num mercado concorrencial – e propiciado pelas instituições – Estado abstencionista – e regras decorrentes das revoluções liberais. Teria sido impossível sem a abolição das corporações de ofício, sem a liberdade de indústria, comércio e profissão, sem a garantia da propriedade privada etc. Por outro lado, esse processo provocou um acréscimo súbito de riqueza, que atingiu níveis jamais vistos. Mas esta riqueza ficou concentrada nas mãos dos empresários, ou da classe burguesa se se preferir. E verdade, porém, que isto vale globalmente falando, pois os ciclos econômicos, as crises, frequentemente retiravam tudo daquele que em um momento haviam sido imensamente ricos. Tudo isto é sabido (FERREIRA, 2000, p. 42).

Em contrapartida, afirma Dallari (2003) que a classe trabalhadora se viu numa situação de miséria. Não havia mais a proteção corporativa, e o poder público se omitia. O trabalho era uma mercadoria como qualquer outra, sujeito à lei da oferta e da procura e a máquina reduzia a necessidade de empregados além dos baixos salários. Tal situação era uma grave ameaça à estabilidade das instituições liberais, e, consecutivamente, à continuidade do processo de desenvolvimento econômico, que necessitava ser superada, suscitando assim uma batalha política e intelectual.

Sustenta Ferreira que,

[...] essa exigência foi-se intensificando à medida que maior número de trabalhadores acediam aos direitos políticos – voto e elegibilidade – em

razão da redução do censo para tanto exigido. Duas orientações se formaram: uma que visava a reconciliar com as demais classes e com o Estado, postura esta reformista do positivismo, do socialismo democrático, do cristianismo social, que mais tarde levou aos direitos econômicos e sociais. Ainda em posição oposta assumiram os grupos revolucionários, que para estes, só a extinção das classes “exploradoras” do Estado “burguês”, para os socialistas radicais, de todas as classes e do Estado para Marx e seus seguidores, para os anarquistas, é que seria a solução (FERREIRA, 2000, p. 43-44).

O movimento reformista ganhou um forte apoio com a chamada doutrina social da igreja a partir da encíclica *Rerum novarum*, editada em 1891 pelo Papa Leão XIII, que retoma, de São Tomás de Aquino, a tese do bem comum, da essência na “vida humana digna”, bem como a doutrina clássica do direito natural, ao mesmo tempo em que sublinha a dignidade do trabalho e do trabalhador, culminando com a afirmação de direitos que exprimem as necessidades mínimas de uma vida consentânea com a dignidade do ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus. Daí o direito ao trabalho, à subsistência, à educação, etc. (FERREIRA, 2000).

Conforme Ferreira (2000, p. 45) “não faz dúvida, entretanto, que o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição francesa de 1848”. Sendo assim se posiciona:

Esse 1848 foi na Europa um ano de graves conflitos, de “revoluções”, uma dos quais foi a que derrubou na França a monarquia orleonista. Ora, um elemento importante nesses movimentos, e particularmente no que ocorre em Paris, foi à atuação dos trabalhadores e dos empregados. A conotação social da revolução que levou à segunda república é nítida. A Constituição então elaborada, promulgada em 4 de novembro, é precedida de um preâmbulo e contém um capítulo no qual se enunciam os direitos por ela garantidos (FERREIRA, 2000, p. 46).

A constituição mexicana de 1917, conforme afirma Ferreira (2000), é a Constituição considerada por alguns como o marco consagrador de uma nova concepção dos direitos fundamentais. O que essa carta apresentou como novidade foi o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador.

Na parte XIII do Tratado de Versalhes, segundo Ferreira (2000), de 28 de junho de 1919, se definiram as condições de paz entre os Aliados e a Alemanha. Nele encontra-se a chamada Constituição da Organização Internacional do

Trabalho (OIT) na qual se consagram os direitos do trabalhador, direitos sociais vistos como fundamentais e obrigatórios para todos os Estados signatários do referido Tratado.

Com relação à Constituição alemã de 1919, Ferreira (2000) afirma que essa surgiu, pois gravíssima era a situação da Alemanha de qualquer ângulo que fosse encarada, ao final da primeira guerra mundial. As instituições políticas estavam acabadas, a situação social extremamente agravada e as forças de ordem desmoralizadas. Assim não havia condições para a Assembleia Constituinte estabelecer um novo quadro Constitucional em Berlim. Por isso, reuniram-se em Weimar, de onde se originou a Constituição para a Alemanha republicana, da qual seu ponto mais relevante foi quando abordou a respeito dos Direitos e deveres fundamentais dos alemães que dedica ao indivíduo, à vida social, à religião e sociedades religiosas, à instrução e estabelecimento de ensino e à vida econômica.

Segundo Dallari (2003), após a II Guerra Mundial, o problema dos direitos fundamentais da pessoa humana foi posto em debate novamente. Foi em 26 de junho de 1945, que se aprovou a Carta das Nações Unidas, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da paz mundial. Mas a experiência já havia deixado bem evidente que não pode existir paz onde não houver justiça social, surgindo, portanto, a ideia de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados. Em 1946 foi iniciado o trabalho de elaboração desse documento, que foi aprovado na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declarações Universal dos Direitos do Homem.

Ainda no contexto histórico, sob a pressão das nações totalitárias em relação aos outros países, a Organização das Nações Unidas – ONU pretendia a associação de todos os países para proteger e garantir os direitos fundamentais do homem nos países vindos da calamidade da Segunda Guerra, estabelecer condições para que contratos e outras fontes do direito internacional sejam mantidas e por fim, promover o progresso social dentro de uma liberdade mais ampla (BRASIL. DECRETO nº 19.841, de 22 de outubro de 1945). Sobre esse episódio, Comparato explica:

As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana. (COMPARATO, 2008, p. 214) (grifou-se)

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos explica que foi comum para as Constituições promulgadas após a Segunda Guerra a institucionalização dos princípios que garantiam a humanização, dentre eles a dignidade da pessoa humana.

[...] foi a introdução nos textos de cláusulas, juridicamente obrigatórias para toda e qualquer maioria de plantão, veiculando de forma expressa a decisão política do constituinte (i) por determinados valores fundamentais orientadores da organização política e (ii), em maior ou menor extensão, por certos limites, formas e objetivos dirigidos à atuação política do novo Estado, com a finalidade de promover a realização desses valores. Sob a forma de princípios, os valores passaram a ser as ideias centrais das Cartas constitucionais (BARCELLOS, 2008, p. 26).

No Brasil, a dignidade da pessoa humana está representada na Constituição Federal de 1988 em forma de princípio basilar. Filosoficamente, Immanuel Kant tem grande influência no que se comprehende por dignidade, pois foi o primeiro a reconhecê-lo como um atributo humano. Em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, o autor entende que a dignidade impede que seja atribuído algum valor econômico ao homem, portanto, faz com que os humanos hajam de forma autônoma, e realizando suas vontades constroem suas personalidades individualmente, o que o torna insubstituível ou impagável. Em trecho do referido livro:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, comprehende uma dignidade (KANT, 1980, p. 65).

Kant explica o que entende por dignidade, afirmando que essa se constitui do valor sentimental e emocional que se atribui a uma determinada satisfação, sendo um valor íntimo, que cada um atribui à um determinado estado de ser, veja-se:

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade (KANT, 1980, p. 65).

Ingo Wolfgang Sarlet (2005) ensina que todos possuem dignidade indistintamente e não poderão perdê-la por motivo algum. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma que:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que

se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência (BARROSO, p. 51).

Quanto à historicidade desse Princípio, desde o início da convivência dos povos em sociedade, inclusive por questões biológicas de perpetuação da espécie, os homens já se respeitavam ou não pelo modo de proceder de cada um, dessa forma, já se fazia presente a dignidade nas relações, mesmo que ainda não fosse reconhecida (RABINOVICH-BERKMAN, 2007).

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Ao avocar o dever de prestar a função jurisdicional, o Estado brasileiro configurou essa prestação, fundamentalmente, apoiando-se em duas garantias inafastáveis, quais sejam: Direito de ação e de defesa dirigidos para as pessoas (direito de acesso à justiça) e a garantia do devido processo legal dirigido para o Estado-juiz (direito ao processo justo). Isso se deve a uma razão especialmente simples, pois se o Estado deve prestar a função jurisdicional, é certo que as pessoas precisam ter acesso a exercer suas pretensões através de ação/defesa a ser processada perante o Estado-juiz. Sem tal acesso não haveria prestação jurisdicional alguma. Provocado o Estado-juiz, este deve manifestar-se de maneira *devida*, ou seja, através de um processo justo, equânime/democrático, ético onde as partes sejam ouvidas e possam materialmente influenciar na convicção do Estado-juiz.

A Constituição brasileira em vigor possui vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo. A própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.

Nesse sentido, veja-se a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco:

O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte a redação do inc. XXXV do art. 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 80).

Ao declarar que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a Constituição Federal propõe uma aproximação da sociedade

civil com a justiça para a realização dos direitos através da criação, por decisões judiciais, de soluções justas. Essa garantia de acesso à justiça para obtenção de soluções justas por meio da participação no processo judicial deve ser entendida como proposta básica de uma sociedade democrática. Não existe democracia sem processo. Democracia é o regime dos procedimentos, onde o poder do povo é exercido por autoridades por meio de formas previamente conhecidas e aceitas. O procedimento é que permite o controle do exercício desse poder (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005).

De acordo com Mesquita (2013), trata-se de direito fundamental de segunda dimensão, por exigir uma atitude positiva do Estado, qual seja, a prestação de um serviço público – a assistência jurídica integral e gratuita. Tal dispositivo inovou em relação às Constituições anteriores, ao prever a assistência jurídica (judicial e extrajudicial) integral e gratuita aos necessitados. Além disso, a Constituição Federal determinou que a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados deverá ser prestada pelo Estado através do órgão denominado Defensoria Pública, o qual é composto por agentes públicos aprovados em concurso público e proibidos de exercer a advocacia fora das funções institucionais (Artigo 134, CF/1988).

Diante desse panorama, a Defensoria Pública é a instituição responsável por garantir o acesso à Justiça aos necessitados, fazendo com que eles recebam assistência jurídica e possam estar devidamente representados no processo judicial em todas as instâncias, dando efetividade, em última análise, aos princípios da igualdade e devido processo legal (MESQUITA, 2013).

Após a Carta Magna de 1988, o acesso à justiça para superação de conflitos teve grande incremento. Muitos comandos que instrumentalizam a tutela jurisdicional foram concebidos a partir da ideia de acesso à justiça, quais sejam: direito à assistência jurídica integral e gratuita e gratuidade dos atos necessários (MESQUITA, 2013).

Os Tribunais declararam de forma uníssona que o pagamento de custas não poderia ser empecilho para a demanda e a jurisprudência vem contornando a exigência do pagamento de outras custas. A máxima realização do acesso à justiça também decorreu da soma de esforços da Defensoria Pública, além de promotores, advogados, juízes, professores, defensores, servidores, estagiários de direito e demais pessoas que lidam com o direito (DE VITTO, s/d).

O acesso à justiça foi concretizando-se através de fases, como a assistência judiciária aos pobres, representação dos interesses difusos e acesso à representação em juízo pessoalmente, através de defensores públicos ou advogados dativos. Esta garantia evoluiu até ser compreendida como o mais básico dos direitos

humanos, sendo requisito fundamental para qualquer sistema jurídico moderno que pretenda *garantir* e não apenas *proclamar* os direitos de todos (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010).

A máxima realização da garantia de Acesso à Justiça está em consonância com a proclamação do dever de inafastabilidade do controle jurisdicional. É consabido que é constitucionalmente vedado a criação de quaisquer obstáculos para o cidadão na busca de acesso ao judiciário. Carece-se, ainda, do aperfeiçoamento e elaboração de mecanismos sintonizados com a realidade daquelas pessoas que estão afastados dos grandes centros. Nesse sentido, as novas tecnologias de informática e comunicação têm sido de grande utilidade porque encurtam distâncias, de modo a aproximar o Estado das pessoas que buscam soluções para lesão ou ameaça a direitos.

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas sociedades modernas, o conceito de “efetividade” é algo vago. Afirmam Cappelletti e Garth (2002) que efetividade perfeita, no contexto de direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas”, ou seja, a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, sendo assim, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Nesse sentido,

Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 15).

Cappelletti e Garth (2002) identificam quatro obstáculos ao acesso à justiça, que depois de transpostos, se teria o efetivo acesso, sendo eles: as custas judiciais, a possibilidade das partes, os problemas especiais dos interesses difusos e as barreiras ao acesso: uma conclusão preliminar e um fator complicador. Com relação ao primeiro obstáculo, que são as custas judiciais, afirmam que

A resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais. O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob

o “Sistema Americano”, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência. Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos das ambas as partes. Além disso, em alguns países, como a Grã-Bretanha, o demandante muitas vezes não pode sequer estimar o tamanho do risco – quanto lhe custará perder – uma vez que os honorários advocatícios podem variar muito. Finalmente, os autores nesses países precisam às vezes segurar o juízo no que respeita às despesas do adversário, antes de propor a ação. Por essas razões, pode-se indagar se a regra da sucumbência não erige barreiras de custo pelo menos tão substanciais, quanto às criadas pelo sistema americano (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 16-18).

Nesse sentido, afirma Morais que as reformas nessa primeira fase, conforme termo utilizado por Cappelletti e Garth (2002), visam a superação dos obstáculos decorrentes da pobreza, ou seja, a hipossuficiência econômica. Destaca Morais (1999, p. 88) que, “Aos que não têm condições econômicas, devem-se proporcionar informações e assistências extrajudicial, antes do ajuizamento, além de assistência judiciária e adequada representação legal, no curso do processo”.

De qualquer forma, ainda afirmam Cappelletti e Garth (2002, p. 18), “torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça”.

Afirma Vainer (2004) que a assistência judiciária gratuita veio completar o rol dos denominados direitos individuais, tidos como fundamentais, previstos na Carta Política de 1988, especialmente no Título II, tornando-se, na última década, uma medida imperativa frente à quantidade de pessoas necessitadas. Ainda assim,

O princípio do acesso à justiça, ou da inafastabilidade da jurisdição, assim como o princípio de devido processo legal, é um superprincípio, informador de todo o processo civil brasileiro, visto que ele garante a todos que tenham o seu direito lesionado ou mesmo ameaçado, o acesso à justiça. Consiste na positivação que todos os indivíduos possuem de acionar o aparelho jurisdicional para a resolução de suas lides. E, de fato, tem-se que um direito somente será reconhecido por meio de um pronunciamento jurisdicional, a sentença (VAINER, 2004, p. 219).

A mais importante despesa individual para os litigantes consiste nos honorários advocatícios. Assim “qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros” (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 18).

Nesse contexto, reportando-se rapidamente aos textos constitucionais brasileiros, afirma Morais (1999) que a expressão “Assistência Judiciária” apareceu, pela primeira vez, na Carta de 1934, quando ainda não se tinha nem mesmo a garantia expressa do direito genérico de acesso ao Poder Judiciário; assim, as medidas que tentam remover ou atenuar os obstáculos sofridos pelas pessoas carentes, para prover as despesas com a defesa de direitos, não são mais do que tentativas de proporcionar-lhes efetividade. Sabe-se muito bem,

[...] das despesas que envolvem uma demanda judicial: no mínimo custas processuais e honorários advocatícios. A isso podem se somar outros gastos, como com perícias, por exemplo. Como poderão esses brasileiros, que não ganham o suficiente nem para se alimentarem, custear um processo judicial? Esse o primeiro entrave – talvez o mais grave – ao efetivo acesso à justiça. Agrava-o ainda mais o fato de todas as partes envolvidas possuírem formalmente os mesmos direitos; igualdade essa que, em regime geral, não se concretiza em razão das diferenças sociais, econômicas e culturais existente entre as partes. Ou seja, todos são livres e iguais para buscarem a realização da justiça, mas de fato alguns são mais iguais do que outros. A situação será mais grave quanto maiores forem as diferenças entre as partes (MORAIS, 1999, p. 278).

Cappelletti e Garth (2002) salientam que “as pequenas causas” que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos.

Conforme Dinalli e Cintra (2005), a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, pela Lei nº 7.244/84, introduziu no sistema processual brasileiro um rito diferenciado, com a finalidade de garantir o acesso da população mais carente ao judiciário, na busca de solução de conflitos de pequena monta ou de menor complexidade, assim estabelecendo novos critérios para o exercício da jurisdição.

Com relação ao tempo, afirmam Cappelletti e Garth (2002) que, em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão. Os efeitos dessa demora, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. E ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Funda-

mentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre sua função dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Como segundo obstáculo, Cappelletti e Garth (2002) apontam as “possibilidades das partes”, as quais, como ficou demonstrado por uma recente linha de pesquisa, de crescente importância, são ponto central quando se cogita da degeneração ou da garantia do acesso efetivo. Ainda nesse sentido,

Essa expressão, utilizada pelo Prof. Marc Galanter, repousa na “noção de que algumas espécies de litigantes [...] gozam de uma gama de vantagens estratégicas”. Devemos reconhecer que o estudo das vantagens e desvantagens estratégicas está apenas começando e é difícil avaliá-las com precisão. No entanto, podemos não só isolar algumas das vantagens e desvantagens básicas para determinados litigantes, senão também, aventurar algumas hipóteses com base em pesquisas sociológicas recentes e altamente sugestivas (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 21).

Segundo Morais (1999), essa segunda onda se refere à pobreza organizada e às reformas necessárias à ruptura dessa tradicional postura individualista do processo civil. Nesse sentido, afirma Morais que

A necessidade social de se adotar formas de tutela capazes de romper o isolamento jurídico-legislativo dos indivíduos atingiu o seu ápice com as violações de massa, que incidiam sobre categorias inteiras de pessoas, especialmente os consumidores e os defensores da higidez ambiental. Os indivíduos passam então a manifestar, inconsciente, um certo desconforto sentido em virtude de não mais disporem de uma situação própria, típica [...], de tutela jurídica então oferecida pelo Ordenamento Jurídico e de não possuírem, sozinhos, força suficiente para se contrapor à potência dos empresários e dos grandes poluidores (MORAIS, 1999, p. 90).

Entendem Cappelletti e Garth (2002) que “capacidade jurídica” pessoal se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, sendo um conceito muito mais rico e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ainda assim,

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. Observou recentemente o professor Leon Mayhew: “Existe... um conjunto de interesses e problemas potenciais; alguns são bem; compreendidos pelos membros da população, enquanto outros

são percebidos de forma pouco clara, ou de todo despercebidos". Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção (CAPPLETTI E GARTH, 2002, p. 23).

Esses obstáculos, afirmam Cappelletti e Garth (2002, p. 24), "têm importância maior ou menor, dependendo do tipo de pessoas, instituições e demandas envolvidas". Nesse sentido, para Cappelletti e Garth (2002, p. 24), "[...] pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil "mobilizar" as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não tradicionais".

O terceiro obstáculo na posição de Cappelletti e Garth vem em relação aos interesses difusos. Os problemas especiais dos interesses "difusos" são interesses fragmentados ou coletivos. O problema básico que eles apresentam com relação à razão de sua natureza difusa é que ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.

Segundo Morais (1999), a partir desta dificuldade de organização é que se procura viabilizar uma apropriada representação desses interesses difusos em juízo, perante formas associativas de tutela, já que, atuando isoladamente o indivíduo jamais estará em condições de obter uma salvaguarda eficaz.

Afirma Morais (1999) que,

É nesse sentido que se realizam diversas reformas conceituais, então tradicionais no direito processual civil, com o fim de ampliar a legitimação para tais direitos/interesses, concedendo-a a órgãos públicos, privados, ou mesmo a representantes individuais autorizados a litigar em nome do grupo (MORAIS, 1999, p. 90).

A Defensoria Pública tem um papel de relevante importância, tendo em vista que é encarada como a garantidora da efetivação dos direitos fundamentais. A instituição é imprescindível para dar eficácia à democracia constitucional, já que a função jurisdicional representa a passagem da barbárie à civilização e à segurança jurídica. Assim, a preocupação em afiançar o efetivo acesso à justiça a todos, independentemente do seu grau de fortuna, é uma característica fundamental do Estado de Direito, sendo garantido a todos os cidadãos que buscam a tutela do Estado (MESQUITA, 2013).

A Justiça, tida como um dos mais importantes valores da humanidade, é um ideal a ser alcançado. Mesmo sabendo que sua realização é absolutamente necessária para que a sociedade possa se desenvolver, respeitando a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, como todo ideal, não se efetiva em toda a sua plenitude. Mas, sendo a Justiça um ideal, deve sempre ser buscada diante da ocorrência de uma lesão a algum direito, segundo o critério do justo e do equitativo, pois somente assim se tornará possível a máxima realização dos valores humanos (MONTEIRO, 2010).

É imprescindível a compreensão de que há diferenças fundamentais entre a advocacia dativa e a Defensoria Pública: enquanto a primeira resume-se a prestar assistência judiciária, múnus público decorrente da atividade profissional do advogado, a segunda tem compromisso institucional legal de assegurar o pleno acesso à Justiça e seu papel transformador, prestando assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita aos necessitados (MONTEIRO, 2010).

Tal forma de trabalhar acaba por resultar num filtro profissional, permanecendo na instituição aqueles que realmente têm vocação para trabalhar próximo da comunidade. Do trabalho abnegado e contato direto com a população, não haveria outra consequência que não se legitimar fortemente perante a sociedade. Por tudo isso, os defensores públicos passaram a desempenhar um papel político fundamental na consolidação da democracia e na garantia dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2011).

#### **4. MEDIAÇÃO**

A Mediação constitui uma forma dita alternativa e não adversarial para a solução dos conflitos (CARVALHAL, 2006), uma vez que não está inserida no sistema tradicional de justiça, em que há a interferência do Estado, através das demandas, e são oferecidas às partes soluções impositivas (sentenças), caso as mesmas não consigam chegar a uma definição através das conciliações (acordos), também institutos alternativos, mas previstos na legislação processual.

Souza (2004) traz um conceito de mediação em que diz que a mediação é um mecanismo para a solução de conflitos através da gestão do mesmo (sic) pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos.

Salientam Sampaio e Braga Neto que os métodos para solução dos conflitos de forma pacífica e sem a intervenção da justiça estatal nasceram numa “tendência liberal em todo o mundo” em que se tem a

[...] retirada cada vez maior do Estado dos assuntos de interesse dos particulares, situando-se no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007, p. 9).

Calmon traz orientações do Centro para Resolução de Disputas do Instituto de Administração Judicial dos Estados Unidos da América em seu livro Fundamentos da Mediação e da Conciliação em que diz que a

[...] mediação é um termo utilizado para descrever um conjunto de práticas elaboradas para ajudar as partes na controvérsia, caracterizando-se pela participação de um terceiro imparcial que ajuda as artes a comunicar-se e a realizar escolhas voluntárias em um esforço para resolver o conflito (CALMON, 2008, p. 120-121).

A mediação, por ter como foco o conflito em si, tende a ter uma efetividade muito maior do que a conciliação na resolução do impasse, uma vez que esta última pretende, em muitos casos, alcançar somente o acordo sem resolver o problema.

Para melhor entendimento, a palavra mediação vem do latim, do verbo *mediare*, que quer dizer intervir ou se colocar no meio. Apresenta sua definição como sendo um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva entre as pessoas, que se encontram em momento de impasse, contribuindo para que celebrem um acordo, se esse for o caso (NAZARETH, 2001).

O artigo 1º da Lei 13.140/2015 e seu parágrafo único destacam que:

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A mediação é um instrumento informal, que atende a vontade das partes, tendo um terceiro, o mediador cujo papel fundamental é o de auxiliar as partes conflitantes. Sua prática não é moderna, mas uma prática milenar, utilizada pela primeira vez na China, onde utilizar um tribunal para resolver problemas pessoais era contra a moral e os bons costumes (NAZARETH, 2001).

No Brasil, surgiu o Projeto de Lei nº 4.827/1998, trazendo a ideia da Mediação conjugada com algumas disposições específicas, caminhando ainda pela Câ-

mara dos Deputados até 2002, chegando ao Senado Federal como Projeto de Lei Complementar (PLC), recebendo o número 94/2002. Após discussão, passou-se a fazer parte da chamada “Reforma do Poder Judiciário”, com a Emenda Constitucional 45/2004. Dessa forma, o Governo resolveu a instituiu pela Emenda nº 1 da Comissão de Constituição e Justiça-CCJ, em 2006, que até o presente, encontra-se paralisada em sua operacionalidade.

O Supremo Tribunal Justiça inseriu no projeto do novo Código de Processo Civil (CPC), em vários artigos de lei, a necessária aparência da Mediação, como a melhor ou senão única forma de se remediar o maior mal, ou seja, a morosidade dos processos, até então causada pela desatenção do Judiciário para com a sociedade.

À legislação específica soma-se o novo CPC, Lei nº 13.105/2015, que entrou em vigor em janeiro de 2016, após a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Toda legislação incorpora esta poderosa ferramenta de mobilização social, que é a mediação, “Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]”. O método autocompositivo é assim chamado porque as partes é que decidem; é um método de resolução de conflitos em que as necessidades, os desejos das partes é que são levados em conta. Nessa nova proposta desenvolvimentista, a pessoa humana protagonista, ou seja, o mediador deverá ser o responsável pela promoção das ações nos locais, a fim de colaborar efetivamente para que se,

[...] permite abrir nuevas líneas de acción, un Desarrollo a Escala Humana. Tal desarrollo se concentra y sustenta en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, en la generación de niveles crecientes de auto-dependencia y en la articulación orgánica de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología, de los procesos globales con los comportamientos locales, de lo personal con lo social, de la planificación con la autonomía y de la sociedad civil con el Estado (MAX-NEEF et al, 2010, p 12).

De acordo com o teórico, o desenvolvimento humano, que está diretamente relacionado à ampliação das habilidades e potencialidades do ser humano, se torna um fator importante para promover a melhoria da realidade individual e social, propiciando, assim, uma mudança substancial em seu comportamento coletivo.

A diferença entre a mediação e a conciliação repousa no fato de que o mediador não interfere nas negociações, servindo apenas de elo; na conciliação, o mediador dá sugestões, opiniões e apresenta possíveis soluções para o conflito (COSTA, 2002).

O novo Código de Processo Civil estabelece que tribunais devam criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, que, sendo responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientarão e estimularão a autocomposição, calcada nos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Ressalta-se, ainda, que, o Poder Público é parte em mais de 50% dos processos judiciais em trâmite no país, por isso, a inclusão da mediação para solução de conflitos levou em conta essa realidade (SILVA, 2004).

Apesar de admitir a mediação e a aplicação de técnicas negociais com o objetivo de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição, o novo CPC não determina quais sejam essas técnicas, ou qual procedimento o mediador deverá utilizar, assim como também nada menciona sobre quais tipos de conflitos podem ser alvo da mediação, apenas estabelecendo a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. Sobre o método, Fisher *et al* (2005) estabelece um percurso para a mediação composto de quatro passos:

a) separar as pessoas dos problemas;

Qualquer método de negociação pode ser julgado imparcialmente por três critérios: deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes. (Um acordo sensato pode ser definido como aquele que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade) (FISCHER *et al*, 2005, p. 22).

O importante não são as pessoas, mas os problemas que elas enfrentam. Dessa forma, a mediação deve ajudar a conseguir para ambas as partes boas vantagens e soluções que as satisfaçam, de forma que nenhuma delas saia perdendo.

b) concentração total nos interesses das partes e não na posição que ocupam;

A forma mais comum de negociação, [...] depende de se assumir sucessivamente — e depois, abandonar — uma sequência de posições. Tomar posições [...], atende a alguns fins úteis numa negociação. Diz ao outro lado o que você quer; fornece um esteio nas situações incertas e pressionantes; e pode acabar por produzir os termos e um acordo aceitável. Entretanto, pode-se chegar a esses fins de outras maneiras. E a barganha posicional deixa de atender aos critérios básicos de produzir um

acordo sensato, de modo eficiente e amistoso. [...] A barganha de posições cria estímulos que paralisam a resolução. Na barganha posicional, você procura aumentar a probabilidade de que qualquer acordo atingindo lhe seja favorável, começando numa posição extremada, aferrando-se obstinadamente a ela, iludindo a outra parte quanto a suas verdadeiras opiniões e fazendo pequenas concessões, apenas na medida necessária, para manter a negociação em andamento. O mesmo se aplica ao outro lado. Cada um desses fatores tende a interferir na pronta obtenção de um acordo. Quanto mais extremadas as posições iniciais e menores as concessões, maiores serão o tempo e o esforço despendidos para descobrir se o acordo é ou não possível (FISCHER *et al.*, 2005, p. 24).

Não interessa qual a posição que as partes ocupam, mas sim, seus interesses. Não é o fato de uma das partes querer uma coisa e a outra querer o contrário; é o interesse de ambas que deve receber toda atenção, para que as duas partes saiam satisfeitas.

c) criação de opções de ganhos mútuos;

O mediador deve criar várias chances de ganhos para ambas as partes, com a solução encontrada, de forma a tornar mais atraente a solução do que o problema, fazendo com que ambas as partes entendam que saíram com vantagens.

d) Perseverar em critérios objetivos.

O mediador precisa ser prático, ter juízo crítico e buscar se preparar para mediar uma situação de conflito, estudando bem o problema e as possíveis soluções existentes. Não se deve ir despreparado para uma mediação. A análise de cada caso concreto é de grande valia para encontrar soluções amigáveis para ambos os lados.

De acordo Ghisleni e Spengler (2011), o mediador trabalha para o processo e não para uma das partes nomeadamente, ou seja, um processo que tem por finalidade tão somente a satisfação pessoal de um em prejuízo ao outro não terá sucesso, visto que a mediação tende à resolução do conflito de forma pacífica, levando a concluir que no processo em que haja mediação não haverá ganhador/perdedor ou procedência/improcedência, mas sim, duas partes que entrarão em consenso e decidirão a lide conforme sua vontade.

É imperativo que haja aceitação dos litigantes, de modo a permitir que outra pessoa entre na disputa para ajudar na chegada de uma definição. Todavia, isso não significa necessariamente que as partes “recebam muitíssimo bem o envolvimento do mediador e estejam dispostas a fazer exatamente o que ele diz”, mas sim, que “aprovam a presença do mediador e estão dispostas a ouvir e considerar seriamente suas sugestões” (MOORE, 1998, p. 28).

Silva (2004, p. 107) sustenta que a mediação é um procedimento rápido, no qual ocorre “a composição de interesses e não a definição de direitos”, e é composto de oito estágios, quais sejam: iniciação (quando as partes optam pela mediação e escolhem o mediador), preparação (informação às partes sobre as características da disputa e resultados que almejam), introdução (esclarecimento do procedimento e aceitação das partes), declaração do problema (discussão aberta das controvérsias), esclarecimento do problema (especificação do problema pelo mediador), geração e avaliação de alternativa(s) (o mediador estimula as partes a se questionarem, conduzindo-as à produção de alternativas), seleção de alternativa(s) (o mediador aponta as soluções inviáveis e praticáveis) e acordo (esclarecimento dos termos do acordo e a confirmação da aceitação das partes). Pode haver a necessidade de retornar a alguma etapa anterior para maiores esclarecimentos, que deve ser percebida e efetivada pelo mediador.

## CONCLUSÃO

Embora o Poder Judiciário tenha como principal objetivo a celeridade dos atos processuais, incentivada pela redução dos prazos, a simplificação dos procedimentos e a incessante busca pela conciliação entre as partes, o que se observa é que o número de demandas judiciais vem crescendo consideravelmente a cada ano, proporcionando o acúmulo do número de processos nas Varas e Juizados do país, o atraso nas pautas de audiência e a consequente insatisfação do jurisdicionado.

Com isso, a prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade fica prejudicada, uma vez que o principal objetivo do jurisdicionado ao ingressar com uma demanda judicial não está sendo alcançado, qual seja, a imediata resolução do conflito. Devido à enorme carga processual acumulada nos últimos anos, o judiciário não está sendo capaz de proporcionar às partes uma tutela jurisdicional de qualidade, célere e eficaz ao mesmo tempo.

A utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação, pode auxiliar o judiciário a diminuir a carga processual, garantindo às partes celeridade na prestação jurisdicional, sigilo do procedimento, maior informalidade, baixo custo, além da possibilidade de escolher um julgador de sua confiança para intermediar o conflito.

Por se tratar de um meio extrajudicial de resolução de conflitos, a mediação ainda encontra resistência por parte de alguns doutrinadores no que tange a sua efetiva aplicação no âmbito da Justiça Comum e Especializada. A incompatibilidade entre o objeto da mediação e a natureza de alguns direitos em litígio e a violação de princípios constitucionais como o da inafastabilidade do Poder Judiciário,

do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, são alguns dos argumentos apresentados em desfavor da mediação.

Neste aspecto, restaria impossibilitada a efetiva aplicação da mediação no âmbito extrajudicial para dirimir os conflitos de interesse. Entretanto, esse entendimento vem sendo mitigado aos poucos pela doutrina especializada e por decisões reiteradas dos Tribunais de todo país, que tem se posicionado a favor da utilização da mediação, reconhecendo o presente instituto como válido para resolver os conflitos de interesse em sociedade.

É importante ressaltar que a mediação constitui uma opção das partes e, nesse sentido, tal escolha não deve ser considerada como renúncia à jurisdição estatal. Pelo contrário, a existência de meios extrajudiciais de resolução de conflitos permite ao jurisdicionado optar pelo procedimento mais eficaz, seja ele público ou privado, sem, contudo, abdicar do sistema jurisdicional estatal para resolver os litígios decorrentes das relações sociais.

O jurisdicionado tem a faculdade de levar a demanda judicial à apreciação do órgão jurisdicional que melhor lhe aprovou, desde que o este órgão atenda aos fins sociais do processo, julgando a lide de acordo com os preceitos constitucionais e sempre respeitando o devido processo legal.

Assim, a mediação surge como uma alternativa de jurisdição, reconhecida pela Constituição Federal como instrumento legal capaz de dirimir os conflitos de interesse, uma vez frustrada eventual negociação entre partes litigantes. O instituto da mediação, entretanto, ainda é pouco utilizado, ou mesmo desconhecido, pela maioria da população, fruto principalmente da falta de informação e de incentivo na utilização de meios extrajudiciais de resolução de contendas.

A utilização de meios alternativos como a mediação serve para, se não resolver, pelo menos tentar minimizar o colapso da via jurisdicional de solução de conflitos agravado pelo aumento crescente do número de demandas nas diversas esferas do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma de (Org.) et al. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: *O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. DECRETO nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 755429 / PR. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0089854-4.*

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *AO 1.531-AgR*, voto da Min. Cármem Lúcia, julgamento em 3-6-09, Plenário, DJE de 1º-7-09.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008  
CAMPOS, Marcelo Vieira. Dia para comemorar: Defensoria Pública é essencial ao acesso à Justiça. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de maio de 2011.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHAL, Eugenio do et al. *Negociação e administração de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

DE VITTO, Renato Campos Pinto; CASTRO, André Luís Machado. A Defensoria Pública como Instrumento de Consolidação da Democracia. *APADEP – Associação Paulista de Defensores Públicos*. s/d. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/artigos/a-defensoria-publica-como-instrumento-de-consolidacao-da-democracia/#comment-1064>>. Acesso em 12/07/2016.

DINALLI, Aparecida; CINTRA, Jorge Antonio Conti. Do acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis. *Revista de Direito constitucional e internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 51, p. 25-43, abril/jun. 2005.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução Vera Ribeiro & Ana luiza Borges. 2 ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005.

GARCEZ, J. M. R. *Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro: de acordo com a Lei 9.307/1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução da prestação jurisdicional: guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2008.

INACOM – Instituto Internacional de Arbitragem, Mediação e Conciliação. *Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Apostila II. Belo Horizonte: INACOM, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Os pensadores. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

- KARNAL, Leandro. *Estados Unidos: da colônia à Independência*. 5 ed. São Paulo: Conexto, 1999.
- MAX-NEEF, Manfred; ELIZALDE, Antonio; HOPENHAYN, Martín. *Desarrollo a escala humana: Opciones para el futuro*. Madrid, marzo de 2010. Disponível em: <<http://habitat.aq.upm.es/deh/adeh.pdf>>. Acesso em fev/2016
- MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Acesso à Justiça e Defensoria Pública. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23504/acesso-a-justica-e-defensoria-publica>>. Acesso em: jul. 2016.
- MICELI, Paulo. *As revoluções Burguesas*. 18 ed. São Paulo: Atual, 1994.
- MONTEIRO, Fagner César Lobo. Breves considerações acerca do papel da defensoria pública na evolução do acesso à Justiça. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8033&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8033&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 2016.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- NAZARETH, Eliana Riberti. *Mediação O Conflito e a Solução*. São Paulo: Arte Paubrasil, 2009.
- \_\_\_\_\_. Psicanálise e Mediação – Meios efetivos de ação. *Revista do Advogado*, São Paulo; Associação dos Advogados de São Paulo, nº 62, p. 55, março de 2001.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Derechos Humanos. Una introducción a su naturaliza y a sua historia*. 1ª ed. Buenos Aires: Quorum, 2007.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem – Conciliação – Mediação nos Conflitos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- VAINER, Bruno Zilberman. Assistência Judiciária Gratuita: Um desafio de nosso tempo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, p. 213-243, jul/set. 2004.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.
- VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

## A TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO E AS DESIGUALDADES SOCIAIS NO ESTADO DE CRISE SOCIOECONÔMICA

### ***THE TAX ON CONSUMPTION AND SOCIAL INEQUALITIES IN THE STATE OF SOCIOECONOMIC CRISIS***

Daisy Rafaela da Silva

Doutora em Direito. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito do UNISAL São Paulo. Professora Doutora III da EEL USP - Universidade de São Paulo. Coordenadora do Núcleo de Estudos de Direitos Humanos do UNISAL

Darlan Alves Moulin

Mestrando em Direito do UNISAL. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UNESA-RJ. Membro do grupo de pesquisa de Direitos Humanos do UNISAL

**Submissão em 31/01/2017**

**Aprovação em 15/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.2978>

**Resumo:** O presente artigo discute a relação que existe entre a crise econômica que afetou o mundo em 2008 e atual crise socioeconômica que está assolando o Brasil nos últimos dias. Desta forma, foi verificado que a crise econômica acaba por influenciar o governo nas decisões que este tem que tomar para retirar o país da crise. Essas decisões acabam por afetar diretamente os direitos sociais resguardados na Constituição Federal, os quais serão mitigados pelo Poder Público. Com isso, as desigualdades sociais que sempre existiram nas sociedades acabam aumentando e gerando ainda mais exclusão social para os menos favorecidos, inclusive nos tributos indiretos, os quais não respeitam o princípio da capacidade contributiva, o que faz agravar ainda mais as desigualdades no Brasil. Desta forma, é necessário que seja realizada uma reforma tributária no Brasil para que os tributos sejam utilizados em sua função extrafiscal, visando à redução ou extinção das desigualdades sociais para que o estado brasileiro seja efetivamente um Estado Democrático e Social de Direito.

**Palavras-chave:** Estado de crise; Desigualdades sociais; Pobreza; Extrafiscalidade; Tributação justa.

**Abstract:** This article discusses the relationship between the economic crisis that affected the world in 2008 and current socioeconomic crisis that is ravaging Brazil in recent days. Thus, it was found

*that the economic crisis ends up influencing the government in the decisions it has to take to remove the country from the crisis. These decisions end up directly affecting the social rights enshrined in the Federal Constitution, which will be mitigated by the Government. Thus, the social inequalities that have always existed in societies end up increasing and generating further social exclusion for the disadvantaged, including in indirect taxes, which do not respect the principle of ability to pay, which makes further exacerbate inequalities in Brazil. Thus, it is necessary that a tax reform to be held in Brazil for the taxes to be used in its extrafiscal function, aiming at the reduction or abolition of social inequalities so that the Brazilian state is effectively a Democratic and Social State of Law.*

**Keywords:** State of crisis; Social differences; Poverty; Extrafiscality; Fair taxation;

**SUMÁRIO:** 1.Introdução. 2.Crise socioeconômica do Estado: contextualização mundial a partir de 2008 e seus reflexos atuais na sociedade brasileira. 3.O aumento das desigualdades sociais como consequência do Estado de crise socioeconômica. 4.As desigualdades como a mácula da democracia brasileira. 5.A pobreza como consequência das desigualdades sociais no Brasil. 6.Tributação e desigualdades sociais: o princípio da capacidade contributiva como instrumento de concretização da justiça fiscal e social. 7. A função extrafiscal da tributação e a redução das desigualdades sociais. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade discutir a questão da desigualdade social e da pobreza como consequência da crise socioeconômica que assola o Estado brasileiro, bem como o papel da tributação na redução dessas desigualdades, uma vez que o tributo tem fundamental importância para a concretização dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático e Social de Direito.

Inicialmente, o artigo abordará a questão da crise econômica que assolou o mundo em 2008, a qual acabou por agravar as desigualdades sociais no mundo, uma vez que estagnou a economia mundial e gerou milhões de desempregados. Nesse período, o governo brasileiro utilizou de políticas públicas a fim de movimentar a economia para que os reflexos da crise mundial não fossem sentidos pelos brasileiros, mas tal decisão acabou por comprometer a economia brasileira, desestabilizando as suas bases, o que favoreceu o desencadear da atual crise socioeconômica existente no Brasil.

Além disso, o presente artigo abordará a questão das desigualdades sociais e da pobreza como consequência da crise socioeconômica vivenciada pelo estado brasileiro nos dias atuais, pois a crise econômica acabou por prejudicar os direitos sociais garantidos na Constituição da República, e sob o argumento da necessidade de debelar a crise, fez com que alguns direitos sociais fossem suprimidos ou flexibilizados, acentuando as desigualdades sociais e, consequentemente, a pobreza.

Nesse sentido, será tratada da questão do aumento das desigualdades sociais e da pobreza como uma mácula para a democracia, pois estas mazelas acabam por afetar a real democracia. Aqueles que estão sofrendo com as consequências da pobreza e das desigualdades sociais estão excluídos de qualquer participação e discussão em processos de deliberação sobre propostas para melhoramento da sociedade na qual estão inseridos, fazendo com que suas opiniões sejam ignoradas, já que o importante é obedecer às ordens e satisfazer os desejos do mercado capitalista.

Por fim, será abordada a questão da tributação como instrumento de redução das desigualdades sociais, em especial, o estudo do princípio da capacidade contributiva nos tributos indiretos, os quais acabam por aumentar tais desigualdades, tendo em vista que pobres e ricos acabam sendo tributados na mesma proporção quando se trata de tributação indireta.

Além disso, será demonstrada como a função extrafiscal dos tributos pode ser utilizada para reduzir todas as desigualdades sociais existentes no Brasil, já que num Estado Democrático e Social de Direito a função do tributo tem que ser muito mais social do que meramente arrecadatória, pois um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, conforme dispõe o artigo 3º, III, da CRFB/88.

Na elaboração do presente artigo foi realizada a pesquisa bibliográfica sobre o tema e a análise de dados sobre a questão da desigualdade social e pobreza existente no Brasil, bem como sobre a carga da tributação indireta que recai sobre os menos favorecidos de modo a possibilitar uma análise crítica sobre os referidos temas.

## **2. CRISE SOCIOECONÔMICA DO ESTADO: CONTEXTUALIZAÇÃO MUNDIAL A PARTIR DE 2008 E SEUS REFLEXOS ATUAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA**

Inicialmente, é necessário que seja analisado o significado da palavra “crise” que, de acordo com René Guénon, pode ser definida como

A fase que pode ser chamada verdadeiramente “crítica”, em qualquer ordem de coisas, é aquela que conduz imediatamente a uma solução favorável ou desfavorável, aquela em que uma decisão intervém num sentido ou outro; é então, por consequência, que se torna possível emitir um juízo sobre os resultados obtidos, pesar os “prós” e os “contras”, fazendo uma espécie de classificação dos resultados, uns positivos, outros negativos, e, assim, ver para que lado realmente pende a balança (2007, p. 04).

Em seu sentido etimológico, o substantivo crise vem do latim *crisis*, referindo-se a um momento de mudança súbita. Em grego, *krísis* representa uma ação ou faculdade de distinguir, de decisão, tendo por extensão o significado de um momento difícil (HOUAISS, 2017).

O próprio dicionário da língua portuguesa define a palavra crise em sentido econômico como “grave desequilíbrio conjuntural entre a produção e o consumo, acarretando aviltamento dos preços e/ou da moeda, onda de falências, desemprego etc. fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa” (HOUAISS, 2017, p 456).

Carlo Bordoni, em diálogo com Zygmunt Bauman, esclareceu que a palavra crise é utilizada pelos estudiosos das Ciências Econômicas para definir um período de falta de investimentos na economia, o que acaba por comprometer o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade. Desta forma, o autor afirma que:

Crise econômica é, segundo os dicionários, uma fase de recessão caracterizada por falta de investimentos, diminuição da produção, aumento do desemprego, um termo que tem significado geral de circunstâncias desfavoráveis com frequência ligadas à economia (2016, p. 09).

Como visto, a palavra “crise” tem diversas definições, as quais podem ser empregadas em diversos casos no âmbito social. Muitas vezes, a palavra crise é utilizada pelo Poder Público e pelos meios de comunicação de massa para justificar uma série de medidas que são tomadas a fim de resguardar a economia daquele país, tais como: aumento de preços dos bens de consumo, dos combustíveis, cortes em verbas destinadas a promover o bem-estar social, aumento na taxa de juros, criação ou aumento das alíquotas de alguns tributos, dentre outras medidas.

Hodiernamente, o termo crise deve ser analisado em seu sentido socioeconômico. Assim, de acordo com Danner, a crise socioeconômica ocorre quando:

[...] (a) uma economia monopólica que volta-se contra mecanismos estatais regulatórios, marcada pelo decréscimo dos padrões de acumulação, aliada em muitos casos com o predomínio do capital financeiro-especulativo, causando (b) o crescimento do desemprego estrutural, a grande concentração de renda e uma desigualdade social avassaladora (2015, p. 132).

O processo de globalização, que é entendido como um processo que visa a integração entre as economias dos mercados financeiros de diferentes países, resultando na quebra das fronteiras entre eles, acabou por favorecer a crise de 2008, uma vez que a globalização fez com que as empresas privadas começassem

a atuar de forma progressiva dentro da economia ditando as regras de regulação econômica, substituindo o Estado como ator principal desse fenômeno (FARIA, 2006, p. 62).

Devido a diminuição da atuação estatal do domínio econômico, as empresas privadas começaram a dominar a economia mundial através do processo de globalização, o que acabou por resultar na crise financeira mundial de 2008, uma vez que devido ao liberalismo econômico a atuação estatal passou a ser mínima, resultando e agravando diversos problemas sociais já que o Estado teve seus alícerces abalados.

A crise de 2008 foi desencadeada, dentre outros fatores, pela desestruturação do sistema imobiliário norte-americano e pela falta de informações do Estado sobre a liquidez global dos bancos (FARIA, 2011, p. 20), o que acabou por resultar na quebra dos grandes bancos mundiais.

Segundo Carlo Bordoni em seu diálogo com Bauman:

A crise mais séria da modernidade, aquela de 1929, que causou o colapso da bolsa e provocou uma série de suicídios, foi habitualmente resolvida mediante a aplicação das teorias de Keynes: apesar do déficit, o Estado investiu em obras públicas, empregando a força de trabalho numa época em que não havia nenhum emprego disponível e as empresas eram obrigadas a dispensar as pessoas; planos foram estimulados e uma janela se abriu para a indústria, reimpulsionando o pêndulo da economia. Contudo, a crise atual é diferente. Os países afetados pela crise estão endividados demais e não têm vigor, talvez nem sequer os instrumentos, para investir. Tudo o que podem fazer são cortes aleatórios, os quais têm o efeito de exacerbar a recessão, em vez que mitigar seu impacto sobre os cidadãos (2016, p. 10).

A crise atual não afetou somente a economia das empresas privadas. Ela acabou afetando diretamente a muitos Estados, os quais não estavam preparados para enfrentar uma situação de crise, uma vez que devido à sua má gestão de décadas, acabou por sucumbir perante a crise mundial, o que acabou por gerar um aumento das desigualdades sociais.

A crise de 2008 piorou as desigualdades sociais que já existiam muito antes do processo de globalização, uma vez que a história mostra indícios que as desigualdades existem desde o processo de colonização. Devido à crise, muitos Estados não conseguiram promover políticas públicas para diminuir tais desigualdades.

Atualmente, o Brasil vem sofrendo os reflexos da crise de 2008 devido a uma manobra política do governo petista, o qual por meio do Presidente da República afirmou que a crise mundial era apenas uma “*marolinha*” e que o Brasil

não seria atingido. Para isso, utilizou a tributação com a finalidade de fomentar o consumo dos bens produzidos, reduzindo-se, para tanto, a alíquota do imposto sobre produtos industrializados (IPI).

Essa política do governo acabou fazendo com que os reflexos da crise só fossem sentidos pela população atualmente, pois devido à crise muitas empresas tiveram que demitir muitos empregados e acabaram por fechar suas portas, encerrando suas atividades. Outras tiveram que demitir muitos funcionários e estão tentando continuar a exercer suas atividades, o que acabou por gerar mais de 12 milhões de desempregados no Brasil.

Os reflexos da crise, no Brasil, são sentidos mais agudamente por todos aqueles que movimentam a economia, ou sejam, por aqueles que são menos favorecidos. A crise gerou o desemprego, o que acabou por gerar a exclusão social, que é a mais terrível face das desigualdades, nas palavras de Ezio Mauro em diálogo com Zygmunt Bauman (2016b, p. 47).

Além disso, os reflexos atuais da crise no Brasil acabaram por fazer com que o atual governo começasse uma política de cortes de verbas que deveriam ser destinadas aos serviços públicos que iriam atender aos menos favorecidos, sob a alegação de fugir da crise e estabilizar a economia.

A crise econômica acabou por desencadear uma crise social no estado brasileiro, uma vez que o desenvolvimento deste depende de recursos que devido à crise econômica estão cada vez mais escassos. Muitos direitos sociais estão sendo relativizados face à crise econômica. As políticas de reestruturação da economia brasileira estão buscando eliminar, gradativamente, os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal.

Com isso, as desigualdades sociais no Brasil estão aumentando cada vez mais. A crise econômica aumentou as desigualdades já existentes, mas as políticas públicas para salvar a economia brasileira estão aumentando essas desigualdades, uma vez que os projetos que estão sendo elaborados para essa salvação são no sentido de redução ou extinção dos direitos sociais, o que acaba por prejudicar ainda mais os menos favorecidos que são os que mais necessitam da proteção destes direitos, gerando cada vez mais desigualdades sociais como será visto a seguir.

### **3. O AUMENTO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS COMO CONSEQUÊNCIA DO ESTADO DE CRISE SOCIOECONÔMICA**

A crise do Estado, como tratado anteriormente, acabou por transparecer uma mazela que sempre existiu mundialmente, mas que, de alguma forma, era tolerada. A sociedade compartilhava de um sentimento de pertencimento, o qual

fazia com que as pessoas se unissem em torno de um objetivo comum, qual seja, a visão de desenvolvimento de crescimento social. Nesse sentido, Ezio Mauro em diálogo com Zygmunt Bauman afirma que:

Desigualdades eram toleradas graças à oferta de uma ampla gama de oportunidades. Estou falando de educação universal, Estado de bem-estar social, mercado para talentos, os quais, em muitos casos, lograram compensar os desequilíbrios de classe, de riqueza. Mesmo ao tomar consciência dessas desigualdades, os mais fracos sabiam que ainda podiam confiar no futuro de seus filhos, alça-los a melhores circunstâncias, investir numa parte desse futuro, aumentando sua segurança e sua fé no que reservava o amanhã, e, assim, encontrando sentido em seu compromisso com seu trabalho e com seu papel no complexo funcionamento do mecanismo da sociedade (2016, p. 46).

No trecho dessa acima, Mauro e Bauman tratam sobre os resultados da crise e afirmam que esta irá ocasionar grave problema social, pois o Estado Provedor não terá condições de resguardar a efetividade de direitos sociais já garantidos pelas Constituições (BAUMAN; MAURO, 2016).

A crise econômica do Estado, ocasionada pela má gestão dos recursos públicos, acabou por gerar uma crise na efetividade dos direitos sociais. Devido a esta crise, milhões de pessoas estão perdendo seus empregos e, devido a isto, não estão podendo cumprir com os compromissos já firmados perante suas famílias ou mesmo assumir novos compromissos a fim de viverem com um mínimo de dignidade, conforme citado por Mauro em seu diálogo com Bauman quando afirmou que:

É por isso que a desigualdade atual é a gota d'água que vai transbordar o copo, rompendo a tensão positiva que mantém a sociedade coesa. Fatias inteiras de gerações, classes e meios sociais estão afundando no naufrágio da crise, presas entre precariedades crônicas, que impedem as pessoas de assumir qualquer nova responsabilidade plenamente (como viver sua vida com liberdade, comprar uma casa, ter filhos), e a expulsão do mundo do trabalho, que as impede de cumprir essas responsabilidades, quando já assumidas em relação as suas famílias. Eis onde estamos: a exclusão é a nova forma da desigualdade, não apenas uma de suas consequências (2016, p. 47).

De fato, a exclusão social tornou-se a forma mais feroz das desigualdades sociais, pois através dela os indivíduos que antes tinham condições mínimas de sobrevivência acabaram de perdê-las e passaram a depender de programas assistenciais do governo ou da ajuda de parcela das pessoas, as quais, com o advento da crise, também perderam parte de sua capacidade para poder ajudar aos menos favorecidos.

A crise econômica acabou por abalar tanto o Estado quanto a sociedade fazendo com que ambos ficassem imobilizados perante as consequências devastadoras da crise que está abalando os pilares do Estado Democrático e Social de Direito.

A exclusão fez com que milhares de pessoas passassem a viver às margens da sociedade, pois para elas, esta não lhes pertence, uma vez que perderam a capacidade e a dignidade para viverem numa sociedade capitalista e consumista como a pós-moderna. Ezio Mauro afirma que:

O mundo dos excluídos cresce diante dos nossos olhos diariamente, pessoas que não são capazes de permanecer na sociedade ativa flutuam às suas margens ou têm o sentimento de terem sido expulsas, descartadas. Para elas, as portas da democracia fundada em trabalho e direitos estão fechadas. Mesmo que estivessem abertas, seriam as portas dos fundos, que só levariam aos andares inferiores, sem escadarias para o crescimento social. Pior que isso, o uso dessas escadarias é prerrogativa exclusiva dos outros, um instrumento de discriminação, um mecanismo de privilégios. E assim a tensão positiva que mantém a sociedade em equilíbrio é perturbada (2016, p. 47).

Fato é que a sociedade capitalista, onde o consumir é o essencial (SILVA, 2014), gera um desequilíbrio monstruoso entre os indivíduos, visto que os que podem consumir desprezam os que não podem, e os que não podem se sentem inferiorizados por não poder consumir aquilo que a sociedade lhe impõe como prioridade.

Desta forma, as desigualdades sociais fazem com que as pessoas se sintam excluídas do grupo social e, devido a essa exclusão, elas passam a lutar pela sobrevivência, uma vez que nem as condições mínimas para uma vida digna o Estado tem prestado. Nesse sentido, Patto afirma que:

Numa sociedade capitalista que estimula a competição e o enfrentamento individual de problemas sociais, num contexto de escassez, a saída mais visível é lutar individualmente pela sobrevivência, não necessariamente por direitos. O sentimento de desconfiança e preconceito em relação aos seus pares, mencionado anteriormente, também contribui para a desunião. (PATTO apud SILVA, 2014. p. 28).

Outro fator de suma importância em relação à desigualdade social diz respeito à divisão que ela provoca dentro de uma sociedade. Os mais abastados, em sua grande maioria, não se preocupam com os pobres e excluídos, uma vez que estes não poderão chegar ao topo da escadaria do crescimento social, na qual os mais abastados se encontram.

Os pobres e excluídos lutam para se manterem vivos numa sociedade totalmente desigual, uma vez que a crise econômica que assola o Estado faz com que as desigualdades sociais fiquem cada vez mais aparentes, razão pela qual os pobres e excluídos passaram a lutar por sua sobrevivência, já que “[...] todos estão sozinhos não só na morte, mas em seus esforços para continuar vivos” (BAUMAN, 2016, p. 50).

Portanto, a crise econômica e social do Estado fez com que as desigualdades sociais que sempre existiram nas sociedades modernas ficassem cada vez mais acentuadas e gerassem cada vez mais exclusão entre as classes sociais. O capitalismo envenenou as sociedades com seu desejo de consumo desenfreado, o que ocasionou um abismo entre as classes mais abastadas das menos favorecidas, pois estas não detêm recursos econômicos suficientes para serem atendidas em suas necessidades pelo sistema capitalista.

Esse sistema fez com que as sociedades se distanciassem, deixando as classes menos favorecidas sozinhas em suas lutas diárias. Nesse sentido, Bauman afirma que:

Nossa sociedade é uma sociedade desagregada e despedaçada, guiada pela divisa “cada um por si”. Os abandonados, os excluídos, esses “destroços de um naufrágio”, como você sensivelmente os qualificou, não cerram fileiras. Ser abandonado e excluído, rejeitado e relegado à lixeira não engendra solidariedade, gera e causa desrespeito mútuo, desconfiança, rancor e aversão – assim como um cabo-de-guerra incessante, um vale-tudo pelas migalhas que caem das mesas festivas da sociedade de consumo (2016, p. 50).

As desigualdades sociais acabam deteriorando as bases da democracia, uma vez que os pobres e excluídos ficam à margem da sociedade, não desempenhando de forma eficaz sua cidadania, já que estão preocupados com a sua sobrevivência e não necessariamente com a efetivação de direitos.

#### **4. AS DESIGUALDADES COMO A MÁCULA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

As desigualdades sociais surgiram, em muitos Estados, desde a sua colonização, pois em muitos países, a colonização se deu com a finalidade de explorar os recursos existentes naquelas terras, quais sejam, recursos vegetais, minerais e até mesmo humanos.

Desta forma, o processo de colonização fazia com que o planejamento e o desenvolvimento de ações fossem direcionados para a exploração das riquezas naturais daquele lugar, não se importando com implementar melhores condições de vida para aqueles que viviam no local que era explorado.

Nesse sentido, Prado Junior afirmou que: “A idéia de povoar não ocorre inicialmente a nenhum. É o comércio que os interessa, e daí o relativo desprezo por este território primitivo e vazio que é a América [...]” (2004, p. 23). Ele afirma também que era o mercado externo que determinava todo o processo de ocupação dos novos territórios no período das colonizações, pois a ocupação e a produção eram feitas de acordo com as necessidades do mercado externo.

Seguindo o mesmo entendimento de Prado Junior, Costa afirmou que “a concentração fundiária foi decorrente da estrutura produtiva baseada na exploração de cana-de-açúcar voltada para a demanda externa” (2005, p. 180). O autor corrobora o entendimento de Prado Junior ao sustentar que decisões eram tomadas com o intuito de favorecer e suprir as necessidades do mercado externo.

O desenvolvimento da sociedade neste período foi marcado pelas desigualdades e precariedades, o que acabou gerando uma concentração de renda nas mãos daqueles que detinham o poder. Estes enriqueceram às custas da exploração dos territórios e da mão de obra dos menos favorecidos.

A desigualdade e a pobreza sempre estiveram presentes em todas as épocas da história, mas devido ao avanço do capitalismo e da globalização acabaram por se agravar e geraram um sistema ainda mais desigual, que acaba por acentuar as desigualdades sociais no estado brasileiro. Sustentando esta afirmação, Costa nos ensina que:

Dentre os fatores estruturais que interferem nessa situação, podemos citar: a ausência de mecanismos de distribuição de rendas através de uma estrutura tributária progressiva, falta de um amplo processo de reforma agrária, investimento em políticas sociais básicas e democratização do acesso ao poder político... (2005, p. 179 e 180).

Assim, pode-se verificar que as desigualdades sociais e a pobreza são oriundas de escolhas e ações dos próprios seres humanos, os quais preferiram investir no mercado capitalista desde a colonização do Brasil em detrimento de ações e políticas públicas voltadas para o social. Nesse sentido, Garcia explica que:

O destino não estava traçado e o caminho não era único, ainda que o passado tenha o seu peso no presente. O Brasil foi fundado sobre o signo da desigualdade, da injustiça, da exclusão: capitâncias hereditárias, sesmarias, latifúndio, Lei de Terras de 1850 (proibia o acesso à terra por aqueles que não detinham grandes quantias de dinheiro), escravidão, genocídio de índios, importação subsidiada de trabalhadores europeus miseráveis, autoritarismo e ideologia antipopular e racista das elites nacionais. Nenhuma preocupação com a democracia social, econômica

e política. Toda resistência ao reconhecimento de direitos individuais e coletivos (2003, p. 09).

Atualmente, verifica-se que o Estado brasileiro é um reflexo de escolhas e ações realizadas no passado, no qual os homens que detinham o poder escolheram investir todas as suas cartas na miragem oferecida pelo mercado capitalista, o qual no decorrer dos tempos mostrou-se incapaz de investir no social para redução das desigualdades sociais. O capitalismo visa lucrar em cima das desigualdades sociais, não estudar práticas para reduzi-las.

## 5. A POBREZA COMO CONSEQUÊNCIA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS NO BRASIL

Outro ponto de suma importância a ser analisado é a questão da pobreza como consequência das desigualdades sociais no Brasil. A pobreza pode ser definida como o resultado de como as pessoas humanas pensam, analisam e agem na construção da história de determinado país e sobre como as condições mínimas de sobrevivência de cada pessoa dentro da sociedade são aceitas por esta.

O Brasil é um dos países com as taxas de desigualdades sociais mais elevadas do mundo, apesar de ser um país considerado rico. Assim, pode ser verificado que o problema da pobreza do Brasil não está relacionado com a falta de recursos, mas sim com a distribuição desigual destes, somado aos diversos casos de corrupção e desvio de verbas públicas para a satisfação de interesses pessoais.

Verifica-se que as desigualdades sociais e a pobreza estiveram presentes durante todo o processo histórico brasileiro e até hoje estão presentes em muitas discussões sobre o assunto, mas tais problemas não são discutidos com o objetivo de serem efetivamente solucionados.

Nesse sentido, Garcia demonstra o motivo pelo qual a riqueza produzida no Brasil não é destinada para a satisfação das necessidades públicas visando a redução das desigualdades sociais:

Ou seja, foram criadas riqueza e renda suficientes para produzir alterações significativas nas condições de vida da grande massa da população brasileira que é carente de tudo. No entanto, a riqueza existente, a produzida e a renda criada sempre foram apropriadas concentradamente por minorias que sofrem de um estado crônico de “ganância infecciosa” (2003, p. 10).

O sistema capitalista juntamente com essa minoria que detém o poder e a riqueza das nações, inclusive a do Brasil, buscou uma forma alternativa para diminuir os problemas ocasionados pela pobreza, atribuindo a responsabilidade

às pessoas que estão vivendo essa realidade. Importante salientar que a pobreza é uma consequência do agravamento das desigualdades sociais pela não realização de políticas públicas que visem a sua redução.

Desta forma, a sociedade capitalista acaba rotulando a pessoa que se encontra em uma situação de pobreza, atribuindo a ela adjetivos pejorativos, tais como: analfabeta, vagabunda e desqualificada. Entretanto, não é justo culpar uma pessoa por uma mazela que afeta a toda a coletividade; mazela esta que acaba por corromper as bases da democracia brasileira, já que as pessoas pobres acabam por ser excluídos de todas as discussões que envolvam o futuro do Estado. Nesse sentido, Costa ensina que:

A ideia de naturalização da pobreza, ideologicamente difundida pelos setores conservadores da sociedade capitalista, ganha relevância devido à própria complexidade da vida social. As ideias conservadoras sempre recorrem a fatos empíricos isolados para referendar suas assertivas (2005, p. 174).

Partindo-se dessa análise, é necessário mostrar que a pobreza é uma realidade no Brasil e que esta deve ser enfrentada com políticas públicas concretas, as quais devem buscar identificar a raiz do problema, bem como atuar de forma a reduzir a pobreza visando a concretização do Estado do Bem-Estar Social. Para isso, é extremamente necessário que o Estado reduza, com urgência, as desigualdades sociais para que a pessoa humana possa ter garantido a sua liberdade e autonomia, bem como seja a ela garantido o acesso amplo aos bens indispensáveis para o seu desenvolvimento pessoal e familiar.

Assim, o Estado deve assumir a gestão do problema para que através de políticas públicas sociais venha proporcionar a redução das desigualdades sociais, bem como o desenvolvimento de ações voltadas para o social e não para os detentores do poder.

Corroborando esse entendimento, Coutinho preleciona que:

Se o Estado é composto por múltiplos aparelhos e, ao mesmo tempo, é influenciado por uma mutável e dinâmica correlação de forças entre classes e frações de classe, disso deriva que, em sua ação efetiva e em momentos históricos diversos, diferentes aparelhos poderão ser mais ou menos influenciados por diferentes classes e muitas políticas específicas do Estado (de qualquer Estado concreto) poderão refletir interesses entre si conflitantes (1996, p. 39 e 40).

A busca pela efetiva democracia faz com que os cidadãos deixem sua inércia e começem a lutar por uma maior intervenção estatal no campo do social a fim de que as desigualdades sociais sejam reduzidas. Historicamente, a busca pela

democracia foi marcada por um processo de lutas durante toda a história. Nesse sentido, Abranches afirmou que “o mito da ‘*cultura da pobreza*’, segundo a qual os pobres não melhoram suas condições de vida porque não querem, desfaz-se, sempre na dura frieza das evidências, empíricas e históricas” (1998, p. 16).

Cumpre esclarecer que a pobreza e as desigualdades sociais são resultantes de um poder dominante, apesar de serem algumas vezes estudadas com o objetivo de debater a problemática. No entanto, pode-se constatar que a sociedade capitalista detém todo o poder de comando, priorizando o desenvolvimento do capital e o bem-estar daqueles que comandam as relações capitalistas em detrimento da concretização dos direitos sociais em prol da redução das desigualdades.

Costa já nos advertia sobre essa mazela da sociedade capitalista ao ensinar que:

Afirmamos que a pobreza, como fenômeno humano, resulta diretamente das decisões políticas. Porém, as decisões políticas são tomadas a partir da racionalidade do capital, já que na sociedade moderna as necessidades humanas estão subordinadas à lógica econômica da rentabilidade do capital. Desta forma, é o homem que serve à produção, realizada somente na medida em que recria o capital em escala ampliada [...] (2005, p. 172 e 173).

As desigualdades sociais e a pobreza devem ser enfrentadas por toda a sociedade que visa as suas reduções, bem como a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal e nas Declarações que protegem os Direitos Humanos. É um problema que deve ser enfrentado por todos e não por apenas por parte da sociedade.

Desta forma, é necessário que o pacto social seja revisto a fim de que este atenda as exigências formuladas da maioria da população, visando a concretização da justiça social através da redistribuição de bens e riquezas e de uma tributação justa com o objetivo de reduzir a pobreza e as desigualdades sociais.

## **6. TRIBUTAÇÃO E DESIGUALDADE SOCIAIS: O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL E SOCIAL**

O artigo 145, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a

esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O parágrafo primeiro do referido artigo nos traz a definição do Princípio da Capacidade Econômica, segundo o qual cada contribuinte deve colaborar para o financiamento do Estado através dos tributos dentro de sua capacidade para pagá-los.

Entretanto, o referido princípio que é tratado pela doutrina tributária como Princípio da Capacidade Contributiva, apesar de ser um dos mais importantes princípios dentro do sistema tributário, não é observado da forma como deveria ser, o que acaba por intensificar as desigualdades sociais.

Nesse sentido, Becker afirma que:

Antiquíssimo é o princípio de cada indivíduo contribuir para as despesas da coletividade, em razão da sua força econômica. [...] Este princípio se origina, em suas linhas essenciais, do ideal de justiça distributiva formulado pelos filósofos gregos e reaparece na filosofia escolástica, quando recompõe o sistema aristotélico consoante os princípios da teologia católica (2010, p. 513).

Para o referido autor, a expressão capacidade contributiva já era utilizada desde o início das civilizações, uma vez que:

A locução *capacidade contributiva* é antiga como a Ciência das Finanças e até mais antiga porque, como se convencionou fixar o início desta Ciência com o começo do estudo das disciplinas econômicas mediante método rigoroso e sistemático, então, pudesse considerar que o emprego da locução “capacidade contributiva” é ainda mais antigo que a própria Ciência das Finanças.” A expressão “capacidade contributiva” foi usada por diversas leis tributárias da Idade Média e por algumas leis dos primeiros séculos da Idade Moderna (2010, p. 513).

Corroborando as ideias de Becker, Carrazza leciona que o princípio da capacidade contributiva está intimamente ligado aos ideais republicanos, pois:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar impostos na proporção de seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza (2000, p. 65).

De acordo com Derzi “o sistema tributário nacional continua assentado

em tributos que oneram, sobretudo, o consumo, de modo regressivo" (2010, p. 1345). Para a autora, a tributação sobre o consumo é uma das causas das desigualdades sociais no Brasil, uma vez que esta tributação não respeita o princípio da capacidade contributiva.

Ocorre que o mecanismo de tributação sobre o consumo acaba por dificultar a aplicação do referido princípio, uma vez que seria quase impossível auferir o perfil econômico daqueles que suportam a tributação sobre o consumo. Nesse sentido, Misabel Derzi preleciona que:

O art. 145, § 1º, fala em pessoalidade sempre que possível. A cláusula sempre que possível não é permissiva, nem confere poder discricionário ao legislador. Ao contrário, o advérbio sempre acentua o grau de imperatividade e abrangência do dispositivo, deixando claro que, apenas sendo impossível, deixará o legislador de considerar a pessoalidade para graduar os impostos de acordo com a capacidade econômica subjetiva do contribuinte.[...] A doutrina costuma apontar a hipótese dos impostos que são suportados pelo consumidor final, como exemplo de tributação não pessoal. É que, nos impostos incidentes sobre a importação, a produção ou a circulação, o sujeito passivo que recolhe o tributo aos cofres públicos (o industrial ou o comerciante), transfere a um terceiro, o consumidor final, os encargos tributários incidentes. Tornar-se-ia muito difícil, senão impossível, graduar o imposto sobre produtos industrializados ou sobre operação de circulação de mercadorias de acordo com a capacidade econômica da pessoa que adquire o produto ou a mercadoria para o consumo. Por isso, a Constituição Federal, seguindo a melhor doutrina, fala em pessoalidade sempre que possível e estabelece em substituição, o princípio da seletividade para o Imposto sobre Produtos Industrializados e para o Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços nos arts. 153, § 3º, I, e 155, § 2º, III (2010, p. 1097).

Desta forma, como exposto acima, Misabel Derzi afirma que existem tributos que não podem se adequar ao Princípio da Capacidade Contributiva, motivo pelo qual é importante instituir outros mecanismos para aplicação da justiça tributária na tributação, qual seja, o Princípio da Seletividade.

Assim, a justiça na tributação dos impostos indiretos só ocorrerá quando os princípios da Capacidade Contributiva e da Seletividade forem observados em nosso ordenamento jurídico, fazendo com que cada pessoa contribua dentro de sua capacidade, sem ofender sua dignidade.

Nesse sentido, pode-se verificar que o princípio da capacidade contributiva está intimamente ligado ao princípio da igualdade, o qual prevê que "todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na

medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material) [...]” (Cunha, 2009, p. 658).

Roque Antônio Carrazza leciona que o Princípio da Capacidade Contributiva está “intimamente ligado ao princípio da igualdade, [o princípio da capacidade contributiva] é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada Justiça Fiscal” (2000, p. 65).

No entanto, a aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva nos tributos sobre o consumo encontra alguns impedimentos de acordo com a doutrina pátria, uma vez que o ônus da tributação é suportado pelo consumidor final, razão pela qual a aplicação do referido princípio seria quase impossível, tendo em vista a impossibilidade de se verificar a capacidade econômica do contribuinte de fato, ou seja, da pessoa que efetivamente suporta o ônus da tributação sobre o consumo.

Outro ponto de suma importância a ser analisado é a aplicação do princípio da seletividade que pode ser definido como sendo a tributação mais gravosa sobre bens menos essenciais e a tributação menos onerosa, ou até mesmo a aplicação de uma isenção, sobre bens mais essenciais à vida humana.

Logo, pode-se verificar que esse princípio é uma forma indireta de se alcançar o princípio da capacidade contributiva. Os legisladores entenderam que se os bens são supérfluos devem ser consumidos por pessoas com uma capacidade econômica maior, razão pela qual devem ser mais tributados.

Sacha Calmon faz duras críticas ao Princípio da Seletividade, pois a aplicação deste princípio está relacionada apenas quanto ao produto a ser tributado e não à pessoa que sofrerá a tributação, o que demonstra a tamanha injustiça fiscal nos tributos indiretos.

Nos impostos que percutem (chamados de “indiretos” ou de “mercado”) entra em cena o contribuinte de fato, diferente do *de jure*, e a capacidade contributiva realiza-se imperfeitamente. É o caso das alíquotas menos gravosas do IPI e do ICMS. Supõe-se que os de menor renda (contribuintes de fato) consomem *artigos necessários tão somente a uma existência sofrida*, e, por isso, as alíquotas são reduzidas, ou mesmo isenções são dadas. Ocorre que tanto compra feijão José da Silva quanto Ermírio de Moraes, com o rico industrial se beneficiando dos favores pensados para José (2000, p. 83).

De acordo com Sacha Calmon, o princípio da seletividade é totalmente falho e não traz uma justiça fiscal e social, pois pelo princípio da seletividade tanto o rico quanto o pobre consomem os mesmos bens e paga a mesma alíquota de tributos indiretos, o que acaba por gerar mais desigualdades sociais.

## 7. A FUNÇÃO EXTRAFISCAL DA TRIBUTAÇÃO E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

O tributo possui finalidades muito importantes para o Estado Democrático e Social de Direito, pois é através dele que o Estado consegue auferir grande parte dos recursos financeiros para a realização de políticas sociais a fim de satisfazer as necessidades públicas. Podemos classificar a finalidade do tributo como fiscal e extrafiscal.

O tributo possui finalidade fiscal quando o Estado utiliza os recursos arrecadados unicamente para aumentar o capital estatal a fim de satisfazer as suas despesas gerais. A função extrafiscal do tributo está relacionada com a sua utilização para a regulação da economia e balança comercial, bem como para a redução das desigualdades sociais.

Sobre este assunto, Milena Zampieri e Keziah Alessandra ensinam que:

Outra forma de se classificar os tributos decorre da finalidade dos mesmos. Dessa feita, os tributos podem se revestir da finalidade fiscal ou extrafiscal. Então, será fiscal o tributo voltado a gerar receita aos cofres públicos e extrafiscal o tributo que tenha finalidade de estimular ou desestimular comportamentos. Nesse contexto, os tributos são instrumentos, quer sirvam a gerar receitas aos cofres públicos, quer quando sirvam para possibilitar ao Estado intervir no domínio econômico, estimulando ou desestimulando comportamentos (2012, p.198).

Nesse sentido, Becker leciona que:

A idéia de revolução social pelo impacto dos tributos, em lugar da força das armas, começou realmente a definir-se na segunda metade do século passado. A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de *arrecadação* de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de *intervenção* estatal no meio social e na economia privada. Na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo. (2010, p. 630).

As ideias do referido autor demonstram a importância do tributo para o desenvolvimento da vida social. Este deve ser utilizado para cumprir os objetivos que estão previstos no artigo 3º, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Nesse mesmo entendimento, Eros Roberto Grau leciona que:

O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o recolhimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto voltada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias. (grifo nosso) (2012, p. 215).

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu artigo 23, inciso X que é de competência comum as políticas públicas para a redução da pobreza e das desigualdades sociais, *in verbis*:

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

[...] X - Combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Além disso, a Lei Maior estabeleceu que a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais constitui-se objetivo fundamental da República, devendo o sistema tributário se reformular de modo a cumprir a referida determinação constitucional, pois o atual sistema tributário acaba por favorecer as desigualdades tributárias, uma vez que acaba favorecendo os mais ricos em desfavor dos menos favorecidos, com uma tributação indireta injusta como é o caso brasileiro.

Nesse sentido, Aliomar Baleeiro lecionou que a progressividade pessoal dos impostos é necessária para que se alcance uma justiça fiscal e social, sendo a:

Arma política de eficiência comprovada, o imposto pessoal e progressivo poderá ser o instrumento surdo e adequado a uma revolução social, sem ‘sangue, suor ou lágrimas’, mas, tão radical quanto às de caráter catastrófico que têm congestionado cemitérios cárceres e orfanatos, apavorando as sociedades ameaçadas pela sua propagação insinuante e insidiosa (2010,p. 1103).

E complementa o seu entendimento:

Mas a graduação dos impostos, como regra geral, limitada apenas pelas possibilidades práticas, para aplicação ao maior número possível de contribuintes, atentas às condições personalíssimas de cada um destes, representa a conjugação de dois ásperos problemas de técnica fiscal, já que os tributos ensejam maior ou menor tolerância à progressividade e à personalização (2010, p. 1103).

A tributação justa é essencial para que o Estado possa reduzir as desigualdades sociais, uma vez que é através do tributo que o Estado poderá realizar políticas públicas no sentido de concretizar os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Assim, o sistema tributário deve ser reconstruído tendo por base o Princípio da Capacidade Contributiva, pois é este princípio que irá basear a tributação pessoal de forma digna, sem ofender a capacidade de cada pessoa de contribuir sem ofender a sua dignidade. Nesse sentido, Aliomar Baleeiro lecionou que:

O princípio da tributação pessoal segundo a capacidade contributiva, embora possa ser sustentado por critérios administrativos ou fiscais de eficácia, repousa sobre a base ética de um ideal de justiça. Se os membros de um grupo politicamente organizado são desiguais do ponto de vista econômico, paguem na medida das suas faculdades e disponibilidades. Tire-se o menos possível de quem apenas pode satisfazer as necessidades essenciais de um padrão de vida compatível com a dignidade humana. Recorra-se a quem colheu maior proveito da vida social (2010, p. 1103).

Corroborando o entendimento de Baleeiro, Mizabel Derzi ensina que o princípio da capacidade contributiva deve ser utilizado como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, visando utilizar o tributo como mecanismo de redução da pobreza e das desigualdades sociais. A autora afirma que:

É que a capacidade contributiva é princípio que serve de critério ou de instrumento à concretização dos direitos fundamentais individuais, quais sejam, a igualdade e o direito de propriedade ou vedação do confisco. Portanto, o princípio da capacidade contributiva não mais pode ser interpretado à luz da concepção de um Estado de Direito ultrapassado e abstencionista. Ao contrário. A Constituição de 1988 tende à concreção, à efetividade e à consagração de princípios autoaplicáveis, obrigatórios, não apenas para o legislador, como também para o intérprete e aplicador da lei (2010, p. 1091).

Portanto, verifica-se que o tributo não pode ser utilizado unicamente em sua função fiscal, qual seja, a de arrecadação de receitas para os cofres públicos. É necessário que o tributo exerça a sua função extrafiscal para a redução das desi-

gualdades sociais, principalmente aquelas oriundas da tributação indireta, qual seja, aquela na qual o consumidor final acaba arcando com os ônus da tributação, uma vez que o valor do tributo está incluído no preço dos produtos.

A tributação indireta acaba por onerar mais quem ganha menos, uma vez que tanto os ricos quanto os pobres acabam suportando a tributação incidente sobre o consumo na mesma proporcionalidade, o que acaba por agravar as desigualdades sociais no estado brasileiro, razão pela qual o tributo deve ser utilizado como instrumento para a concretização dos direitos sociais, bem como para a redução da pobreza e das desigualdades sociais.

## CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, pode-se verificar que a crise econômica que assolou o mundo em 2008 acabou por ampliar uma mazela que sempre existiu em todo o mundo qual seja, a desigualdade social. Essa desigualdade no decorrer dos anos acabou por gerar uma mazela pior ainda que é a pobreza, na qual as pessoas são excluídas de toda e qualquer discussão e decisão para melhoramento da sociedade.

A opinião dos menos favorecidos é irrelevante, razão pela qual na sociedade capitalista atual, juntamente com o governo, acaba-se por tomar decisões totalmente voltadas para o mercado econômico. Devido a essa inclinação política, em tempos de crise econômica, uma das primeiras decisões do governo é cortar ou diminuir investimentos relacionados aos direitos sociais, o que acaba por gerar uma crise social no estado, uma vez que os maiores prejudicados são aqueles que dependem do governo para ter condições mínimas de sobrevivência, o que acaba por gerar ainda mais desigualdades sociais.

As desigualdades sociais acabam por influenciar de forma negativa a própria democracia, uma vez que esta está relacionada ao governo do povo, ou seja, este participando dos debates políticos, das decisões do futuro do país. Nesse sentido, observa-se que as desigualdades sociais e a pobreza acabam por excluir os menos favorecidos dos processos democráticos, das decisões fundamentais, já que a única participação que os pobres têm dentro do processo democrático é a de ir às urnas e votar em algum candidato, sem antes ter realizado qualquer pensamento crítico em relação a sua escolha, uma vez que até o direito a uma educação crítica lhe é tirado em tempos de crise econômica e social.

Além disso, verifica-se que as desigualdades sociais acabam sendo acentuadas através de um sistema tributário regressivo como o brasileiro, uma vez que este prioriza mais a tributação sobre o consumo do que sobre o

patrimônio e sobre as grandes fortunas que até o presente momento não foi regulamentada por lei complementar.

A tributação sobre o consumo acaba por aumentar ainda mais as desigualdades sociais, uma vez que ricos e pobres suportam a mesma carga tributária em cada produto adquirido, inclusive os produtos relacionados à alimentação que são essenciais para se ter uma vida digna, ou seja, o mínimo existencial que não pode ser atingido, de forma alguma, pelo poder famigerado do Estado pela arrecadação.

Outro ponto de suma importância que foi analisado no presente artigo é a questão do direito fundamental que cada contribuinte tem de ser tributado de acordo com sua capacidade, ou seja, o princípio da capacidade contributiva, que não é observado no sistema tributário brasileiro em relação aos tributos indiretos. Essa não observação acaba por ofender um direito fundamental e afeta diretamente o núcleo essencial do direito fundamental a uma tributação justa, o que agrava ainda mais as desigualdades sociais no Brasil.

Portanto, é necessário que o sistema tributário brasileiro observe a capacidade de cada contribuinte em pagar os tributos, os quais devem ser utilizados pelo Poder Público dentro da função extrafiscal, pois é através dela que o Estado poderá utilizar a tributação como instrumento de redução das desigualdades sociais e concretização dos direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, S. H. Política Social e Combate à pobreza: A teoria da prática. In: *Política Social e Combate à Pobreza*. 4.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de Tributar*. 8. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Tradução Renato Aguiar. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: Entre a incerteza e a esperança*. Tradução Renato Aguiar. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2010
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 5.ed. revista e atualizada de acordo com o Código. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- COSTA, L. C. da. Pobreza, Desigualdade e Exclusão Social. In: *Sociedade e Cidadania desafios para o século XXI*. Ponta Grossa: Ed. UEPG, 2005.

- COUTINHO, C. N. *Marxismo e Política*. A dualidade de poderes e outros ensaios. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- CUNHA, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm. 2009.
- DANNER, Leno Francisco. *Estado, política, poder: ensaios em torno à crise socioeconômica contemporânea*. Porto Alegre: Editora Fi, 2015.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GARCIA, R. C. *Iniquidade Social no Brasil: Uma aproximação e uma tentativa de dimensionamento*. IPEA (texto para discussão). Brasília, agosto de 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GUÉNON, René. *A Crise do Mundo Moderno*. São Paulo: Constantino Kairalla Riemma, 2007.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa on-line*. 2017. Disponível em <[houaiss.uol.com.br](http://houaiss.uol.com.br)> Acesso em: 17/01/2017.
- PRADO JUNIOR, C. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- SELLMANN, M. Z.; PINTO, Keziah A. V. Silva. Tributo como instrumento para assegurar o direito fundamental ao meio ambiente. In: YOSHIDA, C.Y.M; RAMPAZZO, L. (Orgs.). *O direito e a dignidade humana: aspectos éticos e socioambientais*. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012.
- SILVA, Daisy Rafaela da. *O consumo na pós-modernidade: efeitos nas classes D & E*. Campinas: Editora Alínea, 2014.

## **PRINCIPIO DA PARTICIPAÇÃO E INFORMAÇÃO DAS MULHERES NAS TOMADAS DE DECISÕES AMBIENTAIS EM MOÇAMBIQUE**

### ***PARTICIPATION PRINCIPLE AND INFORMATION OF WOMEN IN MAKING ENVIRONMENTAL DECISIONS IN MOZAMBIQUE***

Valentina Alfredo Veleta

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-PPCJ/UNIVALI,  
Coordenadora de Estudos de Superação Técnico-Profissional do Comando Provincial de Maputo-  
-Moçambique, Licenciada em Ciências Policiais pela Academia de Ciências Policiais-ACIPOL em  
Moçambique, BOLSISTA da CNPq/MCT

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Doutora e Mestre em “Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad” pela Universidade de Alicante  
- Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Brasil. Professora  
no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e  
Mestrado em Direito e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí -  
UNIVALI. Contato principal para correspondência.

Micheline Ramos de Oliveira Correio

Doutora em Antropologia Social/PPGAS/UFSC. Professora permanente do PMGPP/UNIVALI.  
Pesquisadora do Grupo de Pesquisa/CNPq. NAUI/PPGAS/UFSC.

**Submissão em 09/05/2017**

**Aprovado em 14/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.2709>

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto o analise do Princípio da Participação e Informação das Mulheres nas tomadas de decisões ambientais em Moçambique. O artigo almeja mostrar a falta de oportunidade que as mulheres têm de participar no processo de tomadas de decisões importan-

tes na comunidade e a falta de alguém que represente os seus interesses a nível local, tornando-as mais vulneráveis e mais dependentes dos homens. A maioria das mulheres economicamente ativas estão envolvidas nas práticas de agricultura, em particular na agricultura familiar, onde o seu trabalho é considerado parte integral das responsabilidades domésticas e assim não é atribuído nenhum valor econômico. É notório o papel que as mulheres desempenham no seio da família e da comunidade naquele país, porém em processos importantes elas não têm direito à opinião, nem noção dos assuntos que vão ser abordados e são representadas pelos seus maridos, irmãos, tios e líderes comunitários. Quando ocorrem despejos e reassentamentos involuntários, os impactos das decisões no ato das negociações dos grandes projetos que envolvem o Estado recaem sobre elas, neste interim uma discussão de gênero torna-se imprescindível. A metodologia utilizada é a lógica-indutiva através das pesquisas bibliográficas.

**Palavras-chave:** Igualdade de Direitos; Princípio da Participação e Informação Ambiental; e Situação das Mulheres em Moçambique.

**Abstract:** This article is about the analysis of the Participation Principle and Information of Women in making environmental decisions in Mozambique. The paper aims to show the lack of opportunity that women must participate in the process of taking important decisions in the community, and lack of someone to represent their interests at the local level making them more vulnerable and more dependent on men. Most economically active women are involved in farming practices, particularly in family farms where their work is considered an integral part of domestic responsibilities and thus is not assigned any economic value. It is clear the role that women play in the family and the community in that country, but in important cases they have no right to view or notion of the issues that will be addressed, and are represented by their husbands, brothers, uncles, and community leaders. When they occur involuntary evictions and displacement, the impact of decisions at the time of the negotiations of major projects involving the state fall on them. The methodology used is the logical-inductive through literature searches.

**Keywords:** Equal Rights; Principle of Participation and Environmental Information; Situation of Women in Mozambique.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Igualdade Liberdade e Solidariedade como Direitos Fundamentais. 3. Meio Ambiente: a terceira geração dos Direitos Humanos. 4. Princípio da Participação e Informação Ambiental. 5. Pobreza, Injustiça e Degradação Ambiental. 6. Necessidade de proteção de grupos vulneráveis e o atendimento das necessidades básicas -*Basic-Needs*. 7. Políticas de Terra em Moçambique e a Situação das Mulheres nas Tomadas de Decisões. 8. Igualdade de gênero e questões ambientais. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A frágil capacidade do Estado em estabelecer mecanismos de uma boa governança e transparência na gestão do bem público, em particular destaque nos processos ambientais, traz um impacto negativo na comunidade, principalmente quando se tratam de grandes negócios que envolvem o Estado.

Nota-se uma fraca gestão de participação, informação das mulheres<sup>1</sup> nas tomadas de decisões ambientais e a falta de divulgação da lei ambiental por parte da entidade responsável, o que resulta na maior parte em conflitos. Os atos dos despejos e reassentamentos involuntários afetam majoritariamente as mulheres devido a sua posição social, estando imposta numa dominação patriarcal<sup>2</sup> (CAPRA, 1996, p.27).

Um estudo realizado pelo Centro de Terra viva, uma ONG especializada em estudos de advocacia ambiental e direitos humanos indica, que o equilíbrio social, e atendimento das necessidades básicas de pelo menos 60% das mulheres moçambicanas estão longe de serem atingidos, mesmo tratando-se de um país rico em recursos naturais. Apesar disso, a defesa e a promoção dos direitos humanos, liberdades fundamentais e da igualdade entre homens e mulheres está muito aquém de serem atingidos, principalmente quando se trata da efetivação do princípio da participação e informação ambiental (ORAM, 2010, p.7).

Todavia, a Constituição da República de Moçambique traz uma prova clara do compromisso do Estado para a questão da mulher, expressa através do princípio da igualdade de gênero estabelecido no artigo 36, o qual considera que "o homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os domínios da vida política, econômica, social e cultural".

<sup>1</sup> Em Moçambique as mulheres estão entre os grupos mais vulneráveis e mais afetados pela pobreza. A maioria das mulheres economicamente ativas estão envolvidas na agricultura, em particular a agricultura familiar, onde o seu trabalho é considerado parte integral das responsabilidades domésticas e assim não é atribuído nenhum valor econômico. No país prevalece o sistema patrilinear que atribui o poder de decisões aos homens em todas as esferas. As relações que a sociedade estabelece entre homem e mulher, a divisão social de trabalho coloca muitas vezes as mulheres em posição de desvantagem. As relações de gênero demarcam as responsabilidades de homens e mulheres a partir do agregado familiar, bem como o acesso ou não dos recursos naturais, o direito à participação e informação nas tomadas de decisões importantes, o acesso à educação e; as oportunidades de emprego que são sempre limitadas devido ao seu baixo estatuto e posição social que desempenham. Elas são obrigadas a percorrer distâncias longas na busca de lenha, e água para a sobrevivência da família, tirando-lhes o tempo que poderiam se dedicar se aos estudos, privando os seus conhecimentos, assim como o seu desenvolvimento pessoal. E isto traz implicações para o futuro, assim como falta de participação nos assuntos importantes para a comunidade. E quando se tratam de negócios que envolvem a comunidade, e o Estado elas não participam em nada e não têm voz, por falta de conhecimento, e se colocam sempre na posição de subordinação deixando os homens, na maioria dos casos os maridos, tios e avós, decidirem por elas. A maioria dos investimentos dos projetos privados passa por terras onde elas praticam agricultura para a sua sobrevivência. E ainda persistem constrangimentos que mantêm a maioria das mulheres numa situação de discriminação, e sem noção dos seus direitos, por falta de transparência, e inclusão efetiva, por parte do órgão responsável (ACTUAR, 2010, p.4-5).

<sup>2</sup> "[...] a dominação patriarcal de mulheres por homens como o protótipo de todas as formas de dominação e exploração: hierárquica, militarista, capitalista e industrialista. Eles mostram que a exploração da natureza em particular, tem marchado de mãos dadas com a das mulheres, e esta associação entre as mulheres e a natureza liga a história das mulheres com a história do meio ambiente, sendo fonte de um parentesco natural entre o feminismo e a ecologia" (CAPRA, 1996, p.27).

Paralelamente, a Lei do Ambiente consagrou no leque de princípios fundamentais o Princípio da igualdade que garante oportunidades iguais de acesso ao uso de recursos naturais aos homens e mulheres (LEI N°20/97, 1997, p.21).

Por outro lado, a Lei de Terras em especial reconhece expressamente o direito das mulheres de serem, ao lado dos homens, sujeitos nacionais do direito de uso de terra, bem como dos seus recursos para a melhoria da qualidade de vida. Ainda assim a questão dos direitos humanos, no que tange ao princípio da participação e informação no uso e controle da terra, e do meio ambiente pelas mulheres, não tem sido fácil, pois está sempre associada às questões culturais, sobretudo a posição que as mulheres e homens ocupam na família e na sociedade principalmente no contexto de discrepância das relações de gênero.

Em termos gerais, o pedido de assistência legal, pelas mulheres para assuntos relativos a direitos humanos, ao meio ambiente, apresenta-se bastante fraco ou quase inexistente, pelo fato de se verificar que a população residente no interior de Moçambique e nas áreas mais distantes da cidade não tem acesso à justiça, participação e informação nos grandes negócios do Estado.

Daí que, a alta pressão que a terra, e os outros recursos naturais têm atraído os diferentes atores (coletivos e individuais), resultando na adoção de procedimentos incorretos por parte dos atores públicos na gestão dos recursos naturais. Caracterizados fundamentalmente por conflitos de interesses, o que mais comumente põe em causa os direitos das populações mais vulneráveis, sobretudo as comunidades locais rurais, onde se regista uma taxa de alfabetização expressivamente baixa, na ordem dos 65,5% (ORAM, 2010, p.7).

A corrupção de autoridades e líderes comunitários, a falta de consciência sobre os benefícios dos processos formais e a vulnerabilidade resultante das inúmeras carências caracterizadas da pobreza que estas comunidades estão sujeitas, leva a que sejam facilmente corrompidas com promessas de melhorias de condições básicas de vida (ORAM, 2010, p.7)

A situação é ainda agravada pela inexistência de uma lei específica ligada à questão de participação e informação nas comunidades em matérias ambientais e pela superficialidade das leis que regulam aspectos específicos ligados ao gênero, o que dificulta ainda mais a gestão dos recursos naturais pelos atores públicos de uma forma eficaz e transparente (ORAM, 2010, p.7).

Outras demandas relacionadas com os direitos da mulher são os despejos e reassentamentos involuntários nas áreas abrangidos por recursos minerais, privilegiando-se os projetos de extração de recursos minerais, por empresas transnacionais como a anglo-australiana Riversdale Rio Tinto, Mozal e a Prosavana, empresas essas

que adquirem concessão das Terras através do governo moçambicano, havendo uma série de reivindicações e deixando a mulher a sua sorte (MIGUEL, 2014, p.75).

Desta forma a problemática deste artigo resume-se no seguinte: Há efetivação do princípio da Participação e informação de mulheres nas tomadas de decisões do meio ambiente em Moçambique? O tema é de grande importância porque enquadra-se nos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), que surgem da Declaração do Milênio das Nações Unidas, adotadas pelos 191 Estados membros, e tem como metas não só promover os direitos humanos, como também erradicar a pobreza extrema, fome e garantir a sustentabilidade ambiental e o empoderamento da mulher principalmente nas questões ligadas à igualdade de oportunidades e de recursos<sup>3</sup>.

Por outro lado, o país registra um crescimento econômico acompanhado da distribuição social equilibrada, que se traduz, sem dúvida, num ambiente sustentável na inserção de todos na cidadania, na boa qualidade de vida para homens e mulheres e consequentemente na efetivação dos direitos humanos mais básicos de sobrevivência do ser humano como a saúde, educação, transporte e habitação (RESOLUÇÃO Nº10/95).

Assim, para a materialização do artigo e para alcançar os êxitos almejados, optou-se pela pesquisa lógica-indutiva, coadjuvada pela referência bibliográfica.

## **2. IGUALDADE, LIBERDADE E SOLIDARIEDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Após a Segunda Guerra Mundial despertou-se que grandes temas se adaptavam à necessidade da coletividade e não apenas numa visão individualizada, mas sim num contexto corporativo.

A Revolução Francesa de 1789 trouxe a Declaração do Homem e do Cidadão, sob o ponto de vista de liberdade, igualdade e fraternidade, que marcou a primeira vitória pelo reconhecimento dos Direitos Humanos (ABREU, 2011, p.142).

O século XIX pode ser chamado como o século da liberdade. Esta época foi marcada pela queda dos chamados grilhões da escravidão. Esta liberdade corporal revelada no direito de ir e vir e de permanecer é a mais primária de todas as suas formas de expressão e a mais fundamental (ABREU, 2011, p.142).

<sup>3</sup> Os objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM) foram criados em um esforço para sistematizar acordos internacionais alcançados em várias cúpulas mundiais ao longo dos anos 90 (sobre o ambiente e desenvolvimento, direitos das mulheres, desenvolvimento social racismo etc.). Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio-actualidade>>. Acesso em: 08 de Junho de 2016.

Abreu acrescenta que a liberdade tem sentido muito mais amplo do que apenas os direitos da locomoção, de liberdade de pensamento, de expressão, de consciência de crença, da informação, de decisão, de reunião e de todas outras dignidades que afiançam a vida digna da pessoa humana (ABREU, 2011, p.142).

Ainda no pensamento do autor, para que a pessoa seja de fato livre é necessário que seja liberta da miséria, do analfabetismo, do desemprego, subalimentação e da submoradia, assim a luta pela liberdade continua, não só para manter os direitos já conquistados, mas também para afirmar liberdade àqueles que ainda a perseguem.

No pensamento de Bobbio, a liberdade enquanto valor, ou seja, enquanto bem ou fim a perseguir, é habitualmente considerada como um bem para um indivíduo ou para um ente coletivo (grupo, classe, nação, Estado) concebido como um superindivíduo (BOBBIO, 1997, p.12-13).

O autor explica ainda que a liberdade é em geral um valor para o homem como indivíduo (razão pela qual as teorias políticas defensoras da liberdade, ou seja, liberais, são mais individualistas, tendentes a ver na sociedade mais um agregado de indivíduos do que uma totalidade).

Contudo, o século XX foi denominado como o século da igualdade, no qual houve movimentos pelo reconhecimento da igualdade Política entre homens e mulheres, negros e brancos.

A igualdade é um valor para o homem como ser genérico, ou seja, como uma parte pertencente a uma determinada classe, que é precisamente a humanidade (razão pela qual as teorias políticas que propugnam a igualdade tendem a ver na sociedade uma totalidade, sendo necessário considerar o tipo de relações que existem ou deve ser instituído entre as diversas partes do todo) (BOBBIO, 1997, p.12-13).

Diferentemente do conceito e do valor da liberdade, o conceito e o valor da igualdade pressupõem, para aplicação, a presença de uma pluralidade de entes, cabendo estabelecer que tipo de relação existe entre eles, enquanto se pode dizer, no limite, que é possível existir uma sociedade no qual só um é livre. Não teria sentido afirmar que existiria uma sociedade na qual só um é igual.

A liberdade e a igualdade se dá nos casos em que a liberdade é considerada como aquilo em que os homens ou membros de um determinado grupo social são ou devem ser iguais, do que resulta a característica dos membros desse grupo serem igualmente livres ou iguais na liberdade. Essa é a melhor prova de que a liberdade é a qualidade de um ente, enquanto a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única características comum desses entes seja o fato de serem livres (BOBBIO, 1997, p.13).

A Constituição da Republica de Moçambique<sup>4</sup> no artigo 35 afirma que “todos os cidadãos são iguais perante a lei e que os seres humanos não podem ser des- criminados por razões de sexo, raça, religião, situação econômica e, social, pro- fissão, ideológica ou atividade politica”. Dai que mais esforços deverão continuar para contra outras formas de discriminação e desigualdade humana.

A solidariedade<sup>5</sup> renasce na metade do século XX pós-segunda guerra mun- dial. Neste período o foco da proteção dos direitos passou de âmbito individu- al para o âmbito coletivo, impondo-se a consciência de que os direitos funda- mentais só serão efetivamente assegurados se forem garantidos a todos. Surge a época de concretização do bem comum, sobrelevando-se os direitos inerentes à pessoa humana não considerada particularmente, mas sim pela coletividade.

O surgimento dos direitos fundamentais pode ser analisado de varias for- mas. Sua história encontra-se intrinsicamente ligada à evolução filosófica dos direitos humanos, como os direitos da liberdade.

A concepção jusnaturalista pugna pela existência de um direito natural alheio à vontade estatal, tido como absoluto, perfeito e imutável. Com o surgi- mento das teorias contratualistas do Estado, o jusnaturalismo destaca-se como a teoria de John Locke que, partindo do pressuposto de que os homens se reúnem em sociedade para preservar a própria vida e a propriedade, que torna esses bens conteúdos dos direitos oponíveis ao próprio Estado (LOCKE, 1998, p.468).

### **3. MEIO AMBIENTE: A TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Os direitos da terceira geração são direitos relacionados com o valor e a solidariedade, também chamados de “novos direitos” devido as suas especiais condições, diferentes dos demais direitos fundamentais que são individuais. (FENSTERSEIFER, 2008, p.123-129).

---

<sup>4</sup>Constituição da República de Moçambique, Aprovada na Assembleia geral em Novembro, Maputo, 2004, Disponível em: <<http://www.portaldogoverno.gov.moz/por/Media/files/Constituição-da-República>>. Acesso em: 18 de julho de 2016.

<sup>5</sup> O artigo nº 1 da **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948** afirma que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos, dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Por sua vez a Constituição Federativa estabelece uma “ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e redistributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento e responsabilidade e apoio reciproco solidifiquem-se a ideia da comunidade fundada no bem comum”. Estes instrumentos colocam de forma clara o projeto da modernidade referida, situando todos princípios revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade, ademais de destacar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que, diga-se de passagem, desde as luzes lançadas por Kant sobre a razão e a moral, constituem pedra fundamental da edificação constitucional do Estado Socioambiental de Direito Contemporâneo (FENSTERSEIFER, 2008, p.112).

São direitos difusos transindividuais, pois transcendem o individuo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual (FIRILLO, 2015, p.17). O direito difuso possui a natureza de ser indivisível, por tratar-se de um objeto que, ao mesmo tempo, a todos pertence, mas ninguém específico o possui.

Os direitos da terceira geração são aspirados globalmente a partir de uma visão totalitária das necessidades humanas. São direitos difusos, nomeadamente, o direito de paz, do desenvolvimento, do consumo, a erradicação da pobreza e a proteção ambiental.

Na atualidade, a necessidade de proteção do meio ambiente e do uso equilibrado da natureza representam um marco global, que carecem de mudança de postura e um novo enfoque das relações humanas em seu torno. É por isso que a incidência do meio ambiente sobre o ser humano justifica a inclusão do direito ao meio ambiente ao rol dos direitos humanos como da terceira geração (CAMPELLO; SOUZA; PADILHA, 2013, p.15-32).

Os direitos da terceira geração são direitos de titularidade da comunidade que resultam da descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão desigual de riquezas (neste caso principalmente entre homens e mulheres) e ameaças de sobrevivência da espécie humana. Portanto, voltam-se à tutela da solidariedade, passando a considerar o homem não como esta ou aquela categoria, a este ou aquele estado, mas como um gênero com anseios e necessidades comuns (GARCIA, 2002).

#### **4. PRINCIPIO DA PARTICIPAÇÃO E INFORMAÇÃO AMBIENTAL**

No tocante à importância do princípio da participação no âmbito do direito ambiental, Antônio Augusto Cançado Trindade esclarece que

Os avanços normativos de proteção internacional dos direitos humanos assim como do meio ambiente vem ressaltar a importância do exercício do direito de participação, nos planos tanto nacionais quanto internacionais. A participação pública deixou de ser uma possibilidade teórica para tornar-se uma realidade, mesmo no plano internacional demonstra a participação pública particularmente de organizações não governamentais. A Comissão de Desenvolvimento e Meio Ambiente adverte que a participação da sociedade civil é essencial para alcançar o desenvolvimento com equidade e fortalecer o ordenamento jurídico para proteger os cidadãos contra os danos ambientais e os exercícios abusivos de poder. Acrescenta o referido relatório que para alcançar o desenvolvimento sustentável requer uma considerável mobilização social e uma

sociedade bem informada, em suma a democracia participativa é caracterizada por uma proliferação de organizações que servem de intermediários entre o Estado e a sociedade, trata-se de responsabilidade conjunta do Estado e da Sociedade (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 203).

No Estado Socioambiental o princípio da participação e de acesso à informação ambiental é a componente essencial no exercício pleno da democracia participativa ecológica (FENSTERSEIFER , 2008, p. 123-129).

Na atualidade o funcionamento da Administração Pública conta não só com os órgãos e agentes administrativos, como também com diversos grupos sociais existentes na comunidade a intervirem, não só de forma consultiva, mas também nas tomadas de decisões relevantes para o ambiente (FENSTERSEIFER, 2008, p.123-129).

Do mesmo modo, é reconhecido de capital importância a função da participação pública na implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano, como consta dos estudos preparatórios da Declaração das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento de 1986 (CANÇADO TRINDADE , 1993, p. 203). Com efeito, a própria declaração vem insistir na participação de todos, de toda a população, no processo de desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios daí resultantes, de modo a tornar o ser humano sujeito central do desenvolvimento e participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

Fensterseifer sustenta que o direito à informação constitui um direito fundamental da quarta dimensão e a realização do mesmo depende da concretização da sociedade aberta do futuro em sua dimensão de máxima universalidade para qual o mundo para todas as relações de convivência. Portanto, um cidadão informado e consciente da realidade é capaz de atuar com clareza no processo por onde ele está envolvido (FENSTERSEIFER, 2008,p.127).

Para o autor, o acesso à informação atua como mecanismo de equalização das relações jurídicas, possibilitando ao cidadão titular do direito ambiental reivindicar o respeito ao seu direito fundamental, afirmando que:

O direito à informação constitui um indicador significativo dos avanços em direção a uma democracia participativa. [...] Comprova a adoção do princípio da publicidade dos atores administrativos, sob ponto de vista do cidadão, é instrumento de controle social do poder e pressuposto da participação na medida em que o habilita a interferir efetivamente nas decisões governamentais (FENSTERSEIFER, 2008, p.127).

O outro mecanismo de acesso à informação é a audiência pública, ou consulta pública, para avaliar o impacto ambiental levado a cabo quando das instalações das obras ou atividades causadoras da degradação ambiental (FENSTERSEIFER, 2008, p.127).

Importa referir que os órgãos e agentes administrativos assim como os particulares têm o dever e a obrigação de fornecerem informações pertinentes para a tomada de decisão e proteção do meio ambiente.

No que tange à matéria ambiental, Fensterseifer afirma que “os direitos procedimentais ambientais” expressam-se sob a forma de direitos de informação e direitos de participação. O autor reconhece que o direito fundamental ao ambiente implica um reconhecimento pela ordem jurídica dos respectivos “direito ao procedimento e ao processo” necessários de tomar parte na gestão de negócios públicos (FENSTERSEIFER, 2008, p.127).

O direito à informação há de fortalecer-se, sobretudo mediante a educação e a auto- organização da sociedade civil, com diversas áreas de desenvolvimento e atuação das comunidades locais para fortalecer a própria democracia. E há que fazer-se acompanhar da necessária construção de um poder judiciário verdadeiramente independente, eficiente e acessível a todos os segmentos da população, e da educação à luz dos direitos humanos e da proteção dos mais vulneráveis e pobres da população.

Com a diversificação das fontes de violação dos direitos humanos, inclusive nas democracias formais, há que voltar atenção igualmente aos direitos econômicos, sociais e culturais. A democracia alimenta e estimula as aspirações a uma melhor qualidade de vida, mas como os problemas econômicos, apesar de todos os sacrifícios sociais impostos à grande maioria da população, não são resolvidos e se agravam, as expectativas são frustradas (CANÇADO TRINDADE, 1993, p.210).

Daí a participação e informação dos afetados e interessados na elaboração e execução dos próprios projetos de desenvolvimento, as resoluções das Nações Unidas cada vez mais conclamam os organismos a desenvolver ações preventivas para evitar e prontamente remediar violações maciças dos direitos humanos.

## **5. POBREZA, INJUSTIÇA E DEGRADAÇÃO AMBIENTAL**

As mulheres têm sido objeto da atenção dos movimentos sociais e dos cientistas sociais por serem, junto com as crianças e demais categorias e grupos considerados fracos ou discriminados, alvo de certa violência que, mais que um mero problema urbano, é um traço cultural que marca crescentemente as relações interpessoais no país (ZALUAR, 1994, p.161).

No Relatório do Desenvolvimento Humano de 1997, o PNUD considera que a pobreza tem muitas facetas que são mais do que uma questão de baixa renda, pois reflete um problema de educação, saúde escassa, privação de conhecimento

e de comunicação, a falta de condições para exercer os direitos humanos e políticos, ausência de dignidade e confiança própria.

Em 1991, nas vésperas da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento ECO-926, segundo este memorando, nota-se claramente uma ação de injustiça ambiental do economista, no qual se evidencia a destruição do solo, poluentes para a população que vive em países pobres e desfavoráveis devido à pobreza que coloca em risco a sobrevivência da espécie humana.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável realizada no Brasil em junho de 2012, a RIO+20, expressa em documento final que “a erradicação da pobreza é o maior desafio global que o mundo enfrenta atualmente e é um requisito indispensável para o desenvolvimento Sustentável”. Segundo o documento final da Conferência:

*[...] a erradicación de la pobreza es el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable del desarrollo sostenible. A este respecto estamos empeñados en liberar con urgencia a la humanidad de la pobreza el hambre. [...] La economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza afirmamos que cada país dispone de diferentes enfoques, visiones, modelos e instrumentos, en función de sus circunstancias y propiedades nacionales, para lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones, que es nuestro objetivo general. A este respecto, consideramos que la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza es uno de los instrumentos más importantes disponibles para lograr el desarrollo sostenible y que podría ofrecer alternativas en cuanto formulación de políticas, pero no debería consistir en un conjunto de normas rígidas. Ponemos de relieve que la economía verde debería contribuir a la erradicación de la*

---

<sup>6</sup>Caso Summers: O economista Chefe do Banco Mundial Lawrence Summer escreveu um memorando que circulou nos gabinetes do Banco Mundial dizendo o seguinte: “Ca entre-nos o Banco não deveria encorajar uma migração das indústrias mais poluentes para o LDC (*Less Develop Countries*), ou países menos desenvolvidos?” O economista acreditava que esta transferência de poluição para os países pobres e subdesenvolvidos fazia sentido econômico e fundamentava a sua argumentação em três pilares: a) Pela lógica econômica as mortes e doenças provocadas pela poluição são mais baratas em países pobres, já que praticam salários mais baixos. Segundo o economista é evidente que a preocupação com um agente nocivo que provoca uma probabilidade de câncer de próstata por um milhão de pessoas será muito maior num país onde as pessoas vivem e consomem o suficiente para ter câncer de próstata do que noutro onde a mortalidade de crianças com menos de cinco anos é muito maior; b) Esses países normalmente são pouco poluídos- ou nas suas palavras: “Sempre pensei que os países da África são extremamente subpoluidos, a qualidade de seu ar provavelmente é vasta e a poluição baixa comparada a de Los Angeles ou cidade de México”; c) “Possível que em função da pobreza, esses ‘miseráveis’ não possam se preocupar com problemas ambientais, ou seja, o meio ambiente seria uma questão apenas estética, típica dos bens de vida” (MIGUEL; FLORES; VIEIRA, 2013).

*pobreza y el crecimiento económico sostenible, aumentando la inclusión social, mejorando el bienestar humano y reando oportunidades de empleo y trabajo decente para todos, manteniendo al mismo tiempo el funcionamiento Saludable de los ecosistemas de la Tierra<sup>7</sup>.*

Moçambique é considerado um dos países mais pobres do mundo, tendo o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH, classificado o país na 172<sup>a</sup> posição entre 182 países considerados mais pobres (PNUD, 2014, p.3).

Em conexão com este fato, a pobreza está altamente condicionada pela história da colonização e da guerra civil, para além de que em 1991-1992 o país foi afetado por uma das mais severas secas do século XX, tornando o país mais vulnerável (SUAREZ, 2010, p.37). Nesse sentido destaca Miguel, ao pontuar que

Paralelamente a isso, um estudo realizado por Cavendish sobre a relação entre a pobreza e a degradação ambiental, o autor identificou que nos países pobres há contribuição dos recursos naturais na composição da renda dos agricultores, bem como a importância que esses recursos têm em várias atividades exercidas pelos pobres. O relatório mostrara ainda que, os países mais pobres são mais dependentes dos recursos naturais do que os mais ricos, por outro, os países ricos exploram quantidades muitos superiores dos recursos naturais às quantidades utilizadas pelos agricultores pobres, pois a procura dos recursos naturais varia de acordo com a renda de cada pessoa, família e Estado. O estudo conclui também que a crescente procura dos recursos naturais e a má utilização desses recursos causam degradação ambiental (MIGUEL, 2013, p.203-214).

Diante da vulnerabilidade resultante do estado de pobreza do país, da história de colonização e guerra civil e de fatores naturais, vislumbra-se uma consequente degradação ambiental, de modo que o empreendimento de medidas para a se evitar maiores danos ao meio ambiente se torna uma necessidade.

<sup>7</sup>A erradicação da pobreza é o maior problema que o mundo enfrenta na Atualidade e é um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. A este respeito, estamos empenhados com urgência, em libertar a humanidade da pobreza e da fome. [...] Na economia verde no contexto de desenvolvimento sustentável e na erradicação da pobreza, nós afirmamos que cada país tem diferentes abordagens, visões, modelos e ferramentas, dependendo das circunstâncias e prioridades nacionais, para alcançar seu desenvolvimento sustentável. É o nosso objetivo geral. Nesse sentido, acreditamos que a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza são algumas das mais importantes ferramentas disponíveis para atingir o desenvolvimento sustentável e que poderia oferecer alternativas enquanto a formulação de políticas, mas não deve consistir em um conjunto de regras rígidas. Ressalta-se que a economia verde deve contribuir para a erradicação da pobreza e crescimento sustentável, aumentando a inclusão social, melhorando o bem-estar humano e criando oportunidades de emprego e trabalho decente para todos, mantendo o mesmo ritmo do funcionamento saudável dos Ecossistemas da Terra (FIORILLO, 2015, p.34-35).

## 6. NECESSIDADES DE PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES BÁSICAS -*BASIC-NEEDS*

A Comissão Mundial sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento, a chamada Comissão de Brundtland, reportando-se à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1987, voltou-se expressamente a necessidade de proteger e fortalecer os grupos vulneráveis (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 91-94).

Na ocasião, a comissão Brundtland recordou que os processos de desenvolvimento levaram de modo geral a integração gradual em uma estrutura socio-econômica mais ampla da maioria das comunidades locais, mas não de todos: os povos indígenas ou tribais e as mulheres, em especial as que permaneceram isoladas, preservando seu modo de vida tradicional em íntima harmonia com o meio ambiente, porém tornando-se cada vez mais vulneráveis em seus contatos com o mundo mais vasto, já que foram deixados à margem dos processos de desenvolvimento econômico.

A marginalização e a pobreza, a discriminação social e as barreiras culturais tornaram estes grupos vítimas do que se poderia chamar de extinção cultural. Assim, a Comissão Brundtland abordou a questão com base em considerações humanas ambientais e ponderou o seguinte (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 94):

Tais grupos são depositárias de um vasto acervo de conhecimentos e experiências tradicionais, que liga a humanidade e suas origens ancestrais. Seu desaparecimento constitui uma perda para a sociedade, que teria muito a aprender com suas técnicas tradicionais de lidar de modo sustentável, com sistemas ecológicos muitos complexos. [...] O ponto de partida para uma política justa e humana em relação a esses grupos é o reconhecimento e a proteção de seus direitos tradicionais, a terra e a outros recursos nos quais se apoia seu modo de vida (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 94).

A Agenda 21 adaptada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em junho de 1992 na cidade do Rio de Janeiro-Brasil, refere-se expressamente aos grupos vulneráveis. A principal preocupação da agenda 21 é com atendimento das necessidades humanas básicas, como a alimentação, a preservação da saúde, moradia adequada e a educação.

A Agenda 21 faz referência expressa a dois instrumentos de direitos humanos: Declaração Universal de 1948 e o pacto de direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que ao abordar uma moradia adequada, advertem que:

Muito embora este direito esteja consagrado naqueles dois instrumentos, estima-se que pelo menos um bilhão de pessoas não tem acesso a

uma moradia ou abrigo adequado e seguro, e, a perdurar a atual situação este número poderá crescer (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 95).

Quanto às necessidades básicas (*basic needs*), seu conceito remonta da Conferência Mundial da Organização Internacional de Trabalho, sobre emprego, distribuição de renda e progresso social, realizada em Genebra em junho de 1976, com a participação de delegações tripartites-representantes de governos, empregadores e empregados, de 21 estados membros (CANÇADO TRINDADE , 1993, p. 95).

Com o alarmante problema global do empobrecimento de vastos segmentos da humanidade incluindo as mulheres, a conferência desenvolveu a ideia central de que as políticas de desenvolvimento econômico e social devem redirecionar-se para o atendimento das necessidades básicas dos grupos mais desfavorecidos.

A Declaração de Princípios Gerais e o Programa de Ação adotada pela conferência, contendo referências expressas aos Direitos Humanos, indicaram que as necessidades básicas comportam dois elementos, a saber: Primeiro, eles incluem certas exigências mínimas de famílias para o consumo privado de alimento: alimentação adequada, abrigo de roupa, bem como alguns equipamentos domésticos e móveis; o segundo, eles incluem serviços essenciais prestados pela e para a comunidade em geral, tais como água potável, saneamento básico, transporte público e saúde, educacional e equipamento culturais. Uma política orientada para as necessidades básicas implica a participação do povo nas tomadas de decisões que lhes dizem respeito, através da organização da sua própria escolha (CANÇADO TRINDADE, 1993, p.100).

Na sequência, a Conferência Mundial da FAO sobre a reforma agrária e desenvolvimento rural de 1974 reafirmou a importância de direito a participação no contexto da satisfação das necessidades humanas básicas (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 102-112).

Dando o prosseguimento, a agenda 21 da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (ECO92) foi categórica que “a pobreza e a degradação ambiental estão estreitamente ligados, e o padrão insustentável de produção e consumo agrava a pobreza e os desequilíbrios entre os grupos vulneráveis”.

No que concerne especificamente ao combate à pobreza, a agenda 21 ponderou que a pobreza é o problema multidimensional e complexo, sem solução uniforme de aplicação global, e requer, por consequente, programas específicos para cada país.

Sendo assim, advoga uma estratégia de erradicação da pobreza a enfocar os recursos, a produção, as questões demográficas, os cuidados da saúde e educação e, o processo de participação democrática juntamente com a boa governação.

A agenda 21 também enfatizou em suma o atendimento das necessidades humanas básicas, com atenção especial a proteção e educação dos grupos vulneráveis e dos segmentos mais pobres da população como pré-requisito para o desenvolvimento sustentável.

Por outro lado, a convenção-quadro sobre mudança de clima e a convenção sobre a diversidade biológica, ambas de 1992, referem-se expressamente em seus respectivos preâmbulos à meta fundamental e premente da erradicação da pobreza tida pela primeira como “necessidade prioritária legítima”, e pela segunda como juntamente com o desenvolvimento econômico social, a “primeira e primordial” prioridade dos países em desenvolvimento.

No plano global, no âmbito de proteção dos direitos humanos, no seio do comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, tem se expressado uma preocupação especial com os setores mais vulneráveis da população e acentuando o conteúdo mínimo de cada um dos direitos consagrados no pacto à luz da realidade de cada país.

## **7. POLÍTICAS DE TERRA EM MOÇAMBIQUE E A SITUAÇÃO DAS MULHERES NAS TOMADAS DE DECISÕES**

Apesar de existirem varias associações que desenvolvem ações específicas viradas para os direitos da mulher como o Fórum Mulher Moçambicana (FMM), a Associação Moçambicana de Mulheres (OMM), a Associação da Mulher de Carreira Jurídica (AMCJ), Mulher Lei e Desenvolvimento (MULEIDE), dentre outras, somente em 2008 surgiu um movimento virado às questões específicas da mulher rural Moçambicana (CUMBE; MATSINHF, 2009, p. 14).

O princípio da participação e não discriminação da mulher tem sido contemplado no quadro legislativo internacional como:

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assinado em 1966, e que entrou em vigor na ordem internacional em 1976. O artigo terceiro do Pacto estabelece que os Estados partes se comprometem a assegurar o direito igual dos homens e mulheres ao gozo de todos os direitos econômicos e, culturais.

Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1981, condena todas as formas de discriminação direta ou indireta contra as mulheres; os Estados comprometem-se a adotar medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituem descriminação contra a mulher (ACTUAR, 2010, p.6).

A CEDEW é o primeiro instrumento de direitos humanos que refere especificamente à mulher rural. Reconhece também os problemas específicos que a mulher enfrenta e o importante papel que ela desempenha na subsistência econômica de sua família, incluindo seu trabalho em setores não monetários da economia.

Nesse sentido, os Estados-parte comprometem-se a adoptar as medidas necessárias para eliminar qualquer tipo de discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar a sua participação no desenvolvimento rural e benefícios inerentes à participação em esfera de decisões.

Plano de Aplicação das decisões da Cúpula Mundial de Joanesburgo Sobre o Desenvolvimento sustentável em 2002, dez anos depois da Declaração do Rio Sobre o Meio-Ambiente e Desenvolvimento. Este Plano reiterou a indispensabilidade de fortalecer o papel da mulher no desenvolvimento rural, na agricultura e na segurança alimentar, assegurando que a igualdade de gênero esteja integrada em todas as atividades abrangidas pela Agenda 21, pelas Metas de Desenvolvimento do Milênio e pelo plano de Implementação de Joanesburgo (ACTUAR, 2010, p. 7).

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Protocolo Sobre os Direitos da Mulher em África: Protocolo que desenvolve a Convenção Africana Sobre os Direitos das Pessoas e dos Povos. O documento aborda especificamente a realidade em que vive as mulheres africanas.

O artigo décimo oitavo da mesma Convenção estabelece o direito das mulheres a um ambiente saudável e sustentável, cabendo aos estados assegurar a participação das mulheres nos planejamento, gestão e preservação do ambiente, e proteger e promover o desenvolvimento de sistemas de conhecimento da mulher indígena (ACTUAR, 2010, p. 8).

O artigo décimo nono consagra o direito ao desenvolvimento sustentável, que os estados devem assegurar a introdução de uma perspectiva de gênero nos procedimentos nacionais de planejamento de desenvolvimento, assegurando a participação das mulheres em todos os níveis da conceptualização, tomada de decisão, implementação e avaliação das políticas e programas de desenvolvimento.

Declaração Final da Conferência Internacional Sobre a Reforma Agrária (CARRD): Teve lugar em Porto Alegre, Brasil, em 2006, reunindo representantes dos governos e sociedade civil, numa discussão sobre o tema fundiário, com abordagem mais participativa e sistêmica, de forma a ter em consideração novas dimensões como a de gênero (ACTUAR, 2010, p. 8).

Os estados membros reunidos reafirmaram o acesso amplo, seguro e sustentável à terra, à água e a outros recursos relacionados com os meios de subsis-

tência das populações rurais, especialmente a mulher e grupos vulneráveis, sendo essencial para a erradicação da fome e pobreza, os quais contribuem para o desenvolvimento sustentável e devem ser parte inerente das políticas nacionais.

Em Moçambique, as mulheres lutam pela questão da integração social, mais justiça e igualdade de oportunidades, mais liberdades democráticas, mais participação e informação nos assuntos do estado. As mulheres enfrentam um desafio adicional, dado o seu menor acesso à educação e, em consequência, o menor grau de conhecimento sobre a legislação de terra: a dificuldade de acesso à informação. Embora a Constituição da República e a Lei de terra reconheçam direitos iguais entre homens e mulheres no uso dos recursos naturais, as mulheres muitas das vezes não estão cientes dos seus direitos, permanecendo privadas e sem informação sobre os benefícios do mesmo (SUAREZ, 2010, p. 43).

No País, a mulher ocupa um papel fundamental na agricultura de subsistência, segurança alimentar e nutrição da família, sendo particularmente evidente na zona rural, o que justifica a preocupação da análise destes impactos nos processos referenciados.

Persistem as dificuldades que comprometem o avanço das mulheres moçambicanas, destacando-se: barreiras culturais relacionadas com papéis definidos tradicionalmente para mulheres e homens; ausência de sensibilização no que respeita à divulgação de leis e direitos da mulher; acesso desigual à educação, privilegiando sempre o homem; estrutura administrativa frágil e orientada para o homem; atitude de silêncio e submissão da mulher (ACTUAR, 2010, p.13).

As Organizações da Sociedade Civil tiveram um papel importante na Promoção da lei da terra em 1997 e na difusão da informação no país. Foram organizadas duas campanhas pela ORAM (Organização rural e de Ajuda Mútua), e UNAC (União Nacional dos Camponeses) para promover a implementação de leis e sensibilizar as mulheres em relação aos seus direitos (ACTUAR, 2010, p.14).

Apesar de existirem várias associações específicas viradas para os direitos da mulher, somente em 2008 surgiu um movimento virado às questões específicas a da mulher rural moçambicana.

No âmbito das comemorações do dia Mundial da mulher rural que e de alimentação que se comemoraram nos dias 15 e 16 respetivamente, e da campanha Hunger Free, ActionAid, Rede de Organizações para a soberania Alimentar (ROSA), Fundação para o Desenvolvimento Comunitário (FDC), e organizações locais das diferentes partes do país organizaram uma marcha no dia 15 de Outubro de 2008 onde estiveram presentes mulheres camponesas com objetivo de exigir a implementação da lei de

terras e empoderamento da mulher nas tomada de decisão (CUMBE; MATSINHF, 2009, p.14).

Foi também realizado um encontro Nacional do Fórum Moçambicano das Mulheres Rurais (FOMMUR) um dia antes da marcha onde foi elaborada uma declaração que apresentava os principais constrangimentos enfrentados pelas mulheres camponesas, dentre os quais: o elevado índice de analfabetismo; fraco acesso à participação e informação; fraco acesso aos mercados, aos meios de produção, à assistência técnica, ao processamento sobre o uso de novas tecnologias; fraca presença de mulheres nos órgãos de tomadas de decisões; e fraco acesso aos serviços de justiça particularmente nas questões ligadas à terra, herança, violência doméstica e violência contra a rapariga na escola (CUMBE; MATSINHF, 2009, p. 14).

Com base nos programas de setor agrário, tem sido concebidos projetos e estratégias para o alcance dos objetivos que estabelecem ações a implementar visando o empoderamento econômico, social e cultural da mulher. Alguns projetos, políticas e programas desenvolvidos:

Plano de ação para a redução da pobreza absoluta 2006-2009, que contempla a necessidade de alcançar igualdade de gênero e dar poder às mulheres como condição para erradicar a pobreza.

Estratégia e Plano de Ação de Gênero do setor agrário (2005) tem como base os pilares de desenvolvimento do plano de ação para a resolução da pobreza absoluta que visa garantir que os planos e programas integrem especificidade da mulher no maior enfoque às camponesas.

Quanto ao acesso aos recursos naturais e preservação do meio ambiente, a estratégia visa à promoção do plano de acesso, controle e benefício de recursos naturais de forma sustentável e de tomadas de decisões em todos os níveis (legislativo, plano de ação, programas e orçamentos).

Apesar da questão de acesso da forma equitativa ao recurso de terra estar consagrado nos diferentes instrumentos legais reguladores, a divulgação é bastante fraca. A cultura e a tradição privilegiaram o homem em detrimento da mulher em todas as atividades (ACTUAR, 2010, p. 15).

## 8. IGUALDADE DE GÊNERO E QUESTÕES AMBIENTAIS

Os pontos discutidos neste artigo até aqui são imprescindíveis para a compreensão da duração de uma situação histórica, que insiste em adequar as mulheres a uma situação marginal em relação aos direitos vinculados à terra. Uma discussão sobre a ótica dos estudos de gênero torna-se relevante à medida em

que o questionamento sobre a possibilidade dessas mulheres transcederem a sua condição de vítima deste processo torna-se urgente.

No contexto moçambicano, como observado anteriormente, a mobilidade, descontinuidade e heterogeneidade dos espaços sociais habitados pelas mulheres são restritos, não permitiriam a estas, a princípio, a circulação por diversos códigos éticos e morais, padrões de comportamentos e sistemas de valores específicos acoplados à difusão dos postulados do individualismo moderno<sup>8</sup>, à adesão a uma cultura *psi*<sup>9</sup> e, principalmente, à passagem para uma *cultura letrada* tanto quanto à garantia dos direitos sociais e políticos de todo sujeito/cidadão<sup>10</sup>.

A criação de oportunidades de emprego e trabalho para todos indistintamente (homens e mulheres, pobres e ricos, negros e brancos) são algumas das questões que estão em jogo para que a condição de vítimas dessas mulheres seja revertida e os danos a elas causados possam ser reparados.

Obviamente, o fato dessas mulheres terem o acesso a uma educação formal em escolas e universidade não é determinante para que se observe uma reparação de suas condições de vítimas em suas trajetórias sociais. Contudo, os trajetos entre essas esferas da vida social e cultural parecem servir como experiências mediadoras de conhecimentos e informações, que podem dar a possibilidade para que essas mulheres consigam reparar os efeitos das violências em suas vidas, em sua condição objetiva e subjetiva.

Nesse sentido, considerando que, para a psicanálise, o sujeito em si não existe e, principalmente, que nem toda agência parte da consciência, a controvertida frase de Lacan, “A mulher não existe”, pode ser um ponto de partida para a em-

<sup>8</sup> Sobre a discussão do individualismo moderno ver: DUMONT, Louis. *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro, Rocco, 1985, p.35-38; STOLCKE, V. Gloria. La maldición del individualismo moderno según Louis Dumont. *Revista Antropología*, v. 44, n. 2, 2001, p.110-115; DUMONT, Louis. *Homo Hierarchicus: Le système de castes et ses implications*, Paris Gallimard, 1966, p.80-85; Elias, N. Mozart. *Sociologia de um gênio*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar editor, 1995, p.79-83; SIMMEL, G. *Philosophie de La Modernité. La femme, La ville, l'idéologie allemande*. Paris, Gallimard, 1991, p.66-69.

<sup>9</sup> Sobre a configuração de uma cultura *psi* num diálogo entre antropologia e psicanálise ver especialmente: FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano*. Entre a linguagem e o gozo, Rio de Janeiro, Jorge Zahar editor, 1998, p.28-32; LACAN, Jacques. *Le stade du miroir comme formateur de la fonction du je*, In *Écrits*, Paris, Ed. Du Seuil, 1966, p.55-57; FIGUEIRA, Sérvulo A. (org). *A cultura da psicanálise*. São Paulo, Brasiliense, 1985, p.111-116; FIGUEIRA, Sérvulo A (org). *Efeito Psi. A influência da psicanálise*, Rio de Janeiro, CAMPUS, 1998, p.45-48; TENÓRIO, Fernando. *Psicanálise, configuração individualista de valores e ética do social*. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 7, Rio de Janeiro, Marc/jun, 2000, 117-134.

<sup>10</sup> A esse respeito ver: SEGATO, R. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Mana. 2006, v. 2, n.1, p. 207-236. ISSN 01104-9313; AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer ou Estado de exceção*; HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos. Uma história*. São Paulo: Cia das letras, 2009, p.54-58.

presa de se pensar num sujeito de agência menos cartesiano, para se refletir na mulher moçambicana como um sujeito não sujeitado, e sim, de agência.

Assim, fugindo a uma interpretação superficial do autor, aqui o psicanalista, antes de estar ratificando uma sociedade patriarcal, acaba por desvelar o caráter não natural dessa<sup>11</sup>, principalmente quando se considera que naquela sentença esteja expresso que se o papel do psicanalista é compreender o ser humano, nada mais coerente do que denunciar que gênero, e consequentemente a ideia de mulher, como hierarquicamente inferior ao homem não existem naturalmente, são uma criação cultural.

Continuando, ao considerar o caráter de ilusão da categoria mulher, Lacan acaba por colocar a mulher num “não lugar”, o que poderia propiciar, ou melhor, mediar à constituição do “lugar de agência”. Nesse caso, “localidade” fundamental para a não duração das vivências de submissão experimentadas pela maioria das mulheres em Moçambique.

Para fomentar essa ideia, vale a pena recorrer a Deleuze e seu conceito de “rizoma”, já que aqui é preferível estar “fora”, no “rizoma”, do que no discurso hegemônico, no sentido desse “não lugar” propiciar, em contraponto à estagnação hegemônica, movimento, mudança, enfim, agência.

Além disso, com a intenção de pensar o “não lugar” lacaniano da mulher como uma possibilidade de agência, pode-se recorrer a uma aproximação ao conceito de “abjeto” proposto por Butler, já que para a autora esta categoria é fundamental para que se possa refletir na não localização como possibilidade de agência (BUTLER, 1991, p. 13-31). Ou seja, aqui o processo de subjetivação inconsciente, processo de subjetivação no sentido “foucaultiano”<sup>12</sup>, constitui sujeito sujeitado, mas com possibilidade de agência, ou ainda como argumentaria Derrida, seria no intervalo, ou ainda, no “não lugar” da repetição que se daria a ruptura, o aparecimento desse sujeito.

Enfim, para Lacan a ideia da criação da diferença sexual e da categoria gênero parece estar diretamente ligada à noção do autor de estrutura, percebida como esvaziada de conteúdo, isso apenas até certo ponto, já que, nesse caso, o conteúdo foi e é, até o momento, incessantemente construído no e pelo próprio ocidente, neste caso específico, pode-se dizer em Moçambique, onde o processo de subjetivação aparece como intrinsecamente ligado à apropriação de ideologia produzida.

<sup>11</sup> Para Kaplan (1995) a psicanálise pode ser uma poderosa ferramenta para pensar e fazer uma crítica ao patriarcado. Nesse mesmo viés ver também Laura Mulvey (1983).

<sup>12</sup> Sobre o escape do lugar de sujeito sujeitado interligado ao processo de subjetivação ver Foucault, principalmente no final de *Vigiar e Punir*.

Nesse contexto, importante, lembrando que para o autor, como para Lévi Strauss, existe uma estrutura que se repete, mas o conteúdo dessa estrutura se modifica, resgatando aí, mais uma vez, a ideia da possibilidade do sujeito de agência (LÉVI-STRAUSS, 1980).

As possíveis rupturas com os modelos construídos para os papéis de gênero e suas relações hierárquicas com base em valores patriarcais que orientam as relações geracionais e intrageracionais nas famílias de origem das moçambicanas poderão ser evidenciadas quando houver legítimas transformações de seus estilos de vida e visões de mundo, que poderá ocorrer, em grande parte, como em outras localidades do ocidente, concomitantemente com políticas públicas nivelaoras de equidade, na adesão de algumas dessas mulheres aos postulados do individualismo moderno, um fenômeno que acompanha a complexificação de seus itinerários, onde as normas sociais e culturais deixam de renega-las à marginalidade, permitindo-lhes o benefício de reinventarem-se.

A re-invenção do passado no presente pela via da redescoberta do tempo de re-invenção de si-mesmas tem profundas relações com experiências sociais e culturais de conflitos-violentos onde a condição de marginalização, vitimização, preconceito e criminalização, associados à sua condição de vítimas, é superada pelo jogo entre esquecimento/lembraça de outros episódios vividos no passado como condição de superação do trauma no presente e projeção do futuro.

A maior ou menor inserção, neste caso, das moçambicanas, aos postulados do individualismo, veiculado pela ambiência das sociedades complexas, não lhes possibilitaria abandonar facilmente os valores holísticos do sangue, da honra e do destino, na recordação de episódios de violência, podendo estas lembranças do passado, num movimento do não esfacelamento do si, serem reparadas no tempo presente.

A condição de enquadramento, nos padrões comportamentais da cultura designados à mulher, imporia limites neste processo de condução dos jogos de memória e seu poder conciliador, forçando-as a naturalizar a violência num estilo de vida, seguida de uma visão de mundo onde o risco ocupa parte central da argumentação.

Nesse contexto, o tema do livro de Elias, “Envolvimento e alienação”, pode ser resgatado na medida em que o medo dos outros se torna o mesmo medo de si (ELIAS, 1998). Assim, a “sociedade de risco” é uma sociedade onde os riscos são as próprias pessoas. O que pode ser complexificado por meio das leituras analíticas sobre a democracia disjuntiva e o neo-liberalismo onde tudo é responsabilidade de cada um, inclusive suas próprias desgraças.

Nesse viés, as instituições sociais características da civilização moçambicana, muitas delas citadas e comentadas anteriormente, revelam, em suas feições diferentes, espaços sociais cujas lembranças históricas evocam às mulheres uma vida pautada pela marginalização e estigmatização.

Paradoxalmente, será na diversidade e heterogeneidade de universos simbólicos, vinculados aos postulados modernos, onde a noção de indivíduo assumirá um valor paradigmático, que essas mulheres vão descobrir ferramentas para re-invenção de suas condições social e de gênero.

Por último, vale salientar que se dá ênfase à dominação masculina em Moçambique, sendo apenas a porta de entrada para o desenvolvimento das reflexões em torno dessa temática, visto que, as estratégias utilizadas pelas mulheres, para renegociar, reestruturar e redefinir a ordem hierárquica em algumas comunidades moçambicanas, principalmente, por meio dos rituais de iniciação feminina, devem ser investigadas densamente, levando-se em conta que são fundamentais para subsidiar políticas públicas customizadas, que levam em conta as capacidades locais para sua legitimação (COSSA, 2014).

## CONCLUSÃO

É evidente a falta de efetivação do princípio da participação e informação na prática diária, dado que as mulheres não conhecem seus direitos e não são motivadas a exercê-las.

Ao mesmo tempo que exercem a principal atividade, a prática de agricultura, desempenha, deste modo, um papel fundamental na produção de alimentos para a nutrição e geração de renda para família.

Importa destacar que as organizações da sociedade civil tiveram um papel importante na Promoção da lei da terra em 1997 e na difusão da informação no país. Foram organizadas duas campanhas pela ORAM (Organização Rural e de Ajuda Mútua) e UNAC (União Nacional dos Camponeses) para promover a implementação de leis e sensibilizar as mulheres em relação aos seus direitos.

Apesar da existência de várias associações específicas viradas para os direitos da mulher, somente em 2008 surgiu um movimento virado às questões específicas a da mulher rural moçambicana.

Nota-se uma persistência nas dificuldades que comprometem o avanço das mulheres moçambicanas, destacando-se: barreiras culturais relacionadas com papéis definidos tradicionalmente para mulheres e homens; ausência de sensibilização no que respeita à divulgação de leis e direitos da mulher; acesso desigual

à educação, privilegiando-se sempre o homem; estrutura administrativa frágil e orientada para o homem; atitude de silêncio e submissão da mulher.

Embora haja um esforço no programa de setor agrário, em conceber projetos e estratégias para o alcance dos objetivos que estabelecem ações a implementar visando o empoderamento econômico, social e cultural da mulher, tais como: projetos, políticas e programas desenvolvidos em relação ao plano de ação para a redução da pobreza absoluta 2006-2009, que contempla a necessidade de alcançar igualdade de gênero e dar poder às mulheres como condição para erradicar a pobreza, mostrado-se, no entanto, bastante fraco, visto que os planos nunca saem do papel e não são implementados e efetivados.

Apesar da questão de acesso da forma equitativa ao recurso de terra estar consagrado nos diferentes instrumentos internacionais, assim como nacionais, a divulgação é bastante fraca. A cultura e a tradição privilegiaram o homem em detrimento da mulher em todas as atividades.

A maioria das mulheres desconhecem a lei da terra e suas implicações, por falta de informação e benefício da mesma, relacionada com as práticas tradicionais e também pelas práticas administrativas e judiciais que acabam contribuindo para a discriminação da mulher.

Por último, conclui-se que a ausência de políticas públicas voltadas para a educação e aliada aos conflitos culturais são vistos como pano do fundo, considerando a vulnerabilidade, dominação e exploração de recursos naturais, o que leva a sociedade a se tornar desprotegida e sacrificada, em especial, as mulheres.

É notório o sacrifício das mulheres em prol do desenvolvimento da comunidade, no entanto são necessárias novas políticas públicas voltadas para educação, em especial, no âmbito ambiental.

## REFERÊNCIAS

ACEP- *Associativismo para luta contra a pobreza e promoção do bem estar rural*. Vol.1. Lisboa: Coleção Cooperação, 2000.

ACTUAR – Associação Para Cooperação e o Desenvolvimento. *Integração de Uma Abordagem de Género na Gestão de Recursos Hídricos e Fundiários*. (Angola, Cabo Verde, Moçambique, e Timor Leste), Coimbra, Junho de 2010. Disponível em:<<http://www.actuar-acd.org/.../60por-mainstreaming-gender-in-land-resources-mg>>. Acesso em: 04 de Setembro de 2016.

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia*: O processo Jurisdicional como um locus da Democracia participativa e da cidadania inclusiva do Estado democrático de direito. Vol.3. Coleção Ensaio do processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 18<sup>a</sup> EDIÇÃO. Revista Atualizada e Ampliada. 2016.

- BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Igualdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BUTLER, Judith. Imitation and Gender Insubordination. In: FUSSA, Diana. *Inside/Out: Lesbian Theories, Gay Theories*. New York and London: Routledge, 1991. p. 13-31.
- CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio. O Princípio da Solidariedade no Direito Internacional do Meio Ambiente. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PADILHA, Norma Sueli (Orgs). *Direito Ambiental no Século XXI: Efetividade e Desafios*. Curitiba: Clássica. 2013.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de proteção internacional*. Por Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.
- CAPRA, Fritjof. *Ateia da vida*. Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. Tradução Newton Roberval Eltchemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanziola. A Política Jurídica e o Direito Socioambiental: Uma Contribuição para a Decidibilidade dos Conflitos Jurídicos Ambientais. In: *Direito Socioambiental: Uma Contribuição para a Decidibilidade dos Conflitos Jurídicos Ambientais*. Revista Novos Estudos Jurídicos-NEJ, p.60-78/edição especial 2011. Disponível em [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em 15 de Julho de 2016.
- CMMAD - Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1991.
- COSSA, Segone Ndangalila. *Corpos ubíquos: um estudo etnográfico sobre a construção social dos corpos em Moçambique*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.
- CUMBE, Edite; LUCAS, Carlota; MATSINHE, Cristiano. *Estudo Sobre os Direitos Da mulher a Terra*. ACTIONAID, KULA, Estudos e Pesquisas Aplicadas. 2ºFicha Técnica, 2009. Disponível em: <[http://fsg.afre.msu.edu/.../Relatório-AAMo-DireitosdaMulher-030809-FINAL%20\(2\).pdf](http://fsg.afre.msu.edu/.../Relatório-AAMo-DireitosdaMulher-030809-FINAL%20(2).pdf)>. Acesso em: 04/09/2016.
- DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE, 1975.
- DECRETO nº28/2003 de 17 de Junho de 2003. Regulamenta a *lei de Minas em Moçambique*. 2003.
- DECRETO 45/2004 de 29 de setembro. Aprova o Regulamento sobre: *o Processo de Avaliação do Impacto Ambiental*. Maputo 2004.
- DI LORENZO, Wambert Gomes. Meio Ambiente e bem comum: entre um Direito e um Dever Fundamental. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette (Orgs). *Direitos Humanos e Fundamentais e Doutrina Social*. 1.ed.Sao Paulo: Boreal Editora. 2012.
- ELIAS, N. *Envolvimento e alienação*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso do Direito Ambiental Brasileiro*. 16. Edição. São Paulo, 2015.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Ed.Porto Alegre, 2008.
- GARCIA, Marcos Leite. Uma Proposta de Visão integral do conceito de direitos fundamentais: Aspectos Destacados da Visão Integral do Conceito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, v.43 n.50, p.129-1152, jul./dez.2008.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICAS. *Mulheres e Homens em Moçambique.. Indicadores selecionados de gênero em Moçambique.* 2008.

LÉVI STRAUSS, C. A família. In: LEVI STRAUSS, Claude et al. *A família, origem e evolução.* Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo.* Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIGUEL, Amadeu Elves; FLORES Guilherme Nazareno; VIEIRA, Ricardo Stanziola. Pobreza e Desenvolvimento como Paradoxo da Sustentabilidade: Reflexões sobre a intervenção Humana no Meio ambiente. *Pub.UEPG APPI. Soc. Sci. Ponta Grossa*, 21(2): 203-214, jul/dez. 2013. Disponível em:<<http://www.revista2.uepg.br/index.php/sociais>>. Acesso em: 27/08/2016.

MIGUEL, Amadeu Elves. *Direitos Humanos, Sustentabilidade, e Desenvolvimento: aproximação e interdependência em face dos mega projetos em Moçambique.* Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Itajai, 2014.

MANUAL SOBRE OS PRINCÍPIOS BÁSICOS E DIRETRIZES DA ONU SOBRE DESPEJOS E DESLOCAMENTOS RESULTANTES DE PROJETOS DE DESENVOLVIMENTO, HLRN e YUVA, Nova Deli, Novembro de 2008. Disponível em <http://www.hic-sarp.org/UN%20Handbook.pdf>. Acesso em 13 de Julho de 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica.* 12. Edição. São Paulo: Conceito Editorial, 2001.

RELATÓRIO SOBRE O ÍNDICE DO DESENVOLVIMENTO HUMANO FEITO PELO PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO PNUD. 2014.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique.* Disponível em:<<https://pt.wikipedia.org/Constitui%C3%A7%C3%A3o-da-Rep%C3%BCblica-de-Mo%C3%A7ambique/>>. Acesso em: 27 de Julho de 2016.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. LEI nº20/97 de 1 de Outubro-LEI do Ambiente. Maputo, 1997.p.21.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. *Plano de Ação para a Redução da Pobreza Absoluta.* Maputo, 2009.

RESOLUÇÃO nº 10/95 de 17 de Outubro aprova a Políticas Nacionais de Terras, Maputo, 1995.

ORAM Relatório da Associação Rural de Ajuda Mútua. *Sobre Conflitos de Interesses na Gestão de Exploração da Terra em Moçambique.* Maputo. Maio 2010. p.7. Disponível em:<<http://www.oram.co.mz/.../conflito%20de%20interesse%20na%20Administracao%20da20T.pdf>>. Acesso em: 27 de julho de 2016

SUAREZ, Sofia Monsalve, et all. *Desenvolvimento, para Quem? Impacto do Desenvolvimento Sobre os Direitos Sociais da População Rural de Moçambique.* Tradução de Vilmar Schnneider. Heiderlberg: FIAN Internacional, 2010.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. RIO+20-Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente e Desenvolvimento: contexto, Principais Temas e Expectativas em Relação ao Novo “Direito da Sustentabilidade”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Vol.17, nº1, p.48-69, jan./abr.2012.

ZALUAR, Alba, *Condomínio do Diabo.* Rio de Janeiro: Editora Revam, 1994.



## A SOLIDARIEDADE COMO BASE PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

### ***SOLIDARITY AS A BASIS FOR THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERNATIONAL FIELD***

Marcelino da Silva Meleu

Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS

Laís Cristina Bandeira

Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó-UNOCHAPECO.

**Submissão em 27/06/2017**

**Aprovação em 30/06/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4074>

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto de estudo a solidariedade como base para a efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional. Preliminarmente, será feito um breve resgate histórico sobre a evolução dos direitos humanos, partindo do período axial, dando maior enfoque ao chamado "Direito Internacional dos Direitos Humanos", nascido do pós-segunda guerra mundial e que surgiu como forma de resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo. Em um segundo momento, serão abordados os efeitos da globalização na efetivação dos direitos humanos. Aqui, o objetivo do presente trabalho não é negar os efeitos positivos que surgiram com este evento, mas apontar os processos violentos que se manifestaram desde o surgimento da globalização, como é o caso da aporofobia. Por fim, pretende-se apontar formas que garantam a efetivação dos direitos humanos no cenário internacional, apoiada no método sistêmico de Niklas Luhmann, apontando relações que fortaleçam laços de solidariedade que fortifiquem os direitos humanos, afastando um cenário de desconstrução de direitos que foram arduamente conquistados ao longo da história da humanidade.

**Palavras-chave:** Solidariedade; Direitos Humanos; Globalização.

**Abstract:** This article aims to study solidarity as a basis for the realization of human rights at the international level. Preliminary, a brief historical analysis on the evolution of human rights, starting

*from the axial period giving greater focus to the so-called "International Human Rights Law" born after the post-World War II and that came as a response to the atrocities committed by Nazism will be made. Secondly, the effects of globalization will be addressed in the implementation of human rights. Here, the objective of the present work is not to deny the positive effects that emerged with this event, but to point out the violent processes that have manifested themselves since the onset of globalization, as is the case with aporophobia. Finally, it is intended to point out ways to ensure the realization of human rights in the international arena, supported by the systemic method of Niklas Luhmann, pointing out relations that strengthen ties of solidarity that fortify human rights, moving away from a scenario of deconstruction of rights that were hard won throughout the history of mankind.*

**Keywords:** Solidarity; Human rights; Globalization.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direitos Humanos no plano internacional. 3. O (novo) processo de mundialização. 4. Solidariedade como efetivação dos Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O respeito aos direitos fundamentais constitui elemento de necessária cooperação social a nível internacional. Apesar disso, especialmente com a abertura das fronteiras, verifica-se uma dualidade, onde de um lado existe uma perspectiva local de solidariedade e, de outro, uma ênfase global mundializada, voltada ao fator econômico, inobservando quaisquer direitos, motivo pelo qual o objeto de estudo do presente trabalho tem como tema: A Solidariedade Como Base de Direitos Humanos no Âmbito Internacional.

O tema direitos humanos se destacou e ganhou importância ao longo da história da humanidade, tendo como ideais e princípios observar e proteger a todos os seres humanos, os quais atualmente se encontram em situação de risco, diante do fenômeno da globalização. Não se nega seus pontos positivos, mas é necessário apontar também o outro lado deste período de desenvolvimento constante, para fins de preservar direitos fundamentais como é o caso dos direitos humanos que foram ao longo da história arduamente conquistados.

Diante deste contexto, o presente trabalho tem como objetivo geral estudar o princípio da solidariedade como base de efetivação e afirmação dos direitos humanos no âmbito internacional, e, como objetivos específicos, analisar, de um lado, a evolução dos direitos humanos no plano internacional, e identificar, de outro, os impactos advindos com o chamado "novo processo de mundialização", e, por fim, avaliar de que forma os direitos humanos podem ser efetivados e reafirmados no âmbito internacional.

Tal contextualização evidencia a relevância do presente estudo, porquanto atual e crescente a fragilização dos direitos humanos no cenário internacional, o

que, por conseguinte, justifica pesquisas que contraponham tal cenário e, apontem superações, a fim de evitar que direitos conquistados ao longo do tempo se percam. Assim, no intuito de contribuir com observações que apontem para formas de superação da “desconstrução” e inobservância dos direitos humanos no âmbito internacional, o presente analisará a contribuição do conceito de solidariedade de Alain Supiot.

Quanto ao procedimento metodológico, será utilizado o método sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente para formalizar a pesquisa. Ainda, se buscará o aprofundamento teórico do estudo pautado em pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras e artigos, em especial as contribuições de Fabio Konder Comparato, Flávia Piovesan, Celso Lafer, Hannah Arendt, Alain Supiot, entre outros.

## 2. DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL

A noção de direitos humanos destacou-se e ganhou importância ao longo da história da humanidade, já que seus ideais e princípios visam observar e proteger a todos os seres humanos. Diante de tal contexto, para melhor compreensão do tema, faz-se necessário um resgate histórico dos direitos humanos no plano internacional desde o seu surgimento. Todavia, vale ressaltar, que não serão abordados todos os fatores que contribuíram com o surgimento da visão dos direitos humanos no mundo contemporâneo, mas apontados os principais pontos históricos partindo do período axial<sup>1</sup>, dando enfoque posteriormente ao chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, nascidos do pós segunda guerra como forma de resposta as atrocidades cometidas pelo Nazismo (COMPARATO; p. 20-21).

Foi no período axial que o indivíduo passou a ser crítico em relação a sua realidade. Da mesma forma, surge a filosofia e a democracia e o saber lógico da razão substitui o saber mitológico da tradição, o homem tornando-se em si mesmo o principal objeto de análise e reflexão (COMPARATO; 2010; p. 21-22). De igual modo, o ser humano passou a ser considerado um ser dotado de liberdade e razão, motivo pelo qual surgem fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana, bem como a afirmação da existência de direitos universais a ela

<sup>1</sup>Surgiu entre os séculos VII e II A.C, denominado período axial devido sua época a qual formaria assim por dizer o eixo histórico da humanidade. No centro do período axial especificamente entre 600 e 480 A.C, coexistiram sem se comunicarem entre si alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos como: Zaratruta na Pérsia; Buda na Índia; Lao-Tsé e Confúcio na China; Pitágoras na Grécia e o Déuterô-Isaias em Israel (COMPARATO; p. 20-21).

inerentes. Neste mesmo período, surgiu a necessidade de uma igualdade entre todos os homens. Por outro lado, para que a primeira organização internacional, formada por quase toda a totalidade dos povos, proclamassem na abertura da Declaração Universal de Direitos Humanos que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, foram necessários que se passassem 25 séculos (COMPARATO; 2010; p. 22-24).

Por conseguinte, a partir do momento em que se aponta o ser humano como sendo dotado de liberdade e de razão, livres e iguais em dignidade e direitos, logo considera-se que a dignidade da pessoa humana existe de forma equânime em todo indivíduo. Celso Lafer afirma que a influência do pensamento político, religioso e as diversas teorias sobre direitos humanos, encontravam-se estritamente ligadas à especificidade estamental e à hierarquia do século. Dessa forma, houve uma ruptura do ritual rigoroso da religião, e a liberdade religiosa sendo o primeiro direito fundamental a ser reivindicado (LAFER; 1981. p. 41).

Ao longo da história, surgiram diversos escritos que serviram como uma espécie de antecedentes de declarações de direitos e, que tempo depois vieram a contribuir com a concretização dos direitos humanos. Vale destacar que tais escritos serviam apenas como forma de afirmação de direitos de estamentos, ou seja, não eram cartas de liberdades ao homem comum ou então como afirmação de direitos humanos (COMPARATO; 2010; p. 40). Por outro lado, somente após a positivação da filosofia dos direitos humanos, enquanto forma de limitar o poder do Estado é que se pôde falar em direitos humanos enquanto efetividade. Desta forma, a partir de tal visão moderna, se todos os indivíduos têm o direito de serem respeitados de igual maneira, a lei escrita como sendo regra geral e uniforme, é aplicável a todas as pessoas que se encontrem inseridas em uma sociedade organizada (COMPARATO; 2010; p. 24).

Na sequência, a partir do ano 1776 as teorias contratualistas e a laicidade do direito natural foram fatores importantes que propiciaram a consagração dos direitos fundamentais e dos direitos humanos (FACHIN; 2009; p. 37). Na data de 12 de junho do mesmo ano, “o bom povo da Virgínia” torna pública uma declaração que constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na história, momento em que se reconhece solenemente que todos os homens são igualmente chamados a evolução e aperfeiçoamento de si mesmos<sup>2</sup>. Treze anos depois, com a abertura da Revolução Francesa, a ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é novamente reforçada, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cida-

<sup>2</sup>Duas semanas após, a “busca pela felicidade”, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana, razão pela qual é imediatamente aceita por todos os povos, em todas as espécies e civilizações, razão universal como a própria pessoa humana. (COMPARATO; 2010; p. 48).

dão de 1789 em seu artigo 1<sup>a</sup> declarando que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Vale lembrar que nesta declaração faltou o reconhecimento da fraternidade, o que se concretizou em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (COMPARATO. 2010; p. 48).

Neste contexto histórico, nos séculos XVII e XVIII, com a evolução profana do pensamento jus naturalista, a dignidade da pessoa humana começa a ganhar importância. Insta frisar que a dignidade da pessoa humana não pode ser definida apenas por meio de sua diferença em relação às coisas, já que todo ser racional existe como fim em si mesmo, não somente como um meio para alcançar determinado resultado. Ao contrário, em todas as ações que se dirigem a ele, assim como nas que se dirigem a outros indivíduos racionais, ele deve ser sempre considerado de forma simultânea como um fim. Todo homem possui dignidade, logo, não possui um preço como as coisas, da mesma forma que não deve ser trocado ou substituído por coisa alguma (KANT; 2007; p. 68).

Neste viés, a teoria Kantiana teve e ainda tem grande importância na evolução dos direitos humanos. Partindo da premissa de que o homem possui um valor intrínseco à condição humana e que a autonomia é a liberdade conectada a qualquer ser dotado de razão, estando a liberdade ligada à autonomia por meio do princípio universal da moralidade, este que serve como fundamento de todas as ações dos seres racionais, Kant considera que o imperativo categórico universal dispõe:

Nunca praticar uma ação senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer só de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal (KANT; 2007; p.76).

O impacto desta vertente Kantiana se concretizou no plano internacional com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, o qual deve ser todo fundamentado no valor da dignidade humana, como valor intrínseco à condição humana. De outro modo, no cenário constitucionalista local esta mesma vertente se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, dando enfoque ao princípio da dignidade humana (PIOVESAN; 2013; p. 88).

Neste sentido, a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge a partir do pós-guerra, onde começa a discussão acerca de um movimento de internacionalização dos direitos humanos. Diante das atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, a comunidade internacional reconhece a necessidade de proteção dos direitos humanos como interesse e preocupação de âmbito internacional, ou seja, de todos os povos, a partir deste momento os

direitos humanos transcendendo, e sobre-excedendo a soberania do Estado, ou seja, sua competência nacional inerente. A partir disso, foram criadas orientações globais de ação estatal, dando origem a um código de ação comum, ao qual se exige conformidade por parte de todos os Estados, no que se refere à ascensão e à proteção dos direitos humanos (PIOVESAN; 2013; p. 65).

Tal asserção ocorre porque o totalitarismo foi o ponto de ruptura do paradigma dos direitos humanos. Tal totalitarismo, por possuir característica de assentimento pleno, negava o valor da pessoa humana como fonte de direito, e, sendo assim, devido à insignificância dos indivíduos no período, entendia-se que estes poderiam ser “eliminados (PIOVESAN; 2013; p. 191). Diante da desqualificação do homem enquanto ser humano dotado de dignidade, pode-se dizer que o totalitarismo coisificou o ser humano, contrariando a concepção de Kantiana de que dignidade da pessoa humana não pode ser definida apenas por meio de sua diferença em relação às coisas e de que todo ser racional não pode ser tratado apenas como um meio para alcançar determinado resultado (visto que neste período o ser humano foi utilizado como meio para atingir os objetivos traçados pelo nazismo) (KANT; 2007; p. 68).

No pensamento de Hanna Arendt:

O totalitarismo, em suma, é uma proposta inédita de organização da sociedade que escapa ao senso comum (*sensus communis*) do estar entre os homens (*inter-homines esse*), posto que, desconcertante para qualquer medida ou critério razoável de Justiça tradicionalmente relacionado à punição proporcional ao ato punível; a distribuição eqüitativa de bens e situações e a boa-fé inerente ao *pacta sunt servanda*. É, com efeito, uma nova forma de governo que, ao almejar a dominação total através do uso da ideologia e do emprego do terror para promover a ubiquidade do medo, fez do campo de concentração o seu paradigma organizacional. Fundamenta-se, assim, no pressuposto de que os seres humanos, independentemente do que fazem ou aspiram, podem, a qualquer momento, ser qualificados como *inimigos objetivos* e encarados como supérfluos para a sociedade. Tal convicção explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à ideia do valor da pessoa humana enquanto *valor-fonte* da legitimidade da ordem jurídica, como formulada pela tradição, senão como verdade pelo menos como conjectura plausível da organização da vida em sociedade (LAFER; 2016; n.p.).

Frente a este rompimento de valores, a política de extermínio conduzida pelos nazistas fez que os direitos humanos nunca estivessem tão próximos da

extinção bem como o mundo nunca estivesse tão desesperado por mudança. Isso porque a política de extermínio conduzida pelos nazistas não tinha somente como objetivo o exterminio de milhões de mulheres, de homens e crianças em nome da luta e das raças. Tal ação também consistiu em tirar-lhes condições que os tornavam sujeitos de direitos, suprindo-lhes a capacidade civil, arrancando-lhes seu estado profissional e não somente sua profissão, tirando-lhes seu patrimônio e não somente seus bens, tirando-lhes a nacionalidade, de modo a torná-los apátridas, e, por fim roubando-lhes seus nomes, os quais deram lugar a números. Ou seja, negou-se a estas pessoas a virtude de ser humano, antes de retirar-lhes a vida (SUPIOT; 2007; p. 71).

É por esta razão que Hanna Arendt ressalta que o primeiro direito humano é o “direito a ter direitos”. Dito de outra forma, o primeiro direito humano consiste no direito de ser sujeito de direitos, constatação que gera no indivíduo o sentimento de pertencimento a uma comunidade juridicamente organizada onde se é julgado por ações e opiniões, baseadas no princípio da legalidade (LAFER; 1981; p 154). Além do mais, ao emergir da segunda guerra mundial após períodos de massacres e atrocidades, a humanidade compreendeu o valor supremo da dignidade da pessoa humana, o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, vindo a aprofundar a afirmação dos direitos humanos (PIOVESAN; 2013; p. 479-480).

Assim pode-se afirmar que é depois da segunda guerra mundial que os direitos humanos passaram de interesse nacional para internacional, envolvendo assim todos os povos. Este processo de internacionalização acabou por limitar a soberania do Estado, podendo-se citar como exemplo de limitação do poder estatal o Tribunal de Nuremberg (1945-1946), que serviu como grande impulso para o movimento de internacionalização dos direitos humanos, pois além de consolidar a ideia de limitação da soberania nacional, reconheceu que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional, na condição de sujeitos de direitos (PIOVESAN; 2013; p. 479-480).

Vale ressaltar que em que pese tenham surgido ao longo do tempo vários momentos que serviram como base para a ascensão dos direitos humanos, atualmente com o fenômeno da globalização os direitos humanos encontram-se em situação de risco. Emerge novamente a necessidade de uma política emancipatória que tenha como finalidade a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana de maneira universal, e um cenário que dialogue com os direitos humanos. Para isso, é necessário olhar para os direitos humanos de uma outra forma, fazendo o uso correto dos direitos do homem, e, para unir a humanidade, é preciso que os direitos humanos deixem de ser um credo imposto à humanida-

de para tornar-se um recurso dogmático comum aberto à interpretação de todos (SUPIOT; 2007; p. 232-233).

Este uso correto dos direitos do homem é proposto devido às relações entre povos e culturas que se aproximam pelo evento da globalização, tratada por Supiot como uma etapa da mundialização. Assim, existe uma preocupação com a efetividade dos direitos humanos, assim como existe uma indagação: direitos humanos para quem? Atualmente, com a abertura das fronteiras e com o evento da globalização, os direitos humanos passam novamente por um momento de desconstrução de valores, surgindo, portanto, a necessidade de se humanizar os processos violentos que já se manifestaram ou que ainda se manifestarão em face do novo processo de mundialização.

### 3. O (NOVO) PROCESSO DE MUNDIALIZAÇÃO

Para melhor compreensão da globalização, é necessária uma breve síntese do assunto. Este “fenômeno” pode ser dividido em três fases: sua primeira fase ocorre entre os anos 1492 a 1800 com a chegada de Cristóvão Colombo nas Américas, unindo o “velho” e “novo” mundo (CAMÕES; 2000; n.p.)<sup>3</sup>, período caracterizado pelo expansionismo mercantilista; a segunda fase da globalização ocorre dos anos 1800 a 2000, tendo como principal característica a Revolução Industrial (MARX, ENGELS, 2001; n.p.)<sup>4</sup>; e, por fim, a terceira fase teve início nos anos 2000 até o presente momento, período em que a comunicação foi desenvolvida e ampliada de modo que as informações percorrem qualquer lugar do mundo.

Ao longo da história, os direitos humanos foram construídos, desconstruídos e reconstruídos novamente, passaram por diversos momentos de afirmação e reafirmação e, atualmente, transcendem por possuírem proteção no âmbito internacional. Pode-se dizer que a constante evolução da sociedade é responsável pelas transformações pelas quais os direitos humanos passaram e ainda passam,

<sup>3</sup> “Por mares nunca de antes navegados; Por vias nunca usadas; Novos mundos ao mundo irão mostrando”.

<sup>4</sup>Sobre este período interessante se faz a colocação de Marx e Engels: Pela exploração do mercado mundial a burguesia imprime um caráter cosmopolita à produção e ao consumo em todos os países. Para desespero dos reacionários, ela retirou à indústria sua base nacional. As velhas indústrias nacionais foram destruídas e continuam a sê-lo diariamente. São suplantadas por novas indústrias, cuja introdução se torna uma questão vital para todas as nações civilizadas, indústrias que não empregam mais matérias-primas autóctones, mas sim matérias-primas vindas das regiões mais distantes, e cujos produtos se consomem não somente no próprio país, mas em todas as partes do globo. Em lugar das antigas necessidades, satisfeitas pelos produtos nacionais, nascem novas necessidades, que reclamam para sua satisfação os produtos das regiões mais longínquas e dos climas mais diversos. Em lugar do antigo isolamento de regiões e nações que se bastavam a si próprias, desenvolvem-se um intercâmbio universal, uma universal interdependência das nações.

frente ao novo processo de mundialização. Na presente época, através de fenômenos como a mundialização e a internacionalização dos direitos humanos, a contemporaneidade está vivenciando intensas mudanças na organização política mundial, estes fenômenos tendo como objetivo aplacar as consequências decorrentes das transformações do mercado ocasionadas pela globalização que, por infelicidade, tornou “os ricos mais ricos e os pobres mais pobres (JAYME; 2005; p. 189)”.

A globalização não é um fenômeno radicalmente novo, mas pode ser considerada como a última etapa de um processo plurisecular de mundialização<sup>5</sup> cujas origens podemos remontar ao renascimento e à conquista do novo mundo (SUPIOT; 2007; p.231) uma vez que

La mondialisation (où monde s'oppose à immonde, comme cosmos s'oppose à chaos), consiste à rendre humainement vivable un univers physique: à faire de notre planète un lieu habitable. Autrement dit, mondialiser consiste à maîtriser les différentes dimensions du processus de globalisation (SUPIOT; 2012; n.p.)<sup>6</sup>.

Em face de tais aspectos, a globalização, por não ter outro propósito se não o lucro, atribui de forma exclusiva ao mercado a função de reduzir a pobreza, de promover a inclusão dos excluídos, de distribuir renda, entre outros. Ao se observar a globalização, percebe-se o que seu modelo conduzido pela lógica de mercado (governança pelos números<sup>7</sup>), mostra-se insustentável (SUPIOT; 2007; p.184). Os resultados decorrentes desta logica ampliaram a disparidade entre a classe alta e a classe baixa, a exploração desordenada das reservas naturais e, por meio de sua política não inclusiva, a globalização gerou instabilidade socioeconômica e política nos países periféricos (JAYME; 2005; p.189). Diante disso, pode ser, então uma comunicação, que vise o fortalecimento de uma fundamentação social baseada na lógica dos números e do cálculo, onde a busca da maximização

<sup>5</sup> Em outro sentido, Paulet, a partir das lições de Jacques Alda, considera a mundialização como sendo a “abolição do espaço mundial, sob o domínio do capitalismo, com o desmantelamento das fronteiras físicas”, de outro lado à globalização conduz uma realidade onde a diversidade é crescente e mascarada por técnicas uniformes (PAULET, 2009; n.p.).

<sup>6</sup> Para Supiot: mundialização (onde o mundo se opõe imundas, cosmos, em oposição ao caos), é fazer universo físico humanamente suportável para tornar o nosso planeta um lugar habitável. Em outras palavras, mundializar é dominar as diferentes dimensões do processo de globalização.

<sup>7</sup> Segundo o autor, tal lógica de mercado, ou então dito de outra forma, a governança pelos números, refere-se à internalização da norma. A governança global ocupa uma posição de destaque em favor da gestão estatal: governança, a sociedade civil, a subsidiariedade, flexibilidade, capital humano, entre outros, são características governança pelos números. Atualmente, o poder não está mais ligado ao governo soberano, mas à governança eficaz, fator preocupante pois da mesma forma que a globalização visa o fator lucro, este modelo de governança pelos números trabalha com uma lógica de mercado, ou seja, faz parte deste “processo de globalização”.

desenfreada de lucros, justificada pelo processo de globalização econômica, passa a se sobrepor face aos direitos básicos e fundamentais dos indivíduos, pontualmente aqui, dos direitos humanos.

Neste sentido, a globalização pode ser considerada complexa<sup>8</sup>, motivo pelo qual a maioria dos habitantes do planeta não a compreendem (LUHMANN; 1983; n.p.). Encontra-se em constante desenvolvimento, e sua dimensão (ou como em Luhmann subsistemas) econômica, política, sociocultural e jurídica influenciam de forma direta os direitos humanos. Para lidar com tal complexidade analisada pela ótica sistêmica, respalda-se no pressuposto de que nenhuma auto-observação (observação de si mesmo) tem capacidade de entender o sistema, de forma plena, o que implica na necessidade de uma observação a partir de múltiplos contextos. Tal concepção propõe a ressignificação das relações e, com isso, do próprio direito (LUHMANN; 2006; n.p.).

No que se refere ao impacto da globalização no campo dos direitos humanos, esse olhar se mostra fundamental. É inaceitável a ideia de que cerca de um bilhão de pessoas sobrevivam de maneira miserável, sem moradia, sem alimentação saudável, sem água potável, sem educação básica e sem assistência à saúde, o que vai além quando se acredita que somente suprindo estas necessidades mínimas é que será possível alcançar a segurança a paz e a justiça (JAYME; 2005; p. 190).

Frente a este “padrão” de exclusão socioeconômico, a noção de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos encontram-se novamente comprometidos. A garantia de direitos sociais básicos e fundamentais como o direito ao trabalho, à saúde e a educação tem sido apontada como um impedimento ao funcionamento do mercado, sendo, portanto, um obstáculo à livre circulação do capital bem como à competitividade internacional. Direitos sociais básicos como a educação, a saúde e a previdência passam a ser mercadorias, objetos que podem ser adquiridos por meio de contrato privado de compra e venda, em um mercado humanamente desigual onde a maior parte da população não possui tal “poder” de consumo (PIOVESAN; 2016; p.4).

Importante ressaltar que se delineia uma divisão do trabalho entre as organizações internacionais, umas encarregadas das mercadorias e capitais e outras encarregadas das pessoas, permanecendo abertas as fronteiras para a circulação de mercadorias e capitais, mas mantendo-se as mesmas fechadas aos homens. Tal situação desencadeia sérias consequências aos direitos humanos, já que quem

<sup>8</sup> Falando de complexidade, necessário se faz, entender em Luhmann o conceito de contingência, pois a complexidade implica contingência. A contingência seria o inesperado, a multiplicidade de possibilidades imprevisíveis de ocorrência, frustração, “perigo de desapontamento e a necessidade de assumir-se riscos”, de gerar-se expectativas sobre o futuro e eventual frustração.

detém o poder (econômico), usa o direito para explorar os outros (SUPIOT; 2007; p. 268-269), motivo pelo qual os mercados têm se mostrado falhos e imperfeitos.

Em virtude da indivisibilidade<sup>9</sup> dos direitos humanos, os direitos econômicos, sociais e culturais, quando violados, propiciam também a violação dos direitos civis e políticos, a vulnerabilidade de um leva à vulnerabilidade do outro. Infelizmente, este processo de violação dos direitos humanos alcança com exclusividade os grupos sociais mais suscetíveis à vulnerabilidade, como fenômenos da “feminização”, e “etnicização” da pobreza (PIOVESAN; 2006; p.4-18) e que consequentemente geram no cenário internacional sentimentos como o da aporofobia (CORTINA; n.p.)<sup>10</sup>.

Tais sentimentos tomam maior proporção com a globalização, visto que o Estado perde parte de sua soberania e surgem outros atores, sem fronteiras conduzindo uma nova ordem econômica mundial voltada para o crescimento econômico a qualquer custo. Considerada a “nova desordem mundial” o significado mais profundo da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais. Com ela, os que já eram extremamente “ricos” encontraram um modo de ganhar ainda mais dinheiro e de uma forma ainda mais rápida, e, com a avançada tecnologia, conseguem movimentar estes valor de forma mais eficaz por todo o globo. Em sentido contrário, entretanto, esta mesma facilidade de ganhar dinheiro por meio desta avançada tecnologia, não causa impacto na vida dos pobres, restando a eles apenas miséria, marginalização e restrições de direitos (BAUMAN; 1999; n.p.).

A abertura mundial às trocas econômicas não terá longa duração se as consequências humanas decorrentes desta abertura não forem levadas em consideração. A única forma de se viver a globalização é se ela for pensada não como um processo de uniformização dos povos e das culturas, mas como um processo de unificação dos povos e das culturas, que, ao invés de fazê-las desaparecer, busque se nutrir de sua diversidade (SUPIOT; 2007; p.268). Neste sentido Supiöt destaca que

Face au récit d’ une globalisation, entendue comme processus inexorable d’harmonisation par le calcul économique, nous acheminant à la fin de l’histoire, la solidarité permet d’oeuvrer ensemble à une mondialisation

<sup>9</sup> Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição de observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (In: PIOVESAN, F. *Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 18)

<sup>10</sup> Termo utilizado pela filósofa e professora **Adela Cortina a aporofobia** é o ódio, aversão ou hostilidade para com os pobres, os necessitados, os sem-teto.

sation dont les traits sont encore largement imprévisibles. Recourir au principe de solidarité est inévitable pour faire face aux problèmes écologiques, sociaux, et monétaires engendrés par la globalisation et tracer ainsi les voies d'une véritable mondialisation, c'est-à-dire d'une civilisations du processus de globalisation (SUPIOT; 2015; p. 25).<sup>11</sup>

Existe uma preocupação muito grande com os efeitos negativos que surgem com a globalização e que acabam tornando frágil a proteção e efetivação dos direitos do homem no âmbito internacional, motivo pelo qual o cenário atual é de reconstrução e reafirmação dos direitos humanos, uma possível proposta para a reconstrução consistindo na defesa do princípio da solidariedade.

O Estado encontra-se enfraquecido perante o fenômeno da globalização e busca na criminalização da miséria umas das formas de controlar a pobreza, situação esta inaceitável, até porque a classe baixa é a que mais sofre com a restrição de direitos e ainda terá que lidar com o sentimento de "aporofobia" por parte de quem se beneficia do processo de globalização. Afinal de contas, tecnologia avançada para quem? Poder de consumo para quem? Direitos humanos em prol de quem? O lado "negro" da globalização encontra-se bem localizado (nas periferias, ou nas classes baixas). Assim, acredita-se que somente um ideal de solidariedade em sentido global promete mudar este cenário e, por isso, há a necessidade de reafirmar os direitos do homem que foram arduamente conquistados ao longo do tempo.

#### **4. SOLIDARIEDADE COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Com a intenção de contribuir com observações que apontem para projetos de superação daquele cenário, analisa-se a contribuição do conceito de solidariedade que na visão de Alain Supiot

[...] é "de grande atualidade, já que, como a globalização é uma fonte de interdependência em face de riscos capitais (tecnológicos, ambientais, políticos, sanitários) dos quais nenhum país pode dizer-se a salvo, a organização da solidariedade diante desses riscos adquire uma importância vital em escala planetária" (SUPIOT; 2007; p. 260).

Tais riscos surgem a partir da identificação de uma sociedade complexa (Niklas Luhmann) e da multiplicidade de contextos (policontexturalidade de Teub-

---

<sup>11</sup> De frente para a história da globalização, entendida como o processo inexorável da harmonização pelo cálculo econômico, a solidariedade permite trabalhar em conjunto para a mundialização cujas características ainda são bastante imprevisíveis. Utilizar o princípio da solidariedade é inevitável para enfrentar os problemas ecológicos, sociais e monetários gerados pela globalização e, assim, traçar o caminho de uma verdadeira globalização, isto é, de um civilizado processo de globalização. (Tradução livre de nossa parte).

ner) que envolvem as relações sociais. A referida complexidade social, aumenta exponencialmente com o advento do que se denominou globalização (que para Supiot, consiste em uma etapa do antigo processo de mundialização). Diante de tal contexto, o que se propõe é reexaminar a concepção de solidariedade (Supiot) com base em uma análise sistêmica-autopoiética.

A preocupação com o conceito de solidariedade ganha corpo e preponderância no decorrer da história, motivo pelo qual é importante esclarecer que a solidariedade não pode ser definida como divisor do mundo, onde de um lado estão os que dão e de outro os que recebem<sup>12</sup>, já que, pelo contrário, apoia-se na ideia de todos devem contribuir, da mesma forma que todos poderão se beneficiar desta contribuição conforme suas necessidades. Expressão de igual dignidade entre os homens, a solidariedade atua como um freio à extensão da lógica mercantil e a outras consequências advindas da globalização, entendendo-se que a organização da solidariedade é uma questão de futuro que se coloca em qualquer sociedade<sup>13</sup>. A desigualdade, a fome e a discriminação engendradas pela globalização fazem ressurgir o sentimento de solidariedade na nação<sup>14</sup>, motivo pelo qual o princípio da solidariedade deve impor-se, pois nenhuma ordem jurídica pode sobreviver sem ele. Nas palavras de Supiot (2007; n.p.) “assim como uma fênix, a solidariedade renasce sempre de suas cinzas”.

É certo que a solidariedade pode ser apontada como forma de superação, por ser vista como uma forma de controle dos efeitos negativos sociais ligados à mundialização. Esta forma de controle pode se dar através do reconhecimento, da afirmação, bem como da proteção dos direitos humanos, que são atingidas pela abertura das fronteiras e pela liberalização de trocas mundiais. Aqui, a solidariedade deixa de ser considerada apenas um meio de proteção dos homens contra os riscos e para sua própria existência, trazendo também a garantia de que eles possam exercer determinadas liberdades (SUPIOT; 2007; p. 265). Além de ser utilizada como base para a existência de regras que se voltem contra a mercantilização e objetificação do homem, a solidariedade, neste caso, luta contra a desconstrução dos direitos humanos em face da sociedade globalizada.

<sup>12</sup> A solidariedade se distingue tanto do seguro quanto da caridade. A solidariedade repousa no pertencimento a uma comunidade, seja ela nacional, internacional, profissional ou familiar.

<sup>13</sup> Nos países emergentes, por outro lado, a instituição de mecanismos de solidariedade não é vista como um obstáculo para o desenvolvimento, mas como uma de suas condições mais urgentes, o que deu espaço a iniciativas notáveis, como o Bolsa Família no Brasil e o National Rural Employment Guarantee Act na Índia.

<sup>14</sup> Como em situações tão diferentes quanto as greves na China e as revoltas do mundo árabe, mas também solidariedades de exclusão, fundadas no retorno fantasiado a identidades religiosas, étnicas ou tribais.

A revisitação a um conceito de solidariedade, concebida para aferir responsabilidades, pode auxiliar para superar a utopia de um mundo governado por cálculo, auxiliando no processo de construção de uma pacífica convivência social mundializada. Nesse sentido, Supiot destaca que

Issue du droit romain, la notion de solidarité a d'abord, désigne une technique du droit de la responsabilité, destinée à régler les hypothèse de pluralité de créanciers (solidarité active) ou de débiteurs (solidarité passive) d'une même obligation. [...]

L'utopie d'un globe tout entier régi par le calcul économique, d'une part, et le retour de toute les passions identitaires, d'autre part, ne sont que les deux pinces d'une même tenaille. [...] La solidarité n'a été qu'une manière parmi d'autres de représenter ce qui fait tenir les hommes ensemble. Mais une fois mise en perspective comparative, elle aide à comprendre d'autres représentations possibles du lien social. Le concept moderne de solidarité, forgé pour dresser une typologie des formes de la sociabilité, a acquis une certaine indépendance vis-à-vis de la culture juridique qui l'a vu naître. Moyennant certaines précautions d'emploi, il pourrait donc participer d'un vocabulaire commun pour penser la mondialisation (SUPIOT; 2012; p.7-34).<sup>15</sup>

Portanto, é de inarredável importância revisitar a noção de solidariedade (dual, porquanto, ativa e passiva, como propõe Alain Supiot), apoiada em uma observação sistêmica (Luhmann) que contemple a sociedade internacional com sua complexidade, e, uma análise policontextural (Teubner) das relações e dos sujeitos envolvidos, para fins de uma possível solução para efetivação dos direitos humanos no cenário internacional, que tende a afastar os meios de opressão e exclusão, gerando no indivíduo um sentimento de pertencimento e não de exclusão.

## CONCLUSÃO

Ao fazer a análise da construção do tema direitos humanos, observa-se que em que pese tenham surgido ao longo do tempo, vários momentos serviram como base para a sua ascensão, e, atualmente, com o fenômeno da globalização,

<sup>15</sup> Originado do direito romano, a noção solidariedade primeiramente designou uma técnica do direito de responsabilidade, destinado a regular a hipótese de pluralidade de credores (solidariedade ativa) ou devedores (solidariedade passiva) da mesma obrigação. [...] A utopia de um mundo inteiro governado por cálculo econômico, por um lado, e a devolução de quaisquer paixões de identidade, por outro lado, são apenas duas faces da mesma moeda. Solidariedade foi um meio, entre outros para representar o que mantém as pessoas juntas. Mas posta em perspectiva comparativa, ajuda a compreender outras representações possíveis do laço social. O conceito moderno de solidariedade, forjada para uma tipologia de formas de sociabilidade, ganhou alguma independência diante da cultura legal que ela nasceu. Com algumas precauções, poderia, assim, participar de um vocabulário comum para pensar sobre a globalização. (Tradução livre de nossa parte).

estes se encontram novamente em situação de risco. Emerge, portanto, a necessidade de uma política emancipatória que tenha como finalidade a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana de maneira universal, e, principalmente, a imprescindibilidade de revisitar a história dos direitos humanos para fins de não esquecer quão árdua foi a sua conquista.

Atualmente, com a abertura das fronteiras e com o evento da globalização, os direitos humanos passam novamente por um momento de desconstrução de valores, surgindo, portanto, a necessidade de se humanizar os processos violentos que já se manifestaram ou que ainda se manifestarão diante do novo processo de mundialização. Este corresponde a um fator preocupante que merece atenção, uma vez que, com a globalização voltada a uma lógica de desenvolvimento a qualquer custo, garantias conquistadas ao longo dos tempos se fragilizam, ao ponto de o ser humano perder sua identidade como indivíduo, tornando-se apenas um número no cenário internacional.

Diante de tais situações, surge a importância da revisitação da noção de solidariedade (dual, porquanto, ativa e passiva, como propõe Alain Supiot), apoiada em uma observação sistêmica (Luhmann), que contemple a sociedade em sua complexidade, e, em uma análise policontextural (Teubner) das relações e dos sujeitos envolvidos. Tal noção de solidariedade surge como uma possível solução para o enfrentamento da falta de efetivação e inobservância dos direitos humanos, porquanto tende a afastar os meios de opressão e exclusão, e, concebida para aferir responsabilidades, pode auxiliar para superar a utopia de um mundo governado por cálculo, auxiliando na construção de uma pacífica convivência social mundializada e não “localizada”.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- CAMÕES, Luís de. *Os Lusíadas*. Prefácio de Álvaro Júlio da Costa Pimpão; apresentação de Aníbal Pinto de Castro - 4.a ed. - Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros. Instituto Camões, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7<sup>a</sup> Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORTINA, Adela. *'Aporofobia': advierten sobre el aumento del rechazo a los pobres*. Disponível em: <<http://www.zoomnews.es/45947/actualidad/sociedad/aporofobia-advieren-t-aumento-del-rechazo-pobres>>. Acesso em jun. de 2016.
- FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981.

\_\_\_\_\_. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. In revista estudos avançados - Dossiê Direitos Humanos, nº 30, v. 11. São Paulo. 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci_arttext)>. Acesso em jun. de 2016.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas. México: Editora Herder, 1<sup>a</sup>. Edición en español, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Livro de Domínio Público. 2001.

PAULET, Jean, P. *A mundialização*. Tradução de Celina Portocarrero. Rio de Janeiro. Editora: FGV. 2009.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Democracia, direitos humanos e globalização econômica: desafios e perspectivas para a construção da cidadania no Brasil*. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UQyYTeIS3K4J:www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_democracia\\_dh\\_global\\_economica\\_br.pdf+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UQyYTeIS3K4J:www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_democracia_dh_global_economica_br.pdf+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em jun. de 2016.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão - São Paulo: WMF Martins Fontes, 1<sup>a</sup> ed. 2007.

\_\_\_\_\_. *La Solidarité*. Paris: Odile Jacob, 2015.

\_\_\_\_\_. *Nem assistencialismo nem caridade: solidariedade*. 2014. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1776>>. Acesso em jun. 2016.

\_\_\_\_\_. *Grandeur et misère de l'État social*. Leçon inaugurale prononcée le jeudi. 2012. N.p. disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/inaugural-lecture-2012-11-29-18h00.htm>>. Acesso em: jun. de 2016.

## A NATUREZA JURÍDICA DOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS E A POSSIBILIDADE DE ELES RECEBEREM DOAÇÕES

### ***THE LEGAL NATURE OF BUILDING CONDOMINIUMS AND THEIR POSSIBILITY OF RECEIVING DONATIONS***

Galdino Luiz Ramos Júnior

Mestre em Direito pela Universidade de Marília (SP),  
Professor da Universidade de Marília (UNIMAR) e Advogado

Jefferson Aparecido Dias

Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha),  
Professor do Doutorado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR)  
e Procurador da República em Marília (SP)

**Submissão em 05/07/2017**

**Aceitação em 07/07/2017**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4101>

**Resumo:** O presente trabalho pretende analisar se os condomínios edilícios, a despeito de possuírem realidade fática, também possuem personalidade jurídica e, nessa qualidade, são titulares de direito de propriedade, sendo possível que recebam, a título de doação, as áreas de uso comum dos condôminos. O tema é de grande importância, pois os condomínios edilícios se tornaram uma realidade fática, em especial diante da necessidade do aumento da oferta de imóveis urbanos, causada, dentre outros motivos, pelo êxodo rural que resultou em concentração demográfica nos grandes centros. Além disso, há muito, os condomínios edilícios têm ganhado novos objetivos, ao lado da destinação residencial, sendo cada vez mais destinados para fins empresariais, tecnológicos, de ócio, de lazer e, inclusive, com o fim de atender os interesses de grupos específicos, como é o caso dos condomínios edilícios destinados à residência de pessoas idosas. O método adotado será o dedutivo, pois a partir do estudo de preceitos e princípios de caráter geral, se construirá a solução aplicável ao tema aqui proposto. Além disso, a pesquisa terá caráter bibliográfico e documental, direcionada à análise dos textos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema.

**Palavras-chave:** Direito de propriedade; Condomínio edilício; Personalidade jurídica; Doação.

**Abstract:** The aim of this paper is to analyze if condominiums, in spite of having a factual reality, also have legal personality and, as such, they are owners of property rights, being possible that they receive, as a donation, common use areas of condominium owners. The theme is of great importance, as condominiums have become a factual reality, especially in view of the need to increase the supply of urban properties, caused, among other reasons, by the rural exodus that resulted in population concentration in large centers. In addition, condominiums have long been gaining new goals, alongside the residential destination, being increasingly intended for business, technological, leisure, and even for the purpose of meeting the interests of specific groups, as is the case of condominiums for the residence of elderly people. The method adopted is the deductive one, since from the study of precepts and principles of general character, the solution applicable to the theme proposed here will be constructed. In addition, the research has a bibliographic and documentary character, directed to the analysis of the doctrinal and jurisprudential texts related to the subject.

**Keywords:** Property right. Building condominium. Legal personality. Donation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Do condomínio edilício: considerações gerais. 3. A instituição do condomínio edilício e sua natureza jurídica. 4. Do condomínio edilício como beneficiário de doação. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Se é certo que o direito é um fenômeno social, também é correto afirmar que a evolução da sociedade impõe uma transformação do direito, a fim de que ele seja apto a ser aplicado a novas realidades, em um novo contexto. Neste sentido, o condomínio edilício, a despeito de ter sua origem no Direito Romano, tem adquirido novo formato com a alteração da realidade social.

Diante dessa nova realidade, o objetivo do presente artigo é analisar se os condomínios edilícios, além de possuírem realidade fática, também possuem personalidade jurídica e, nessa qualidade, podem ser titulares do direito fundamental à propriedade e, inclusive, receber em doação as áreas comuns do condomínio.

No passado, o condomínio edilício representava, em regra, a mera divisão do direito de propriedade entre mais de um titular, admitindo que mais de uma pessoa exercesse seu direito sobre um mesmo bem. Atualmente, contudo, com o desenvolvimento de grandes centros urbanos, sedimentando um processo irreversível de êxodo rural e de concentração demográfica, demandam o surgimento de novas formas de habitação e construção, destinadas a cumprir fins específicos.

Obter o máximo de utilização de uma área territorial, gerando múltiplos espaços de habitação, lazer, indústria e de comércio, é o objetivo que inspira a criação de inúmeros empreendimentos imobiliários. Dentre tais empreendimentos temos os novos condomínios edilícios apresentados, neste trabalho, tanto na

modalidade vertical, quanto na horizontal, com fins que vão desde o lazer até a moradia de pessoas idosas.

Apesar de existência de diplomas normativos responsáveis pela regulação do instituto – em especial a Lei nº 4.591/64, alterada pela Lei nº 4.864/65, além do vigente Código Civil de 2002 – é fato que a legislação não esgota todas as nuances que envolvem a figura em questão.

O entendimento dominante, quando se fala de condomínio edilício, é da ausência de sua personalidade jurídica, não podendo atuar de “per si”, razão pela qual se observam incongruências no pensamento científico atual sobre o tema, notadamente quando confrontado com aspectos fáticos e legais que acabam por, ainda que sem preocupação jurídica, conceder direitos e deveres efetivos aos condomínios, contrariando o pensamento de ausência de sua personalidade jurídica.

Exemplifica-se com a possibilidade de tais entidades figurarem em juízo, ativa e passivamente, cobrando verbas condominiais ou sofrendo ações e, até mesmo, execuções fiscais.

O condomínio edilício ficaria então em um “limbo normativo”, pois não teria personalidade jurídica, mas poderia praticar atos inerentes a quem possuísse personalidade jurídica. Diante desta antítese, cada vez mais o Poder Judiciário é chamado a intervir em diversos aspectos que envolvem o tema, dentre os quais se optou pela análise da doação realizada ao condomínio edilício pela empreendedora negocial de área imóvel de interesse do todo condominial.

O método adotado será o dedutivo pois, a partir do estudo de preceitos e princípios de caráter geral, se construirá a solução aplicável ao tema aqui proposto. Além disso, a pesquisa terá caráter bibliográfico e documental, direcionada à análise dos textos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema, com o fim de fornecer resposta à hipótese suscitada, sem a pretensão de esgotamento da temática, mas sim de instigar o leitor a se aprofundar no assunto, ainda carente de maiores estudos específicos.

## 2. DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A origem do denominado “condomínio” remonta à antiguidade, sendo encontrados traços característicos da figura no Direito Romano, como aponta Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 184):

Uma pesquisa histórica permite recuar a superposição habitacional ao Direito Romano, onde já se conhecia a prática da *insula* destinada à resi-

dência plebeia, como dá notícia Tácito ao descrever o incêndio de Roma ao tempo de Nero.

Outros autores reconhecem indicativos da existência do condomínio entre os sumérios (VENOSA, 2013, p. 288) ou na Babilônia, dois mil anos antes de Cristo (RIZZARDO, 2017).

Contudo, apesar de essas divergências em relação à sua origem histórica, o certo é que o condomínio se confunde com a própria história do direito de propriedade (TORRADO, 2015), uma vez que era concebido como o exercício de tal direito em conjunto por mais de uma pessoa. Nesse sentido, bastante elucidativa a origem da expressão que é trazida por Arnaldo Rizzato (2017), o qual esclarece que “o termo *cum* significa conjuntamente, enquanto a palavra *dominum* expressa domínio, propriedade. Portanto, condomínio é propriedade conjunta – que pertence a mais de um”.

O Código Civil de 1916, em seus arts. 623 a 646, estabelecia regras para o condomínio, prevendo os direitos e os deveres dos coproprietários. Importante esclarecer, contudo, que em seus primórdios e até mesmo no Código Civil de 1916, o condomínio pressupunha a propriedade conjunta de todo um imóvel ou bem e não reconhecia a existência de áreas sujeitas à propriedade privativa e outras sujeitas à propriedade comum.

Porém, a formação de grandes concentrações urbanas, a escassez de espaços territoriais nas suas áreas centrais e a necessidade de oferecimento de habitação para um grande contingente populacional, fruto, dentre outros fatores, do forte êxodo rural verificado, trouxeram a necessidade de regulamentar a figura do denominado “Condomínio Edilício”, o que se deu em primeiro momento com a edição do Decreto nº 5.481/28, alterado, primeiro pelo Decreto Lei nº 5.234/43 e, depois, pela Lei nº 285/48.

O incremento no número das edificações horizontais, bem como a ampliação dos empreendimentos imobiliários na modalidade de incorporações, demandaram uma especialização normativa maior, o que se deu com a edição da Lei nº 4.591, de 16/12/1964 posteriormente alterada parcialmente pela Lei nº 4.864, de 29/11/1965. A Lei nº 4.591/64, possui duas partes bastante destacadas, sendo a primeira dedicada aos condomínios em edificações e, a segunda, às incorporações imobiliárias, trazendo elementos de direito obrigacional, ou seja, do laime jurídico-contratual havido entre incorporador/empreendedor e o adquirente do bem.

Com a publicação dessa legislação especial surgiu, no Brasil, a figura do condomínio edilício, que se diferencia do condomínio comum pelo fato de existir,

no mesmo bem, partes sujeitas à propriedade privada de uma ou mais pessoas e outras partes que se destinam ao uso comum de todos e, portanto, são da propriedade de todos os titulares das partes sujeitas à propriedade privada. Na lição de Arnaldo Rizzato (2017), “condomínio edilício é a copropriedade numa edificação da qual constam unidades privativas autônomas, de uso exclusivo, e partes que são propriedade comum dos condôminos”.

O Código Civil de 2002, ao contrário do Código Civil de 1916, que tratava apenas do condomínio, tratou expressamente do condomínio edilício, em seus arts. 1.331 a 1358, modernizando significativamente a legislação brasileira referente ao mencionado instituto e procurando adaptá-lo à realidade fático-social contemporânea. Com a entrada em vigor de tais preceitos, há quem defenda a derrogação (revogação parcial) da Lei nº 4.591/65, no que concerne à sua porção definidora do condomínio edilício, mantendo-se, no entanto, as normas atinentes às incorporações imobiliárias.

Essa é a posição de Flavio Tartuce (2012, p. 933/934) que, para justificar seu entendimento, faz um breve relato da adequação do instituto à nova codificação civil:

O CC/2002 passou a disciplinar o condomínio edilício, o que é tido como feliz inovação, eis que o fenômeno real muito interessa à contemporaneidade, merecendo um tratamento específico na codificação privada. Conforme relatam Jones Figueiredo Alves e Mario Luiz Delgado, doutrinadores que participaram no processo de elaboração da atual lei civil, o termo condomínio edilício foi introduzido por Miguel Reale, por se tratar de expressão nova de incontestável origem latina, muito utilizada, por exemplo, pelos italianos. Ainda são usados os termos condomínio em edificações e condomínio horizontal (eis que as unidades estão horizontalmente uma para as outras)

O CC/2002 consolidou o tratamento que constava da primeira parte da Lei 4.591/1964 (arts. 1º a 27). Sendo assim, filia-se à corrente que sustenta a revogação tácita de tais comandos, nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução, eis que a codificação regulou inteiramente a matéria.

Por essa posição, atualmente os condomínios edilícios estariam totalmente regulamentados pelo Código Civil de 2002, restando revogada, nesta parte, a Lei nº 4.591/65, a qual estaria vigente apenas na parte que trata das incorporações. Essa regulamentação trazida pelo Código Civil de 2002 atingiria tanto o exercício da propriedade privada da parte de uso exclusivo, quanto a propriedade conjunta das áreas em comum, principal característica dos condomínios edilícios.

Sobre o tema, Caio Mario da Silva Pereira (2012, p.185), ainda leciona que:

A essência do condomínio nos edifícios coletivos reside em que deve ele ser constituído de partes que são de utilização exclusiva, consistindo no direito de propriedade sobre a unidade do seu titular, e partes que são comuns a todos, devendo o direito sobre as mesmas ser subordinado ao conceito condonial, tal como desenvolvido em o nº 314, supra. O proprietário de uma unidade no edifício coletivo somente tem a possibilidade material e jurídica de sua utilização se ao mesmo tempo lhe é assegurada a das partes comuns. Daí resulta que o conceito de condomínio edilício há de assentar na reunião orgânica e indissolúvel da propriedade exclusiva, incidente sobre a unidade, e o condomínio sobre as partes e coisas comuns.

Portanto, em matéria de condomínio edilício o proprietário é titular de um direito que se apresenta em nuances próprias, levando-se em consideração suas porções individuais e subjetivas e, outrossim, porções coletivas/sociais exercidas em atenção aos demais coproprietários.

### **3. A INSTITUIÇÃO DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO E SUA NATUREZA JURÍDICA**

O condomínio edilício, com suas características peculiares, tem seu formato de instituição previsto no art. 1.332, do Código Civil de 2002, o qual prevê que ele pode ser criado “por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis”, sendo imprescindível que do seu ato de criação conste expressamente:

Art. 1.332

(...)

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

O registro da constituição condonial com as discriminações acima elencadas é formalidade solene indispensável para a validade do ato, sendo, inclusive, garantia fundamental dos futuros adquirentes e coproprietários.

Em complemento a tal preceito do Código de Processo Civil, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) estabelece as formalidades para o ato registral do condomínio em seu art. 237-A, § 1º, 2º e 3º. Dentre as exigências estabelecidas na referida lei especial, salienta-se a que determina a especificação clara e precisa

das finalidades do empreendimento, o que é plenamente justificável, uma vez que a definição precisa do fim a que se destina o empreendimento condominial, de forma bem delimitada, evitará desvios de utilização pelo proprietário, bem como eventuais conflitos que exijam a atuação do Poder Judiciário.

Modernamente tem-se observado a instituição de condomínios edilícios com fins residenciais ou com destinações comerciais específicas, como escritórios, clínicas e, até os denominados “adult homes”, ou seja, “edifícios planejados e destinados a aposentados em provecta idade, com regulamento a eles destinados” (VENOSA, 2013, p. 294). Também começaram a surgir condomínios-clubes, os quais concentram áreas residenciais com espaços dedicados ao lazer (ARAÚJO, 2015).

Contudo, apesar do Código Civil e da Lei de Registros Públicos trazerem os preceitos que regulamentam a criação dos condomínios edilícios, resta em aberto a questão relacionada à sua natureza jurídica, pois inexiste preceito legal que lhe atribua personalidade jurídica, a qual lhe garantiria a possibilidade de aquisição de direitos na ordem civil.

Atualmente, o rol de pessoas jurídicas de direito privado consta dos incisos do art. 44, do Código Civil, e não contempla os condomínios edilícios, restando, assim, a discussão quanto à natureza de tal rol, ou seja, se ele é “*numerus clausus*” ou “*numerus apertus*”.

Assim, se o rol do art. 44 do Código Civil for considerado um rol exaustivo, não é possível a sua ampliação, razão pela qual não seria possível, ainda que em tese, atribuir ao condomínio edilício a personalidade jurídica, razão pela qual ele não teria condições, por obviedade, de ser beneficiário de atos de obtenção patrimonial.

Por outro lado, caso o mencionado rol seja considerado exemplificativo, seria possível a sua ampliação, por meio de uma interpretação extensiva, a qual permitiria atribuir personalidade jurídica ao condomínio edilício, reconhecendo a possibilidade de praticar certos atos negociais da vida civil, dentre os quais, o recebimento de patrimônio por doação, objeto específico de estudo do presente artigo. A doutrina não tem enfrentado a questão com aprofundamento que seria desejável.

Para parte da doutrina, os condomínios edilícios não possuem personalidade jurídica, a qual seria exclusiva dos proprietários das unidades autônomas que, nessa qualidade, também seriam os proprietários das partes comuns. Defendendo essa posição, Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 187) apregoa que:

Os titulares dos direitos, quer sobre as unidades autônomas, quer sobre as partes e coisa comuns, são os condôminos e não uma inexistente ou

fictícia pessoa jurídica. O condomínio dito edilício explica-se por si mesmo. É uma modalidade nova de condomínio, resultante da conjugação orgânica e indissolúvel da propriedade exclusiva e da co-propriedade.

Não obstante tal entendimento, negar personalidade jurídica ao condomínio edilício acaba por restringir indevidamente as suas atividades, em postura que, para alguns autores, acaba por desprestigar princípios constitucionais da ordem econômica, conforme previsto no art. 170, da Constituição Federal, em especial a livre iniciativa, a propriedade privada, a função social da propriedade e o livre exercício da atividade econômica.

Neste sentido, a figura do condomínio edilício deve transcender à mera existência normativa, para, em uma visão dinâmica dos fenômenos sociais, ser considerada, em sua inteireza, verdadeira pessoa jurídica, com a capacidade de atuar como sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica, participando, ativamente, da fenomenologia negocial, criando a relação jurídica privada propriamente dita. O reconhecimento da personalidade jurídica ao condomínio, já sufragada por vários autores, exsurge com força e dinamismo em concepções contemporâneas de direito privado. Defensor dessa posição, Silvio Venosa (2013, p. 290-291) sustenta a necessidade de caracterização do condomínio edilício como detentor de uma “personificação anômala”, explicando:

No entanto, no mundo negocial, o condomínio age tal qual uma pessoa jurídica. Em nossa obra Direito Civil: parte geral (seção 13.6.2), aduzimos que o direito não pode ignorar realidades. O condomínio de edifícios possui o que denominamos personificação anômala. Qualificamo-lo como entidade com personificação anômala.

[...]

O condomínio atua na vida negocial como qualquer pessoa jurídica, dentro de seu âmbito de atuação. A realidade não admite outra solução. O condomínio tem, portanto, existência formal (STJ – 4<sup>a</sup>. T., RE 9.584-SP, Rel. Min. Sálvio Figueiredo, In: Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, nota 23 ao art. 12). Sua personificação mitigada é inafastável. Sua personalidade jurídica é reconhecida expressamente, por exemplo, na legislação francesa, cuja doutrina o qualifica como uma criação original do legislador.

Assim, a modernidade negocial e a inserção da figura do condomínio edilício em seu contexto, lhe dá o formato fático de pessoa jurídica, razão pela qual, a fim de evitar uma grave lacuna normativa, cabe à doutrina e ao Poder Judiciário seu reconhecimento como uma realidade jurídica.

Flávio Tartuce (2012, p. 940), citando Frederico Henrique Viegas de Lima, reconhece que “a personificação jurídica da comunidade de coproprietários em

condomínios especiais em edificações é decorrente das necessidades econômicas e sociais da atualidade". Na realidade, a aplicabilidade de tal posição, que defende a personalidade jurídica aos condomínios edilícios é passível de ser observada em várias circunstâncias da dinâmica jurídica, normativa e negocial vigente no Brasil.

Neste sentido, pode ser citado o reconhecimento da legitimidade processual ativa e passiva do condomínio estar em juízo, representado por seu síndico (art. 75, inciso XI, do Código de Processo Civil), bem como pela possibilidade do condomínio adquirir as unidades dos condôminos insolventes, prevista no art. 63, § 3º, da Lei nº 4.591/64.

Tal legitimidade processual "ad causam" reconhecida ao condomínio edilício impele reconhecer sua personificação jurídica, pois, está o ente a atuar em nome próprio, ainda que no interesse de terceiros. Assim, a legitimidade processual repercuta sua prerrogativa de figurar em Juízo, exigindo e recebendo direitos inerentes a tal atividade. Além disso, o consectário do exercício de direito de ação ao condomínio edilício se materializa com a efetividade do processo, ou seja, com o recebimento da prestação inadimplida por parte do condômino infrator, inclusive, através da prática de atos executivos diretos sobre o patrimônio do devedor.

Já o preceito constante da legislação condominial, admitindo que o condomínio, após decisão unânime de sua Assembleia Geral, adjudique o bem do condômino levado a leilão, também deixa claro que lhe deve ser reconhecida a personalidade jurídica, pois, afinal, ao se reconhecer um dever de adimplemento do condômino em face do condomínio, decorrente de uma violação a uma relação obrigacional entre ambos, também se reconhece o condomínio edilício como uma personalidade jurídica titular de direitos.

A par desses preceitos legais, outro aspecto interessante e esclarecedor, que impõe o reconhecimento de personalidade jurídica do condomínio edilício, é a possibilidade, já reconhecida pela Jurisprudência, de ele figurar como locador de espaços comuns inerentes ao empreendimento e, no caso de inadimplemento, promover a respectiva ação de despejo cumulada, ou não, com a respectiva ação de cobrança. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2009):

CIVIL – DESPEJO C.C. COBRANÇA – CONTRATOS DE LOCAÇÃO E DE CESÃO DE DIREITO – SHOPPING CENTER – LEGITIMIDADE ATIVA DO RESPECTIVO CONDOMÍNIO – APLICAÇÃO DO CPC, ART. 515, § 3º

1. O condomínio formado pelos proprietários do imóvel é parte legítima para ajuizar ação de despejo e de cobrança de haveres do locatário.

Eventual dúvida sobre a representatividade daquele deve ser resolvida a favor da efetividade do processo e da finalidade útil das formas.

2. Tendo o devedor confessado o pagamento parcial dos aluguéis e não comprovado a quitação dos valores estipulados nos Contratos de Cesão de Direito de Uso, indesviável a sua condenação ao pagamento do montante com que se comprometeu contratualmente a honrar ao alugar espaço em shopping center.

#### JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA.

1. “A correção monetária, mera atualização do valor da moeda naufragada em tormentosa inflação, constitui justa solução para todas relações jurídicas com o fim de resgatar a real expressão do poder aquisitivo original” (REsp n. 51.814/SP, Min. Milton Luiz Pereira). Por isso, demonstrado o inadimplemento do devedor, impõe-se a atualização monetária. Da mesma forma, são devidos juros moratórios, pois a correção monetária nada mais é do que mera recomposição do valor real da moeda, enquanto aqueles constituem sanção ao devedor pelo retardamento no cumprimento da obrigação.

Ao lado da possibilidade de figurar nos polos ativo e passivo de ações judiciais, bem como o de adjudicar o bem de condômino inadimplente, a possibilidade de o condomínio celebrar contrato de locação e promover ação de despejo no caso de inadimplemento, reforçam a tese de que deve ser reconhecida personalidade jurídica aos condomínios edilícios.

Por fim, em um último esforço argumentativo em defesa do reconhecimento da personalidade jurídica dos condomínios edilícios e sem esgotar o assunto, pode ser trazida a possibilidade de o condomínio ser demandado por tributos oriundos do exercício de suas finalidades. Nesse sentido, a jurisprudência, há tempos, reconhece sua legitimidade passiva que, analisada em um contexto negocial, indica, também, sua personalidade jurídica. O Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região (BRASIL, 1998) já adotou tal posição:

1. PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONDOMÍNIO - RESPONSABILIDADE.
2. 1 - Mesmo que o condomínio não esteja registrado, tem ele para efeitos tributários, legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal.
3. 2 - Agravo de Instrumento provido.

O fato de poder figurar no polo passivo de uma execução fiscal decorre do fato de o condomínio possuir obrigações tributárias, diferentes das obrigações tributárias dos proprietários de suas unidades, razão pela qual deve ser reconhecida a sua personalidade jurídica.

Diante de todos esses argumentos, Flávio Tartuce conclui, apresentando as vantagens da adoção da tese de personificação do condomínio edilício (2012, p. 940/941):

- 1<sup>a</sup>. Vantagem – As reuniões de condomínio são profissionalizadas e facilitadas, delas participando apenas condôminos eleitos, com direito a voto, a exemplo do que ocorre com as associações.
- 2<sup>a</sup>. Vantagem – Os condôminos edilícios pessoas jurídicas podem prestar serviços diversificados diretamente aos seus condôminos, como atividades de recreação e esportivas, bem como serviços de transporte. Conforme destacou Frederico Viegas em sua palestra, na realidade atual, condomínios das grandes cidades constituem associações para tais fins, o que passa a ser desnecessário com a tese que se propõe.
- 3<sup>a</sup>. Vantagem – Os condomínios podem adquirir imóveis por adjudicação. ... A propriedade é concretamente funcionalizada, transformando-se o condomínio em forma de investimento. Ilustrando na prática, o condomínio pode adquirir os imóveis, dos condôminos inadimplentes, locando-os posteriormente a terceiros. Com isso, os condôminos restantes adquirem o domínio da unidade, além de usufruírem da locação que reduz o valor da contribuição mensal.

Em complemento à posição de Flávio Tartuce, também podem ser apresentados os argumentos de Silvio Venosa (2013, p. 290), que também defende a viabilidade de ser reconhecida personalidade jurídica aos condomínios edilícios:

Por essa razão, afiguram-se descabidas, estéreis e empedernidas discussões sobre a personalidade do condomínio regido pela Lei nº 4.591/64 e agora pelo novo Código Civil, as quais, no entanto, têm consequências práticas desastrosas para os interessados. Atenta contra a realidade do ordenamento o cartório imobiliário que, por exemplo, se recusa a transcrever unidade autônoma em nome do condomínio. Nada impede que a comunidade condominial decida ser proprietária, por exemplo, de lojas ou estacionamento no edifício, explorando-os comercialmente e com isso reduzindo as despesas condominiais dos titulares das unidades autônomas. Nunca se negou a possibilidade de o condomínio deliberar e decidir locar dependência sua para restaurante ou outra finalidade mercantil.

Como se vê, várias são as vantagens de reconhecimento da personalidade jurídica dos condomínios edilícios, faltando ser analisada, apenas, para conclusão do objetivo proposto no presente artigo, se tais condomínios podem ser beneficiários de doações, tema que será analisado no próximo item.

#### 4. DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO COMO BENEFICIÁRIO DE DOAÇÃO

Superada a discussão sobre a possibilidade de ser atribuída personalidade jurídica ao condomínio edilício, questão respondida afirmativamente no item anterior, resta a dúvida sobre a possibilidade de o condomínio edilício ser beneficiário de doações.

O contrato de doação está regulamentado pelos arts. 538 a 564, do Código Civil, sendo conceituado pelo legislador como modalidade de avença onde uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. A doação, negócio jurídico em essência, poderá ser feita por escritura pública ou instrumento particular, apresentando os seguintes caracteres jurídicos (FIUZA, 2012, p. 561):

Quanto a suas características, a doação é contrato:

- típico, pois está regulada nos arts. 538 a 564 do Código Civil;
- puro, porque não é fruto da mistura de dois ou mais outros contratos;
- consensual ou formal, dependendo do valor da doação. Se de baixo valor, consensual; se de alto valor, formal. Com base na redação do art. 538, poder-se-ia defender ser o contrato de doação real, considerando-se celebrado somente após a tradição da coisa. Isto porque o referido artigo dispõe que, pelo contrato de doação, o doador transfere ao donatário a propriedade de um bem. Ora, se o contrato fosse consensual, teria o legislador se expressado adequadamente, como na compra e venda (art. 481), dispondo que, pelo contrato de doação, o doador se obriga a transferir ao donatário a propriedade de um bem. Sendo a doação considerada contrato real, antes da tradição, haveria apenas promessa de doação, exigível nos termos que estudaremos mais adiante;
- gratuito ou atributivo, uma vez que não há nenhum ônus suportado pelo donatário que chegue a configurar contraprestação pela vantagem auferida. À prestação do doador não corresponde qualquer contraprestação ao donatário;
- unilateral, pois que somente o doador tem obrigações. Será bilateral se for onerado com encargo, como veremos abaixo;
- pré-estimado, por ser a prestação do doador conhecida desde o momento da celebração. Mas pode também ser aleatório, se seu objeto não for conhecido no momento da celebração. Por exemplo, doação em que o doador se comprometa a entregar sua safra;
- de execução imediata ou futura. Normalmente, executa-se logo após a celebração, mas nada impede que se execute em outro momento, quando será contrato de execução futura;
- individual, pois obriga apenas as partes contratantes;
- negociável, por serem suas cláusulas sempre passíveis de negociações, ainda que só em teoria.

- intuitu personae, uma vez que celebrado em razão da pessoa do do-natário.

Diante das características acima descritas e dos preceitos legais citados, o questionamento que surge é se o condomínio edilício pode receber, em doação, um bem imóvel. Assim, o objeto de estudo do presente trabalho consiste na análise sobre a viabilidade jurídica de um condomínio edilício, em que pese as discussões acerca da existência ou não de sua personalidade jurídica, figurar como do-natário em escritura pública de doação patrimonial, sendo tal ato hábil a registro no Serviço Registral competente. A resposta a tal dúvida deve, necessariamente, partir do contexto do ato de doação e o interesse nela presente. Em outras palavras, deve-se investigar a motivação do ato e se ele foi praticado no interesse do condomínio edilício em concreto, ou seja, se inerente às suas atividades e a sua situação fático-jurídica.

A título de exemplo, imagine-se a proposta de doação, voluntária, de uma vaga de garagem remanescente da incorporação do imóvel objeto do condomínio, de propriedade da incorporadora, para o condomínio edilício.

Ora, a utilidade da vaga ao condomínio edilício é evidente, pois poderá facilitar o trânsito e as manobras de veículos, podendo ser utilizada, também, para o estacionamento de veículos de entrega ou de visitantes, e, até mesmo, ser objeto de locação para um dos condôminos, com a utilização do valor arrecadado em benefício de todos os condôminos ou do próprio condomínio.

Além da doação de vagas de garagem, o condomínio também poderá ter interesse no recebimento, em doação, de estacionamento ou lojas no edifício, os quais, conforme lição já citada de Silvio Venosa (2013, p. 290), podem ser explorados comercialmente, visando reduzir as despesas condominiais dos proprietários das unidades autônomas.

Assim, desde que reconhecida a utilidade do bem, o ato do condomínio que o recebe em doação, incorporando-o ao seu patrimônio e, por consequência, ao patrimônio de todos os condôminos, deve ser considerado válido e eficaz, merecendo guarida do Direito, inclusive e notadamente, do Direito Registral.

Aliás, é o que tem entendido o Poder Judiciário nas situações em que é instado a analisar situações específicas sobre o tema, notadamente em arguições de dúvidas registrais, a teor do dispostos nos arts. 198 e seguintes da Lei de Registros Públicos. Nesse sentido, podem ser citados dois posicionamentos tidos como emblemáticos, sendo o primeiro deles do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 70069628204 (RIO GRANDE DO SUL, 2016), no qual se decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO DE IMÓVEIS. DÚVIDA. AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE ATRAVÉS DE DOAÇÃO POR PARTE DO CONDOMÍNIO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MODIFICADA. Tratando-se de condomínio devidamente registrado no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), com número próprio e não se tratando somente de sociedade de fato, tem ele personalidade jurídica para adquirir imóveis. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. UNÂNIME.

A segunda decisão digna de ser citada foi proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Cível nº 2013.014872-6 (SANTA CATARINA, 2015):

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. CONDOMÍNIO. REGISTRO DE DOAÇÃO DE UNIDADE AUTÔNOMA, QUE PASSA A INTEGRAR O PATRIMÔNIO COMUM. VIABILIDADE, CONTANTO QUE OBSERVADAS AS MESMAS FORMALIDADES DO REGISTRO DO CONDOMÍNIO, NOS TERMOS DO ART. 1.332, II, DO CÓDIGO CIVIL.

A preservação do espírito da norma inserta no art. 5º da LINDB pressupõe atenção não apenas ao fim almejado pela norma, mas à realidade em que ela irradia efeitos. O intérprete do direito deve acompanhar as transformações na realidade social, evitando-se que a tentativa de enquadrar os fatos em categorias ultrapassadas leve a decisões injustas e incompatíveis com o escopo da norma. O condomínio é instituto jurídico que representa a co-propriedade de um determinado bem. É uma situação de fato, antes do que uma entidade. Todavia, o condomínio edilício, além de ser registrado, assume uma série de deveres que são próprios de pessoas jurídicas, de forma que é inexato afirmar-se categoricamente que tenha unicamente capacidade postulatória, mas não personalidade jurídica. Na competência do síndico, estabelecida no inciso II do art. 1.348 do Código Civil, insere-se a de diligenciar administrativamente perante os órgãos públicos para a prática dos atos de interesse do condomínio, respeitados os limites impostos pela legislação e pela convenção dos condôminos. Considerando-se que para o registro do condomínio é necessária a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade (CC, art. 1.332, II), então a alteração da área comum deverá igualmente ser levada a registro, com as mesmas especificações.

Nos casos acima citados, a aceitação do condomínio edilício como beneficiário de doação decorre de um raciocínio exegético pleno, que reconhece o condomínio edilício como detentor de personalidade jurídica e o recebimento de um bem em doação como uma das formas de atingir os seus fins.

Afinal, se o condomínio edilício possui capacidade processual, pode adjudicar bens, pode figurar como locador em contratos de locação, responde em

execução fiscal como responsável tributário, dentre outros direitos e deveres, também pode ser beneficiado com doação de bem que lhe permita cumprir os fins para os quais foi constituído. O exame, outrossim, das condições da doação cabe ao intérprete/aplicador do Direito, levando-se em conta os objetivos do ato e o benefício ao condomínio, no que tange às suas finalidades primordiais.

Assim, nada há que impeça um condomínio edilício, regularmente constituído, de receber doação de bem que venha em consonância aos seus interesses legítimos, beneficiando os titulares das unidades autônomas e facilitando a implementação de seus objetivos fixados quando de sua constituição.

Pensar o contrário é distanciar o Direito de seu papel de fenômeno social que acompanha o dinamismo da coletividade a que visa regular e proteger.

## CONCLUSÃO

A copropriedade de bens, ou seja, a propriedade conjunta de um bem por mais de uma pessoa, remonta ao nascimento do próprio direito de propriedade, tanto que o instituto do condomínio pode ser encontrado não apenas em Roma, mas também entre os sumérios, egípcios e na Babilônia, há mais de dois mil anos antes de Cristo.

O atual modelo de condomínio, adjetivado de edilício, apresenta características próprias, resultando na existência um bem no qual subsistem a propriedade privada de unidades autônomas e a propriedade conjunta de áreas comuns.

Apesar de representar uma realidade fática cada vez mais comum na atualidade, ainda se questiona se o condomínio edilício é uma realidade jurídica e, nesse contexto, se lhe pode ser atribuída a personalidade jurídica. Nesse sentido, a partir de preceitos normais gerais apresentados, por meio de um método dedutivo, o presente trabalho conclui pela possibilidade de os condomínios edilícios terem reconhecida a personalidade jurídica, ou seja, serem titulares de direitos e obrigações.

Respondida afirmativamente essa primeira questão, a dúvida seguinte a ser analisada dizia respeito à possibilidade de, tendo reconhecida a sua personalidade jurídica, poderia ou não o condomínio edilício receber bem em doação.

Nesse tópico, é forçoso reconhecer que, além de prestigiar a sua personalidade jurídica, a resposta afirmativa a essa segunda questão também representa a plena observância dos princípios constitucionais da ordem econômica, em especial os princípios da livre iniciativa, da propriedade privada, da função social da propriedade e do livre exercício da atividade econômica.

Claro que o reconhecimento de esse direito a ser beneficiário de doação não pode ser absoluto, pois é necessário observar se o bem doado será útil ao condomínio, ou seja, se ele será apto de ser utilizado em benefício dos condôminos e em prol do cumprimento dos fins para os quais o condomínio edilício foi criado.

O problema é que, de forma equivocada, alguns Serviços Registrais têm negado a formalização do ato de doação ao condomínio, suscitando dúvidas nos moldes da Lei de Registros Públicos e remetendo ao Poder Judiciário o enfrentamento do problema, o qual, com fundamento no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estabelece que o Magistrado, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais aos quais ela se dirige e às exigências do bem comum, vem cumprindo adequadamente o seu papel, determinando o registro das doações, conforme se pode ver das decisões judiciais anteriormente citadas.

O avanço da doutrina civil em reconhecer, de fato, a personalidade jurídica do condomínio edilício, habilitando-o a receber doação imobiliária e a atual visão dos Tribunais, demonstram a necessidade de superar as concepções antigas existentes sobre o tema, elevando o condomínio edilício ao patamar de sujeito de direito e dever na ordem jurídica.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Felipe Fernandes de. Empresários urbanos e produção do espaço residencial: condomínios-clube na Zona Sul de Natal (RN). urbe. *Revista Brasileira de Gestão Urbana* (Brazilian Journal of Urban Management), v. 7(1), p. 106-121. jan./abr. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providencias. CCBR, 1928. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D5481.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D5481.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.234, de 8 de fevereiro de 1943. Modifica o art. 1º do decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928. DOU, de 10/02/1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del5234.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del5234.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. DOU, de 09/09/1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Lei nº 285, de 5 de junho de 1948. Modifica a redação do artigo 1º do Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, e revoga o Decreto-lei número 5.234, de 8 de fevereiro de 1943. DOU, de 10/06/1948. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L285.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L285.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. DOU, de 05/01/1916. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. DOU, de 21/12/1964. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4591.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965. Cria Medidas de estímulo à Indústria de Construção Civil. DOU, de 30/12/1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4864.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4864.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. DOU, de 31/12/1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU, de 01/01/2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DOU, de 17/03/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03/07/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 79732-SP. Processo nº 94.03.079732-0. Relator Desembargador Roberto Haddad. Data de julgamento: 26/05/1998. Publicação DJ 15/09/1998, p. 321.

FIUZA, Cesar. *Curso completo de direito civil*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – direitos reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70069628204 (nº CNJ: 0173014-59.2016.8.21.7000). Relator: Desembargador Giovanni Conti. Data do Julgamento: 30/06/2016. Publicação: 12/07/2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 5. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2017 (ebook).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Câmara Especial Temporária de Direito Civil. Apelação Cível nº 2003.001072-6. Relator: Desembargador Luiz César Medeiros. Julgado em 12/08/2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº 2013.014872-6. Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista. Julgado em: 07/05/2015.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo : Editora Método, 2012.

TORRADO, Jesús Lima. Antecedentes normativos de los derechos humanos en la baja edad media. *Revista Direito UFMS*. Campo Grande, MS - Edição Especial. p. 7-34. jan./jun. 2015

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – direitos reais*. 3. ed. São Paulo : Editora Atlas, 2013.



## LINHA EDITORIAL

### FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* se encontra permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceita contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos internacional e interno.

### SUBMISSÃO

Os trabalhos são recebidos em fluxo contínuo e devem ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

### FORMATAÇÃO

**Os artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), devem obedecer às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências, que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos

devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deve ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

### AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos são avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examina a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço

disponível para publicação. Após essa etapa, o texto é enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são doutores e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões são

enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

#### DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.