

REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2017 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
MATO GROSSO DO SUL

Reitor

Marcelo Augusto Santo Turine

Vice-Reitora

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Ruy Alberto Caetano Filho

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Nalvo Franco de Almeida Júnior

Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Luciane Gregio Soares Linjardi

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

Mestre – Fadir/UFMS

Flávio Garcia Cabral

Doutor – 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

Heleno 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 Araujo

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

JVD

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| EDITORIAL | 5 |
| Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho | |
| ARTIGOS | |
| THE CONTRIBUTION OF FEMINIST THEORY AND PRACTICE TO HUMAN RIGHTS | 7 |
| Margaret Griesse | |
| THE OGONI CASE REVISITED: SHOULD CORPORATIONS, LIKE STATES, BEAR OBLIGATIONS TO RESPECT & PROTECT HUMAN RIGHTS? | 37 |
| Tinomudaishe Chinyoka | |
| TRANSNATIONAL NORMS AND CONSTITUENT POWER: BIOPOWER CONNECTIONS | 53 |
| Vinícius Leão de Castro Laryssa Mayara Alves de Almeida Gustavo Rabay Guerra | |
| LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA EN LA CONFIGURACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ | 65 |
| Sergio Alejandro Rea Granados | |
| URBANIZAÇÃO E CIDADANIA: CONFLITOS E CONTRADIÇÕES DA CIDADE CONTEMPORÂNEA | 85 |
| Tatiane Burmann Daniel Cenci | |
| RELAÇÃO ENTRE A TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS DE JOAQUÍN HERRERA FLORES E A PSICANÁLISE FREUDIANA | 103 |
| Heron Fernando de Sousa Gonzaga Maria Augusta Jorge Francisco Infante Ruiz Carolina Proner | |

| | |
|---|-----|
| DIREITOS HUMANOS E DECORO PARLAMENTAR: SOBRE A POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO DE MANDATO POR DISCURSO DE ÓDIO | 123 |
| Alessandro Soares | |
| DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO MIGRATÓRIA: O TRABALHO INFANTIL NO CONTEXTO DA MIGRAÇÃO ENTRE OS PAÍSES DO TRIÂNGULO NORTE DA AMÉRICA CENTRAL E OS ESTADOS UNIDOS | 153 |
| Ismael Franciso de Souza Johana Cabral | |
| DIREITOS HUMANOS, COMUNIDADES TRADICIONAIS E BIODIVERSIDADE: DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL | 175 |
| Joseliza Alessandra Vanzela Turine Maria Lígia Rodrigues Macedo | |
| SUSTENTABILIDADE E DECOLONIALIDADE: BASES FUNDANTES DE UM ESTADO PLURINACIONAL | 195 |
| Roberto José Covaia Kososp José Edmilson de Souza Lima | |
| DESENVOLVIMENTO, DISTRIBUIÇÃO DE RENDA E SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: ALGUMAS INTER-RELAÇÕES | 217 |
| Marisa Rossignoli Cristiano Floriano Saneshima | |
| PARADOXOS DA GLOBALIZAÇÃO, FRONTEIRAS CULTURAIS E DIREITOS HUMANOS | 241 |
| Antonio Hilário Aguilera Urquiza Leonardo Cavallini Ribeiro | |
| RESPONSABILIDADE CIVIL E SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA NO CONTEXTO DO DIREITO DOS DESASTRES | 261 |
| Thamara Estéfane Martins Balbino Deilton Ribeiro Brasil | |
| A COMPULSÃO DE CONSUMO TRANSFORMADA EM VÍCIO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE BAUMAN E LIPOVESTKY | 281 |
| Dennis Verbicaro Caio Gabriel da Silva Motta | |
| A PESSOA COM SÍNDROME DE DOWN E O DIREITO À SEXUALIDADE | 299 |
| Glauber Salomão Leite Antonio Albuquerque Toscano Filho | |
| LINHA EDITORIAL | 321 |

EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Edição de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Além disso, conta com a gentil contribuição da ilustre professora estrangeira convidada, Margaret Griesse, pesquisadora vinculada à Universidade de Washington.

Além da Professora convidada, 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 dos doutorandos Tinomudaishe Chinyoka, vinculado à Universidade de Pretoria, e Sergio Alejandro Rea Granados, da Universidade do Chile. Ademais, destaca-se o artigo em língua inglesa dos autores Vinícius Leão de Castro, Laryssa Mayara Alves de Almeida e Gustavo Rabay Guerra e o artigo escrito pela professora Tatiane Burmann, em comunhão com o professor doutor Daniel Cenci, a qual é doutoranda em direito pela Universidade de Lisboa.

Cumpramos-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/DIR/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto a 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, Oaji.net, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos 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, verão de 2017.

Livia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho
Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

THE CONTRIBUTION OF FEMINIST THEORY AND PRACTICE TO HUMAN RIGHTS

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA E PRÁTICA FEMINISTA PARA OS DIREITOS HUMANOS

Margaret Griesse
PhD, Senior Lecturer
School of Interdisciplinary Arts and Sciences
University of Washington, Tacoma
Tacoma, Washington, USA.

AUTORA CONVIDADA

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5355>

Abstract: While it was primarily been propertied, male, European thinkers who have advanced the idea of the individual subject worthy of rights, this essay argues that feminist theory and practice are the current driving force for the expansion of human rights. The article examines primary elements of feminist theory, particularly the intersectional approach and the critique of the public/private divide. It also examines feminist practices by taking the case example of the women's movements in Brazil. The author calls for the recognition of feminist theory and practice as universalizing and expanding the narrow conceptions of the 'human' inherent in the initial writings and in jurisprudence.

Keywords: Feminist theory and practice; Intersectionality; Public and Private spheres; Human Rights; Brazil women's movements.

Resumo: *Embora foram principalmente pensadores, proprietários, europeus, masculinos que tenham avançado a ideia do sujeito individual digno de direitos, este ensaio argumenta que as teorias e as práticas feministas são a força motriz atual para a expansão dos direitos humanos. O artigo examina elementos primários das teorias feministas, particularmente a abordagem interseccional e a crítica da divisão público/privado. O artigo também examina as práticas feministas, tomando o exemplo do caso dos movimentos das mulheres no Brasil. A autora reivindica o reconhecimento da teoria feminista e da prática como universalizante, expandindo as concepções estreitas do 'humano' inerente aos escritos iniciais e à jurisprudência atual.*

Palavras-chave: *Teoria e prática feminista; Interseccionalidade; Esferas públicas e privadas; Direitos humanos; Movimentos de mulheres brasileiras.*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Women's rights are human rights. 3. Feminist theorizing. 3.1. Feminist Collaborative Reflective Practices and Epistemology. 3.2 Intersectionality. 3.3 Critique of the Public and Private Spheres. 4. Feminist Practice. 4.1 Brazilian case – 1960-1980s. 4.2 Brazilian case- Intersectional Feminism. 4.4 Brazil Case – From Private to Transnational. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

Scholars who write on the historical development of human rights most often cite the works of well-known propertied, able-bodied, European, male thinkers as the precursors to the writers of the Universal Declaration of Human Rights. Either for reasons of wealth, time for contemplation, and access to academic life and publishing, these men had the conditions available for the work of advancing the notion of an individual subject worthy of rights. I do not intend to refute this trajectory now. Rather, I would like to call attention to the development of human rights discourses and practices after the writing of the Universal Declaration of Human Rights in 1948. If propertied, European, men were the instigators of the efforts to define, theorize and articulate human rights in the past; women are currently the driving force for the expansion in theory and practices that promote human rights today. To support this claim, I will examine some primary elements of feminist theory and practices to elucidate the extent of the current feminist promotion of human rights. The universalization of feminist theory and the implementation of feminist practice can and has led to broadening the narrow conceptions of the 'human', apparent in the initial writings of the founding fathers and current jurisprudence. Finally, by focusing briefly on the Brazilian case, I will show how women have used creative strategies from their local participation in diverse groups to expand notions of rights and question the limits of the public/private divide to their international participation in redefining the categories and boundaries of international law.

2 WOMEN'S RIGHTS ARE HUMAN RIGHTS

Historians of human rights often begin recounting the ideas that foreshadowed human rights theories by examining what has become the canon of human rights historical writings: the Code of Hammurabi, Plato's Republic, the Meditations of Marcus Aurelius, or the Confessions of St. Augustine and so on.¹ As

¹ See the content of the following books on Human Rights: HAYDEN, Patrick. *Philosophy of Human Rights*, (St. Paul, MN: Paragon House, 2001); SMITH, Rhona. *Textbook on International Human Rights*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010); ISHAY, Michele. *The History of Human Rights*, (Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 2004).

the chronology progresses, human right's historians focus on European thinkers such as Francis Bacon, René Descartes, John Locke and Jean Jacques Rousseau. These are followed by Adam Smith, Thomas Paine, John Stuart Mill among other European enlightenment thinkers, who together formed the theoretical basis for the later development of the assertion that all human beings have universal individual rights which was eventually enshrined in the 1948 Declaration of Human Rights. Depending on the inclinations of the historian, an occasional non-European may grace the list, such as Confucius, or even a woman, of whom Mary Wollstonecraft is often a favorite (HAYDEN, 2001).

This registry of ideas is founded primarily on the historical and geographically localized claims that emerged during the development of the nation-state in Europe. These scholars disputed ideas of national sovereignty, democratic governance and equality, which led to the construction of declarations of rights and the emergence of revolutions for liberty from authoritarian rulers. Discussion on the rights of citizenship was brought to the fore with the historical event of the European Holocaust and the question of how to respond when a State choses to destroy its citizens rather than protect them. The subsequent writing of the Declaration of Human Rights resulted in an advancement in Human Rights theory and the development of practical implications to protect the rights of citizens. However, in discussions following the declaration, it became apparent that the 'human' in human rights continued to be based on the model of an autonomous, free individual that most resembled a propertied, able-bodied, European, white male who could assert his claim of human rights before a potentially authoritarian state.

Due to the contingent and historical nature of human rights development, the declaration did not contemplate all of the possible ways of being human or all of the geographic, cultural, political, social or economic conditions in which a human being may live. With the realization that the subject of human rights was narrowly defined, theorists, activists, and leaders, among others, worked to expand the subject of human rights to include and affirm the specific rights of people who were not sufficiently addressed in the first declaration. Therefore, subsequent human rights declarations, conventions, conferences and protocols have included the rights of women, minorities, children and adolescents, immigrants and refugees, indigenous peoples, people with disabilities, prisoners and so on, as they defined these rights within their particular context.² These

² The United Nations Human Rights Office of the High Commission has organized the subsequent Declarations, Conventions, Rules and Protocols that have expanded conceptions of human rights beyond that of the original declaration. These subsequent document include but are not limited to: The Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women (1979); Declara-

documents provided symbolic and theoretical justification as well as practical means for the inclusion of these other identity categories into the umbrella conception of 'human.' They also provide for the development of new ways to theorize rights based on the standpoint of women and other marginalized groups, which shed light on some of the distortions in human rights thinking up until that time.

Since the 1948 Declaration, and due, in part, to the United Nations support of women throughout the Decade of the Woman (1975-1985) and subsequent follow-up conferences, women have become a primary force in human rights developments. Their primary work has been to expand the notion of human to include women. For instance, the apparent need to include women and the girl-child as human beings can be found in the Declaration of the UN World Conference on Human Rights (Vienna 1993) which states: "The human rights of women and of the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights."³ The fact that writers of this document chose to reiterate the humanness of women and the girl-child exposes the previous male-centered conception of human rights.

In addition to insisting on the inclusion of women within the category of human, women have proceeded to include women's concerns and lived experiences within the subject matter of human rights and have come up with vocabulary and theoretical concepts to discuss these issues. The Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women of the Organization of American States held in 1994 in Belém do Pará, Brazil defined violence against women as "whatever action or conduct based on gender that causes death, injury or physical, sexual or psychological suffering to women, within the public as well as private sphere."⁴ This definition was followed by a

tion on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict (1974); Declaration on the Elimination of Violence against Women (1993); Convention on the Rights of the Child (1989); Declaration on the Rights of Persons with Disabilities (1975); Convention relating to the Status of Stateless Persons (1954); Protocol relating to the Status of Refugees (1966); International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1965); United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007); Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984); United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (2015); International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990); Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (1949) The Vienna Declaration and Program of Action (1993) and so on. Access to these documents can be found at the following site: Universal Human Rights Instruments, *United Nations Office of the Higher Commission*, accessed November 6, 2017, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>.

³ Vienna Declaration and Program of Action, *United Nations Office of the Higher Commission*, accessed November 6, 2017, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>

⁴ Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women Belém do

list of protected rights, the responsibilities of the States, and the Inter-American mechanisms of protection. This document introduces some important concepts to the discussion of violence against women: violence against women is considered to be a *violation of human rights*; the category 'gender' is employed; the notion of the right to a life without violence is conceived; besides physical violence, sexual and psychological violence are given visibility; and both the private and public sphere (including residence, community and State) are considered to be spaces where violence against women occurs. This document affirms again the humanness of women but it also demonstrates the contribution of women to the discussion on human rights by bringing in the new theoretical language of gender, conceptualizing violence beyond physical force, and it interrogating the theoretical divisions of public and private which permeate the ideas of statehood (PIOVESAN, 1999).

The Third International Conference on Population and Development held in Cairo in 1995 resulted in a document that once again reinforces the universal 'humanness' of women and the girl child.

The Human Rights of women and the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights. The full and equal participation of women in political, civil, economic, social and cultural life, at the national, regional and international levels, and the eradication of all forms of discrimination on the grounds of sex are priority objectives of the international community.⁵

The document discusses the need to improve the situation of women in regards to the family, work, health, urbanization and migration, and education. It also discusses the particular situation of adolescents and girls, the elderly, migrants and refugees, aboriginal populations and the disabled. Therefore, it acknowledges the multiple variables in the lives of women and proposes policies in accord with these distinct contexts.

Finally, Hillary Rodham Clinton's famous speech at the United Nations Fourth World Conference on Women in Beijing reiterated what women had been saying for some time:

If there is one message that echoes forth from this conference, let it be that human rights are women's rights and women's rights are human rights once and for all (CLINTON, 1995).

Pará (1994) *Organization of American States*, accessed November 6, 2017, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>.

⁵ United Nations Population Fund Programme of Action (1995), *International Conference on Population and Development*. Part I Para 18. Accessed November 21, 2017, http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf.

These few examples provide a sampling of how women have contributed to the vocabulary and conceptualization of human rights, have exposed the male-centered perspective which permeates the theory and documents, and have affirmed and centered identities and conditions that are not often contemplated within previous human rights theory and documents. In what follows I will build on this claim that women have become the propelling motor behind the implementation of practical work needed to guarantee the human rights of people as well as the theoretical basis for including all peoples within the conceptualization of 'human.' This is not intended to be a thorough revision of feminist participation in human rights work for such a project would require more space than this article can provide. However, by examining two basic areas of feminist theoretical contribution, namely, the intersectional approach and the theorization on the public/private divide, I intend to show that feminist theory provides some of the most rigorous justifications for a truly inclusive understanding of human rights. While women played a more adjoining role in the past, they are now actively participating in the production of human rights theories and practices. However, before presenting specific feminist theories, I want to take a look at the way in which feminism is understood within the context of human rights.

3 FEMINIST THEORIZING

Because feminist theory has often started from the standpoint of women, it has been criticized as limited to *only* women and therefore, incomplete, narrow, and provisional. However, when women's rights are universalized, they provide alternative visions of justice that are relevant not only to women but to all members of society. Feminists have argued that the so-called 'universal' standards or rights that have been developed in Europe, come from the restricted lives of privileged men. Once the parochial nature of the universal was unveiled, feminists led the way for an expanded theoretical understanding of humanness. Thus by questioning this standard, feminists have opened up the possibilities for building more inclusive concepts of rights. Women's rights have not been the prerogative of only political scientists and jurists, for feminists have made inroads to almost all fields of inquiry and have developed multi- and interdisciplinary means to broaden knowledge of the human condition. It would be difficult to find an area of study that has not been touched by feminist theory. Feminist theory and practice have contributed to the areas of the philosophy, psychology, sociology, anthropology, law, cultural studies, criminal justice, urban planning, literature, biology, medicine and so on. The outpouring

of feminist academic literature in the past 50 years has been phenomenal.⁶ In attempting to provide theoretical explanations for women's oppression, feminists have continued to analyze existing paradigms and incorporate new sets of ideas and feminisms.⁷ Thus feminism far from being limited, has expanded into almost all areas of inquiry.

This process has not been seamless; divisions have emerged that have not been completely resolved. Scholars have demonstrated that feminist theory has not always been as inclusive and free of oppressive thinking as the emancipatory rhetoric may imply. To be sure, women have been called out by other women for their racial, ethnic or colonial bias.⁸ In this essay, I use the term, feminist, to refer to those who have been working against gender oppression as well as other forms of oppression and who have developed theories and practices to promote the rights of women as well as the rights of all people. As Barbara Smith points out, feminism must concern itself with the emancipation of all people to truly be authentic feminism.

Feminism is the political theory and practice that struggles to free all women: women of color, working-class women, poor women, disabled women, Jewish women, lesbians, old women—as well as white, economically privileged, heterosexual women. Anything less than this vision of total freedom is not feminism, but merely female self-aggrandizement (SMITH, 1998, p. 96).

For this reason, only an inclusive understanding of 'feminist' propels advances in human rights theory and practice; while the work and practice of individual women, may or may not. While women cannot claim to be intrinsically more democratic, non-authoritarian or open to discussions and egalitarianism, the reflective practice, built into feminist theorizing and methodology, acts as a corrective and reinforces the feminist commitment to include the struggles of all people, which, in turn, enables the continuous development and adaptation of theories and practices. Due to these continued debates and dialogues, feminist

⁶ See for example: CODE, Lorraine. *Encyclopedia of Feminist Theory*. New York: Routledge, 2004.

⁷ For example, the fifth edition of *Feminist Thought* by Rosemarie Tong and Tina Fernandes Botts (New York: Westview Press, 2018) divides Feminism into 10 basic categories: Liberal Feminism, Radical Feminism, Marxist and Socialist Feminisms, Women of Color Feminisms in the US, Women of Color Feminisms on the World Stage, Psychoanalytic Feminism, Care-Focused Feminism, Eco feminism, Existentialist, Poststructural and Postmodern Feminisms, Third-Wave and Queer Feminisms.

⁸ There are numerous publications on the biases of "white" feminism. See for example: LORDE, Audre. *Age, Race, Class, and Sex: Redefining Difference*. In: ANDERSON, Margaret L; COLLINS, Patricia Hill. *Race, Class and Gender*. 2nd ed. Belmont. CA: Wadsworth, 1995.; HOOKS, Bell. *Feminist Theory: From Margin to Center*. Boston: South End Press, 1984; and MOHANTY, Chandra Talpade. *Under Western Eyes*. *Feminist Review*, n. 30, Autumn 1988, p. 61-88; ABU-LUGHOD, Lili. *Do Muslim Women Really Need Saving?* *American Anthropologist*, 104, n. 3, September 2007, p. 783-790.

reflective practices have made sizeable contributions to human rights theory and practice.⁹

3.1 FEMINIST COLLABORATIVE REFLECTIVE PRACTICES AND EPISTEMOLOGY

Nancy Naples argues that the collaborative reflexive process, which has become integral to feminism, encourages a reevaluation and revision of strategies to further inclusion, empowerment and deliberation (NAPLES, 2013). From the consciousness raising groups of the 1970s in the United States to the collaborative women's collectives of India, feminist practice has incorporated ideas of democratic processes, self-reflection and continual revision. Particularly standpoint theory has demonstrated how converging perspectives can create robust theoretical and practical contributions. Patricia Hill Collins argues that by collectively reflecting on their condition, women, particularly those in the margins, produce knowledge that is formulated from their lived experiences and which names the forms of oppression and power relations within their communities and broader society (COLLINS, 1991). In the same vein, Dorothy Smith identifies the ruling relations or institutional complexes which emerged from a capitalist and patriarchal processes and which coordinate and rule over the everyday lives of those who are subject to its administrative regimes (SMITH, 1987). Sandra Harding argues that starting research from the standpoint of women can actually produce a 'strong objectivity' in comparison to that begun from a so-called neutral position, since biases are impossible to remove (HARDING, 1986). This epistemological approach claims the situated nature of knowledge, gives recognition to the knowledge produced among marginal groups, which is often silenced or disregarded, and privileges this knowledge as better equipped to locate distortions within the system, since it is most often marginalized people who are most aware and who experience the effects of these distortions. Dialogue with other social actors who have generated their own situated knowledges offers a more comprehensive understanding of 'ruling relations' and combines the locally produced knowledge with a global dimension of interrelated processes. Equipped with a comprehensive analysis, these diverse actors can collectively design social actions that promote human rights.

Additionally, transnational feminist praxis has shown how local struggles connect to larger global structures and have observed the challenges of women

⁹ Nancy Naples makes a similar argument in respect to democratization processes and feminist praxis. See: NAPLES, Nancy. *Sustaining Democracy: Localization, Globalization, and Feminist Praxis*. *Eastern Sociological Forum*, 28, n. 4, Dec 13, 2013, p. 657- 668.

who must navigate between the struggles against local patriarchal practices and resistance to colonialist and imperialist notions. The conferences for the writing and articulation of the human rights documents offered platforms for feminists to share and articulate their concerns within an arena legitimized by larger institutions such as the United Nations and they equipped feminists with strong symbolic justifications for the implementation of policies within their own countries as well as offering the opportunity for developing networks. Reflexive dialogue among international actors has increased respect for situated knowledges while building broader networks and coalitions among actors. It is exactly this process of continual self-reflection and striving toward inclusion and non-oppressive measures that has propelled feminist theory, however imperfect and complex that process has been. Feminist theorizing, for the most part, has maintained this element of continual reflexivity and concern for egalitarianism, equity and freedom from oppression and, therefore, represents one of the most robust forms of theorizing for the advancement of human rights today.

In what follows, I will present two areas of feminist inquiry that have had substantial impact on feminism and human rights theorizing. This is not an attempt to provide an exhaustive analysis of feminist theories or even of these theories or their consequences; rather, it proposes to demonstrate the importance of feminist theory in the evolution of human rights thinking.

3.2 INTERSECTIONALITY

Because feminist theory focuses its analysis on women's experience and because women are represented in all oppressed groups related to race, ethnicity, nationality, religion, disability, sexuality and so on, such theorizing must necessarily concern itself with the conditions of all disempowered peoples. Consequently, feminists have advanced theory according to their multiple identities and forms of oppression: Black feminist studies, Asian feminist studies, Latina and Latin American feminist studies, Indigenous feminist studies as well as feminist post-colonial studies, feminist lesbian and queer studies, feminist labor studies, feminist disability studies, feminism and religion and spirituality or more specifically feminism and Christianity, feminism and Islam, feminism and Judaism, feminism and Indigenous religions and cultures.¹⁰ The list continues. Few disciplines could

¹⁰ For a short sampling of the enormous output on the differing areas of feminist inquiry see: Becky Thompson "Multiracial Feminism: Recasting the Chronology of Second Wave Feminism," *Feminist Studies* 9 no 2, (Summer 2002); Gwyn Kirk and Margo Okazawa-Rey (eds), *Women's Lives: Multicultural Perspectives*, 6th Ed, (New York: McGraw 2002); Patricia Hill Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, (Boston:Unwin Hyman, 1990); Cherie Moraga and Gloria Anzaldúa, eds., *The Bridge Called My Back:Writings by Radical Women of Color* (New York:Kitchen Table, Women of Color Press, 1981); Chandra Talpade Mohanty, Ann Russo and

boast such a broad and rich field of inquiry. Feminist contribution to the body of knowledge has been extraordinary. Too often, these authors and perspectives are disregarded due to their so-called partial perspective, while those theories privileging male perspective are considered universal.

Just the same, it is not enough that feminists engage in varied and separate fields of study as if they were mutually exclusive; since women's experience is complex and multifaceted, so too should be the theorizing about women's lives. The intersectional approach has provided feminist theorizing with an inclusiveness and complexity to decipher the myriad ways in which human beings experience their lives and in the ways human rights can be understood.

The intersectional approach first coined by Crenshaw, but evident in the historic writings of marginalized women, identifies and emphasizes the interconnection between the various forms of oppression and privilege.¹¹ Intersectionality marks a step forward in theorizing about human rights as it argues that the theoretical separation of the axes of race and gender results in a denial of the condition of women experiencing these forms of oppression simultaneously. For instance, Crenshaw demonstrated how the law in the United States had not discriminated against Black women due to gender discrimination or race discrimination separately, but due to the confluence of both. She also shows how an intersectional analysis can expose how laws against rape have been used to protect white women but rarely Black women and that Black men have been the primary target of the laws. Thus a law which purports to protect women, is actually used to maintain racial and gender discrimination. The focus on only the most privileged members of a marginalized group obscures the claims of those who are multiply burdened. In this case, race-privileged women or gender-privileged Blacks marginalize the lives of Black women (CRENSHAW, 1989).

Lourdes Torres, *Third World Women and the Politics of Feminism* (Bloomington: Indiana University Press, 1991); Paula Gunn Allen, *The Sacred Hoop: Recovering the Feminine in American Indian Traditions* (Boston: Beacon Press, 1986). Carol Christ and Judith Plaskow, *Women's Spirit Rising: A Feminist Reader in Religion*, (San Francisco: Harper Collins, 1992); Lila Abu-Lughod (ed), *Remaking Women: Feminism and Modernity in the Middle East*, (Princeton: Princeton University Press, 1998); Elizabeth Weed and Naomi Schor, *Feminism meets Queer Theory* (Bloomington: Indiana University Press, 1997)

¹¹ For examples of forerunners who contributed to the idea of Intersectionality see: Sojourner Truth, *Ain't I a Woman* in Howard Zinn and Anthony Arnove, *Voices of a People's History of the United States*, (New York: Seven Stories Press, 2004); Anna Julia Cooper, *A Voice from the South* Accessed on November 30, 2017, <http://docsouth.unc.edu/church/cooper/cooper.html>; Akasha Hull, Patricia Bell Scott and Barbara Smith, *But Some of Us are Brave*, (City University of New York: Feminist Press, 1982); Patricia Hill Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, (Boston: Unwin Hyman, 1990); For the first article coining the term see: Kimberlé Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics," *University of Chicago Legal Forum*: 1, Article 8. (1989), Accessed on November 30, 2017, <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>.

Although race, class and gender constitute the three major categories that feminists have focused on in the analysis of oppression, an intersectional framework allows for the analysis of other forms of oppression as they are identified by women. Some feminists have pointed out how ‘woman’ is most often understood only in relationship to heterosexual relationships with men¹² and have discussed the shifting identities women of color experience in the overlapping of sexual orientation with racial identity.¹³ Postcolonial women have underscored the importance of discussing imperialism, colonialism and militarization.¹⁴ Often postcolonial women find themselves in difficult situations due to their feminist and nationalist loyalties and until feminism is understood in its multiplicity these problems will continue to exist

While Crenshaw developed the concept of intersectionality to demonstrate discrimination in the United States, particularly against Black women, she also shows how the work against international trafficking of women needs to include an analysis of who these ‘women’ are, where they are from, their age and ethnicity, so that the multiple phenomena of trafficking and the particular conditions of the women who are trafficked can be better understood. She also problematizes the international discussions among women by analyzing the intersections of gender, neo-colonialism, race and class. While women from the global south may be discriminated against due to neo-colonial ideologies, they may also represent privileged groups according to race and class within their own countries (CRENSHAW, 2002).

In the analysis of these relationships it is clear that women hold differing positions of power and privilege. The tendency by some feminists to universalize women’s victimization has disguised how women have contributed to the exploitation and oppression of other women by putting the blame on men only.

¹² See for example: Judith Butler, *Bodies that Matter: on the discursive limits of “sex”*. (New York:Routledge 1993); Adrienne Rich, “Compulsory heterosexuality and lesbian existence.” *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 5 no. 4 (1980): 631-660.

¹³ See for example: Surina Khan, “The All-American Queer Pakistani Girl,” In Gwyn Kirk and Margo Okazawa-Rey, *Women’s Lives*, 6th ed. (New York:McGraw Hill, 2013); Alex Wilson, “How We Find Ourselves: Identity Development and Two Spirit People.” *Harvard Educational Review* 66, No. 2, (July 1996): 303-318. Nadine Naber, “Decolonizing culture: Beyond orientalist and anti-orientalist feminisms,” In R. Abdulhadi, Evelyn Alsultany, & Nadine Christine Naber, *Arab & Arab American feminism: Gender, violence, & belonging*, (Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 2011): 78-90.

¹⁴ See for example: Peter R. Beckman and Francine D’Amico, *Women, gender and world politics: Perspectives, policies and prospects*. (Westport:Bergin & Garvey, 1994); Sherin M. Rai, & Geraldine Lievesley (eds.), *Women and the state: International perspectives*. (Lodon/Bristol: Taylor & Francis, 1996); Gita Sen & Caren Grown, *Development, crises, and alternative visions: Third world women’s perspectives*. (New York: Monthly Review, 1987); Naila Kabeer *Reversed realities: Gender, hierarchies in development thought*, (London/New York: Verso, 1994). Carol Cohn *Women and wars*, (Cambridge, UK ; Malden, MA:Polity Press, 2013).

Others argue that claiming collective victimization for one's personal identity is to exploit the real situation of abuse by using it for one's advantage (KAPPELER, 1995).

The universalism of western feminism has been attacked by postcolonial women and women of color because of its totalitarian tendencies. The current debate on diversity has resulted in the development of theories which bring to light totalitarian tendencies within universal theories and which value the diversity of perspectives on the very definition and understanding of women. This debate has provided interesting insights to the construction of knowledge and the development of 'normative' standards and many feminists have shed notions of grandiose monocausal conceptions of oppression and diverted their attention to emphasize diversity, context and specificity.

The recognition that the protection of women's rights depends not only on protection against gender discrimination but also against a wide range of other forms of oppression was a theoretical innovation provided by the intersectional approach. It is often in the way that these forms of identity intersect that vulnerabilities are identified. There is the realization that while women are subject to gender discrimination, there are differences among women related to their social identities such as class, caste, race, color, ethnicity, religion, national origin, sexual orientation and identification. This approach makes it possible, at least theoretically, to include the discussion of all forms of oppression and privilege. The intersectional approach has resulted in interdisciplinary examination of human rights and a cross-fertilization of theories. The acknowledgment that feminist analysis could not be achieved only through the lens of gender and that it must necessarily include understanding and the theoretical integration of other forms of oppression, opened the door for the inclusion of much more nuanced and previously invisible rights claims within the feminist analysis.

Obviously, such a theoretical innovation serves not only women, but also all who hope to be included as subjects of human rights. Feminist intersectional analysis helps us understand how power and privilege interconnect with oppression and discrimination by demarginalizing oppression and decentering privilege. Such a multifaceted analysis is essential in developing ideas and practices towards human rights.

3.3 CRITIQUE OF THE PUBLIC AND PRIVATE SPHERES

One of the main targets of feminist critique has been the divisions between public and private and the recognition that human rights should be extended

and understood beyond the realm of state action and litigation. Women's representation, traditions and private practices within her culture also bar women from gaining full access to human rights. If rights are considered as having validity only in the public sphere, than women who are relegated to the private sphere, who cannot enter the public sphere, have no recourse to the law (JOHNSTON, 2006). Likewise Rao explains:

Since the two spheres are distinctly gendered, and unequally weighted by definition, it is difficult to conceptualise violations of women's rights in the private sphere in a fashion that is coherent as well as consistent with the language used to describe violations in the public sphere (RAO, 1993, p. 62-81).

She argues that the privileging of the heteronormative family unity makes violations against women within the private sphere unrecognizable since their female bodies are subsumed (legally or culturally) under the husbands legal privilege. Therefore, she calls for the legitimation of the private realm as an area of human rights concern (RAO, 1993).

Feminists have generated a voluminous body of scholarship on the arbitrary demarcations of private and public. Women who denounced domestic violence or rape had to deal with attempts by the defense to disqualify the crime by questioning the women's personal, 'private' life. Women who suffered violence had to respond to accusations concerning their faithfulness as wives, their dedication to their family and home, their sexuality and their femininity. Schneider gives examples of the selective application of the law in regards to private/public spheres especially in relation to pregnant women and battering men. She cites several examples of pregnant women who were charged with criminal child abuse for drinking or drug use while they sought medical services for injuries sustained as a result of battering (SCHNEIDER, 1994). While white male domestic privacy has been most often protected, female domestic life has been held up to public scrutiny. Likewise, sexual control over women in the domestic sphere can seriously hinder their performance in the economic sphere as can men's 'private' sexual harassment of women in the workplace. Thus, as Fraser argues against Habermas, for many women the division between domestic and economic is not always so clear (FRASER, 1985).

These categories are also stratified according to class and race. Crenshaw discusses how people of color have attempted to construct their privacy as a haven from a racist society. This poses a problem for those people of color in need of police protection who must make hard choices between intervention by a racist law enforcement system or lack of protection (CRENSHAW, 1989). Historically in

the United States, people of color or low-income people have not had the same right to privacy as middle-class white men. Likewise, Eaton gives examples of how law enforcement and the legal system did not acknowledge or respect the private lives of homosexuals (EATON, 1994). Therefore, feminists have argued that we should understand the division between the private and political not as a static and rigid demarcation but rather as a line drawn according to cultural norms which curves and breaks in relation to social categories such as gender, class, race, sexual orientation and so on (SCHNEIDER, 1994).

Internationally, feminists have questioned the definition of torture as primarily a state directed practice, which disregards the private abuses that women face within the domestic sphere (MACKINNON, 1989). Other feminists have shown how development planners have ignored their needs and enacted policies that seriously hindered their access to food and water; thereby seriously compromising their role as providers of these resources. Economic policies of international capitalism, while purporting to provide 'public' benefits, adhere to the ideology of a free-market based on the 'private' decisions of a particular industry (SEN; GROWN, 1987). In these situations, industrial control of the line between public and private is more likened to a carefully choreographed dance. Feminist critique of the private/public divide has exposed the abusive power of institutions such as religious and educational institutions and practices of private business corporation who might have otherwise escaped detection by the state-focused understanding of human rights (BINION, 1995).

Feminists theorists have also interrogated the conceptualization of culture as an untouchable 'private' sphere of action and abuse and provided necessary theoretical critique with practical implications. In numerous cases, culture has been used to pardon the mutilation of women, the killing of female babies, the exclusion of women's participation in public life or blocking of her movements from place to place (BINION, 1995). Feminists have asked why these types of oppression against women are allowed a culture defense when other areas of actuation, such as corporal punishment, authoritarian regimes and apartheid were not. Mindful of the intersection with neo-colonial disregard for non-Western cultures, feminist theorists have interwoven the post-colonial critique with feminist theory and called for complex cultural dialogues, which incorporate feminist, religious, cultural critique in order to further human rights (BENHABIB, 2002).

The division between private and political is a key topic in feminist theorizing. What could be considered political and what could be considered private are not fixed notions but vary according to culture and historical period. The slogan 'the personal is political' was an attempt by feminists to contest the sexist ideology

which supported and defined these divisions and to bring issues, which were until then hidden within the private sphere such as domestic violence, birth control and child care, out into public/political discussion. Yeatman criticizes the individual/society and femininity/masculinity dichotomies, which are superimposed on the domestic/public division made within sociological theory (YEATMAN, 1986). Fraser argues that the categories 'private' and 'public' are not divided between women and men respectively since the sphere of women's activity has not always been just the private and likewise, men's just the public. Feminists, rather than attempting to destroy these spheres have shown the political and ideological character of these categories and how through sexual hierarchy these divisions give more power to men than to women. For example, Eschtain critiques the feasibility of the slogan 'the private is political' and the conceptualization of the private within radical feminist discourse. Eschtain argues that feminism should not be about converging the public into the private or vice versa but rather reconstructing the spheres based on ethical imperatives of dignity, equal participation and aesthetic standards (ESCHTAIN, 1981).

There has been abundant discussion on how feminists should conceptualize the private. Schneider argues that rather than perceive privacy as protection from interference it would be more fruitful to construe it in terms of the affirmative concept of liberty towards autonomy, self-expression and development; of freedom to choose in regards to the basic decisions of one's life; as freedom from intrusion or restraint; and freedom to care for and express oneself. Under this understanding of privacy, reproductive choice is conceived as allowing women to become full persons and to participate fully in society. In terms of battered women, this notion of privacy could be used to articulate the needs of battered women who seek autonomy, freedom of choice, self-expression, self-determination and freedom from battering and coercion.

The strong reaffirmation at the Vienna Convention of 1993 of the universality of the economic and social dimensions (often relegated to the private sphere) as well as the political (public) dimensions to human rights was due to the undeniable influence of women who understood the interconnections among these different dimensions and the power of oppression that each could exert (BINION, 1995). Based on this critique of the private/public chasm, feminist participants in the Fourth World Conference on Women in Beijing in 1995, supported a three-prong understanding of state responsibility. These three prongs identifies the state's failure to respond to human rights violations as (1) the failure to respect human rights which would include state sponsored violations; (2) the failure to protect human rights in the event that non-state actors are violating human rights, such as in domestic abuse; and (3) the failure to assist and fulfill human right to

ensure minimum standards for the achievement of well being which may have accumulated causes, such as the case of the feminization and racialization of poverty (BYRNES; CONNORS, 1996).

Defining an activity as private or public often times depends more on the gender, race or marginalized status of an actor rather than on a neutral evaluation of the nature of the activity itself. This recognition by feminists of rights beyond the individuals relation with the state and within the 'private' sphere and the exposure of the arbitrary nature of this private/public demarcation have provided numerous groups with theoretical foundations for the recognition of the rights and the expansion of the understanding of human rights itself.

4 FEMINIST PRACTICE

It would be impossible to describe and analyze the numerous and diverse practices and strategies that feminists have used to promote human rights in the past 50 years. Therefore I would like to focus on the one particular case of Brazil. This is not to argue that the Brazilian case can be universalized (although similarities can be found with many other regions), but rather it is an attempt to show an example of the influence and extent of feminist practice. Brazilian feminists have developed creative and meaningful practices to question the public/private divide, promote human rights in an intersectional manner and at the local, state, national and international level. This case exemplifies the work and the reach of feminist practice from the grassroots to the international level. I will begin by examining the history of women's organizing in Brazil and the later feminist strategic developments which arose from these early initiatives to later uphold the impact of feminist practices within human rights struggles.

4.1 BRAZILIAN CASE - 1960-1980S

It is interesting to note that one of the strongest movements that emerged from the military dictatorship in Brazil (1964-1984) was the women's movement.¹⁵ Within the military regimes, women were isolated from politics and were educated within a system that supported repressive sexual stereotypes while feminism was interpreted as a 'foreign import' that deteriorated the morals of women (SAFIOTTI, 1976). A significant number of women active in social

¹⁵ For more detailed analysis of the women's movement see: Margaret Griesse, *The Brazilian Women's Movement against Violence: Discourses and Violence within an Intercultural Framework of Communication and Learning*. (2002) Diss. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Deutsche Nationalbibliothek, deposit.d-nb.de

movements were arrested, tortured, raped and killed, children were taken from them and their male partners, husbands, fathers and sons suffered torture and death. Politically inclined women became active in various forms of resistance to the military dictatorship: guerrilla movements, student movements, political parties, and academic groups (TELES, 1993; VIEZZER, 1989). Thus, women organized against the generic violence of military repression and institutionalized violence while gender-directed violence was an issue only in regards to rape and other forms of sexual violence carried out by repressive State forces against women (TELES, 1993).

The increasing level of poverty brought on by the policies of the military regime produced situations where women became active in social movements in order to fight for their economic survival. Within a military regime, most institutional channels for political participation were cut off. This led to the development of groups organized at the community level where ties of family, kinship and friendship provided protection and solidarity from oppressive practices. The grassroots organizations that emerged were not initially oppositional in character but rather functioned as means to make demands based on the needs of a particular community without proposing a critique of the larger political system (ALVAREZ, 1990; CARDOSO, 1987; CARDOSO, 1983; JACOBI, 1987).

These movements were unique in that the overwhelming majority of the participants were women. Women scholars lament that most analyses of urban movements have not taken into account this empirical fact, and consequently offer little analysis of the role of gender or sex within the so-called 'popular' movements (ALVAREZ, 1990; CALDEIRA, 1987). Generic categories such as 'inhabitants of the peripheral areas,' the 'popular classes,' 'the people,' 'the poor' used to denote the participants of grassroots community-based movements have effectively obscured the participation of women at the political level (CALDEIRA, 1987). Therefore, the gender-blind discourses used to describe and analyze these women's organizations failed to see or describe completely the significance of these groups. By employing the paradigm of 'class struggle' to the exclusion of 'gender politics' the changes in the interpersonal relationships between men and women within the private sphere and the relationship of women to the political were occurring unheeded by most political scientists or activists. Only in the late 1980s and early 1990s, when discussions on gender were in vogue, did women theorists begin to take note of the gender-specific qualities of the new social movements.

Viezzzer's interviews indicate that by becoming politically active in movements for gender-specific needs, women were also beginning to question male authority at home, the hierarchical structures within the Church, and social

norms regarding women's roles and the arbitrary nature of the public/private spheres. Such changes in attitude are cultural and remain even after political or community groups disband (VIEZZER, 1989).

Thus, there were multiple variations in the degree to which women entered the public sphere. Women, who were politically active, organized around general issues such as the high cost of living, amnesty for political exiles, or the need for day-cares. These women's movements gathered a large number of women from differing class and political affiliations and captured the attention of the public. The generalized issue of 'women' became a legitimate area of public discourse such that other political groups were also noting the importance of women's participation and beginning to entice women into their campaigns by including at least some reference to women's needs or rights.

Because the discourses relating to the class struggle were so strong within progressive academic circles, most female intellectuals felt the need to deal with economic aspects of oppression. Feminists, therefore, included in their discourses the issues of inequalities between men and women within the working class, the lack of attention given to women within the labor market, the double workload of women, and so on (SAFFIOTI, 1976). By perceiving the discriminatory practices in regards to job opportunities and pay, women formed feminist and liberation movements in the mid-1970s to struggle for sexual equality in the workplace, equal pay for equal work, reproductive freedom, and against violence against women. They concentrated on publishing newspapers, magazines and pamphlets and making them available to working class women and women living in the periphery; they collaborated with neighborhood organizations and human rights movements; and organized women's congresses (STERNBACK *et al*, 1992).

The 1975 International Year of the Women provided symbolic impetus that gave justification for a surge in feminist thinking and activity within the Brazilian context. The international non-governmental conferences sponsored by the United Nations during the Decade of the Woman provided forums by which women could share information and develop networks and thus, allowed Brazilian women the opportunity to clarify their ideas before other women and gain exposure to the international context. As a result, women from Latin America and the Caribbean organized five encounters that were held in different cities throughout Latin America during the 1980s. Although the conferences grew in size and scope over the decade, conflicts between historical feminists and popular movements mirrored the Brazilian context.¹⁶ International feminist discourse while infiltrating the Brazilian arena was also shaped and molded by

¹⁶See Sternback et al 1992 for more detailed information about these conferences.

differing groups in accord with their own objectives. Returning exiles brought ideas of autonomous feminist organizing in Europe and provided women with new vocabulary and paradigms (ALVAREZ, 1990).

However, of primary importance during this period was that the State was experiencing major modifications through a process of redemocratization in which the military government gradually transferred its power to a civilian democratic government, commonly called *abertura* (opening). Due to the reorganization of the State, the line between political and private, the role of the economic and domestic and the understanding of ethnic and gender roles also entered into a process of redefinition. The *abertura* process created a space by which certain concerns could be developed into public policy in a more direct and forthright manner than under 'normal' stable conditions. Thus, feminists were able to bring up issues affecting women exactly at the time when shifting relations of power allowed for direct interaction with State structures.

Feminists working within the political parties armed with the discourse of the mounting women's movements were able to push through some major initiatives, one of which was the creation of the municipal and state Councils on the Feminine Condition and the National Council on Women's Rights. Although the exact duties and powers given to each council vary from state to state, the initial vision was to create an organism that would consolidate the concerns of women and articulate feminist demands to the other branches of the government, acting within the power of consultant rather than as a ministry with deliberative power (SILVA, 1992). In 1985 the *Conselho Nacional dos Direitos da Mulher* (National Council of Women's Rights) was installed under President Sarney who fulfilled the promise of the late president Tancredo Neves. The National council focused its attention on education, health, violence and work and promoted research and publications of material in these areas.

In 1983 feminists succeeded in launching the *Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher* (Program of Integral Assistance to Women's Health - PAISM) which installed an integrated program of health for women from infancy to old age (OSIS, 1998). Of the initiatives created by the councils, the most successful and pioneering was the Women's Police Stations. Within a context of historical abuses by the police and overtly discriminatory attitudes particularly in relationship to women, the council in Sao Paulo supported by the national council working closely with the secretary of public safety was able to push through a project which resulted in state recognition of this gender-specific aspect of crime, the *Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAMs)* (Police Stations Specialized in Assisting Women.) or also commonly known as *As Delegacias de*

Polícia em Defesa da Mulher (Police Stations in Defense of Women). The expansion of women's police stations nationwide dedicated to recognizing crimes of violence against women supported the feminist stand that violence against women in the private sphere should be considered a social/criminal issue that warrants police action. The importance of the *delegacias* is that they represent, at least on the symbolic level, State recognition of the criminality of gender-specific violence. The installation of the *delegacias* was strategically a very significant move because it suddenly turned a repressive arm of the State into a potential ally of the feminist movement. In one swift move, feminists were able to provide police services to women within an atmosphere that encouraged them to report the crimes; obligate the State to acknowledge violence against women as criminal activity; provide easily accessible data on violence against women; change the internal organization of the precinct structure, in which violence against women would become a specialized area of police surveillance; gather public support for the movement against violence against women (GRIESSE, 2002).

Between 1986 and 1988 new feminist groups, women's organizations and other popular movements became active in the writing of the new Brazilian constitution. The discourse continued to be that of human rights and many encounters and conferences were held to develop proposals and discuss the constitution. Of the list of recommendations drafted for the National Assembly, women secured the following items: promotion of the welfare of all without prejudice to origin, race, sex, color, age or other forms of discrimination (Art 3 – IV); equal rights and responsibilities with men (Art. 5 – I); maternity as well as paternity leave (Art 7 XVIII; XIX); improved prison conditions (Art. 5 – L); incentives to protect the work market for women (Art. 7 – XX); work benefits for domestic workers (Art 7 XXXIV); prohibition of work discrimination or salary differences on the bases of sex, age, color or civil status (Art. 7 – XXX); the right to family planning and prohibition of coercive anti-reproductive methods (Art. 226 paragraph 5); severe punishment for the abuse, violence against and sexual exploitation of children and adolescents (Art. 227 paragraph 4); and finally the inclusion within the constitution that the State should create mechanisms to hinder violence within the family (Art 226 paragraph 226).

After over 10 years of working on and discussing gender issues, women were prepared to articulate numerous claims and justifications. They had gained visibility and organizing experience and were represented at several levels: within the unions, within the neighborhood movements, as autonomous groups; within the academy; and within the State and National councils. Violence against women had become a principal organizing issue and topic of public debate that had passed through a metamorphosis of definitions, which identified a number of

contexts, inside and outside the private sphere. Thus, issues such as the working status of domestic workers, rural conditions, abortion, prison conditions, sterilization, sex tourism and racism were enveloped in the concept of violence against women and articles were included within the constitution which made reference to these types of violence.

Within a relatively short period of time, Brazilian activists succeeded in establishing federal, state and municipal feminine councils on women's rights; in changing the police precinct structure to include women's police stations, staffed only by police women and serving women and children; of modifying the constitution to protect women's rights not the least of which is an amendment which requires the state to prevent domestic violence; and of establishing women's centers in a number of cities. Given the chance to make changes within the restructuring process of the State, Brazilian women were able to come up with creative initiatives that, although influenced by international initiatives, were based on logic particular to the needs of the Brazilian context.

4.2 BRAZILIAN CASE- INTERSECTIONAL FEMINISM

Due to Brazil's multicultural make-up and the asymmetrical relations between these cultures, the concept of women's rights was broadened to include the experiences of women suffering other forms of oppression. Women's anti-racist and anti-sexist Afro-descendant groups emerged, as well as women's health groups, rural and indigenous women's groups. Thus, the intersectional nature of rights was made evident within women's organizing in Brazil. Between 1984 and 1994, fifty new women's organizations were founded that focused on the issue of race (OLIVEIRA *et al*, 1995). The Black Feminist *Coletivo de Mulheres Negras da Baixada Santista* (Black Women's Collective of Baixada Santista) and *Geledés - Instituto da Mulher Negra* (Black Women's Institute) are two examples of these groups. The groups had the effect of expanding the concept of violence to include: the use of 'good appearance' as a requisite for employment; the negative portrayal of black women in the media and in educational books; mass sterilization of black women, primarily in the north and northeastern regions of Brazil; and domestic and sexual violence against women (OLIVEIRA *et al*, 1995). Afro-Brazilian women were perhaps the first to question the paradigm of 'male aggressor versus female victim' employed to explain the phenomena of violence against women by arguing that such a paradigm could not incorporate all of the numerous forms of violence Afro-Brazilian women experienced (OLIVEIRA *et al*, 1995).

The inclusion of two Afro-Brazilian women in the State Council on the Feminine Condition in São Paulo gave the needed effect of promoting debates

regarding racial oppression and how these concerns could be integrated into the actions of the council. The organization of the Commission on Black Women of the Council in São Paulo focused on producing studies that focused on the conditions of Afro-Brazilian women. Later, the formation of the National Council on Women's Rights made possible the structuring of the National Coordination of the Program on Black Women in 1988. During the Constitutional Assembly, black women's organizations lobbied for amendments that would respond to the needs of Afro-Brazilian women, such as labor rights for domestic workers, the prohibition of discriminatory practices based on race or sex, and the prohibition of coercive forms of sterilization (OLIVEIRA *et al*, 1995).

Women took up issues that had previously be relegated to the private sphere and silenced as personal, individual, 'female,' matters and held them up as part of a political platform. For instance, within the health movement, women took up issues in regards to the illegality of abortions, the problem of forced sterilization, lack of contraceptive information, lack of health services, the introduction of contraceptive vaccines and the indiscriminant use of Norplant.¹⁷ These issues where prejudicial to women's health and had not previously been considered within a neutral model of an autonomous subject. By removing the male bias within this subject, issues regarding the body of a woman as also a subject of rights was eventually articulated as forms of human rights.

In Brazil, the positioning of domestic servants (maids, cleaning women, cooks, nannies) within the Brazilian class society has put mostly Afro-descendant women in vulnerable and sometimes sexually abusive situations within the 'domestic' sphere. By claiming official status as workers with signed documentation, domestic workers could also claim health and holiday benefits and have more legal recourse if abuses occurred. While conservative groups opposed proposals for labor benefits for domestic servants arguing that this would impose upon the affectionate and private relations between family members and domestic servants, domestic workers sought to protect themselves from exploitive labor and sexual abuses by naming their sphere of actuation as economic and public rather than domestic and private.

The National Council on Women's Rights demonstrated that, although the majority of registered crimes against rural workers has been directed against men, women, due to their particular gender-defined sphere of activities, have been submitted to types of violence that are gender-specific and particular

¹⁷The feminist organization, Sempreviva Organização Feminista (SOF) published a monthly bulletin with educational information about women's health. Regarding the above content see specifically: Mulher e Saúde (Boletim do SOF na luta pela saúde das mulheres) n. 3 (Nov.1993).

to the rural context: the destruction of their gardens cultivated for domestic consumption; limits imposed on the free access to water; the mounting of illegal fences which invade their domestic living space; the robbery of domestic items and the destruction of housing; physical and sexual abuses by police; abuse of their children by police; insults and numerous types of pressuring tactics to force them into giving out information regarding the workers' union, the whereabouts of union leaders or their husbands; the murder of family members; and finally, death (CNDM, 1987).

Within the category of 'rural workers' the document also includes the situation of Amerindian women whose land has been invaded for the purpose of 'clearing the area' for development and who have been submitted to the same types of violent strategies listed above. Within this context, the principal aggressor is identified as the State, which supports or is controlled by private interests and the repressive forces of the State utilized to maintain this control. 'Domestic' violence is construed in terms of State invasion of privacy, control of domestic practices and destructive, physical and sexual abuses within the private sphere by outside repressive forces (CNDM, 1987).

Thus the intersectional understanding of violence against women, includes not only domestic violence by a partner, but dangerous and illegal health practices, exploitation of domestic workers, invasion of land and destruction of property, control of one's water, police abuse within one's property or house, abuse of children and murder by authorities. By interrogating the definition of 'women,' the Brazilian women's movements could expand their understanding of violence based on the positioning of women along race, ethnic, and class lines.

4.3 BRAZIL CASE – FROM PRIVATE TO TRANSNATIONAL

During the 1990s Brazilian women participated with women of other countries to draft documents that would demand that the needs of women be incorporated into the laws, policies and practices of governments throughout the world. These documents have been systematically cited by Brazilian women as justification for changes in legislation and or the installation of programs for women. Thus, Brazilian women used the World Conferences as justification to organize women prior to the conference, draft meaningful documents during the conference and use their leverage to fight for change back in Brazil.

Before the conferences, Brazilian women activists used the general atmosphere of anticipation for the conference to hold preparatory encounters, seminars and meetings, publish articles and utilize media coverage to present

their set of concerns from the Brazilian context.¹⁸ After the conference, women again used the media to present their perspectives on the conference and place demands on governmental policies.¹⁹ The State Council of the Feminine Condition in São Paulo, for example, promoted the writing of a São Paulo State Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women in 1992 based on the Inter-American conference (CECF, 1992). And finally, women pressured the government to change legislation, approve funding, and develop policies based on the documents. For example, from the Beijing conference emphasis on empowerment and women's participation within the government, women presented and achieved approval of a legislative proposal that states that 20% of the candidates from each political party be women (SUPPLY, 1996).

Brazilian activists have also participated in regional international conferences and developed networks with women and groups from other countries. The Brazilian experience of Women's Police Stations has been articulated and installed in other countries following the Brazilian lead and Brazilian women have drafted legislation based on existing laws in other countries (PAVEZ, 1997). Thus, women within Brazil have incorporated the language of international conference documents based on notions of human rights and empowerment to make their case before the State and before the population.

The Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women of the Organization of American States was held on June 6, 1994 in Belém do Pará, Brazil. For example, on November 1996, women from the *União de Mulheres de São Paulo* (Union of São Paulo Women) and CLADEM – *Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres* (Latin-American and Caribbean Committee for the Defense of Women's Rights) presented to the Inter-American Commission of Human Rights based in Washington D.C. the first two international denunciations of the rights of women based on the Convention of Belém do Pará. The cases involved the dramatic unpunished murder of two Brazilian women. According to the two organizations that presented the denunciation, although the Brazilian government did not recognize the court, the act of presenting these violations to the international community imposed political and moral condemnation on the Brazilian State for not securing the rights of women.²⁰

¹⁸ A União Brasileira das Mulheres (Brazilian Union of Women) published the journal *Presença da Mulher* to provide women with information concerning the women's movement. On the preparation for the encounters see the March 1995 issue.

¹⁹ For reporting after the conference see: *Presença da Mulher* (November 1995).

²⁰ In 1996 the Brazilian government had not recognized the Inter-American Court of Human Rights installed in 1969 by the American Convention of Human Rights (also known as the Pact of San José)

Eventually with the recognition by the Brazilian government of the Inter-American court, Brazilian women were able to try a case which resulted in ground-breaking legislation against violence against women. In 2001, Brazilian feminists brought the severe violence against Maria de Penha to the Inter-American Commission on Human Rights, which for the first time in its history agreed to hear a domestic violence case as a crime against human rights. The commission found the Brazilian government guilty for negligence and omission in protecting Maria da Penha Maia Fernandes from the violence of her partner. This resulted in Brazilian legislation against domestic violence, or the law, commonly known as Maria da Penha (SPIELER, 2011). This is a pioneering case in which women instrumentalized the international court system to make legislative changes on a case of domestic (private) violence. Brazilian women have utilized the international accords that they themselves helped to formulate to pressure their government to introduce laws and policies which support women's rights. Conversely, Brazilian women were able to demonstrate in international court, the legitimacy of the private sphere as a space for International Human rights.

CONCLUSION

With this brief history of feminist practice against oppression in Brazil, demonstrates the intersectional nature of their work and the contextual lines of private and public which they worked to subvert within the national as well as the transnational context. It demonstrates how feminists have been able to organize despite a repressive and patriarchal regime and how they have been able to take advantage of the blurred lines between public and private within the reorganization of the state. However, this brief summary of the feminist movements in Brazil has not included the nuanced tensions among women or disagreements and disappointment with male colleagues. It has given only an overview of the self-reflective and critical nature of these movements without detailing the discussions and arguments over priorities and strategies. Nor does it include the current setbacks that face the feminist and other social movements in Brazil currently. The multifaceted, thorny, dense and intricate work of universalizing human rights cannot be contained in an essay. However, it is part and parcel of the continuous project toward universal human rights among Brazilian feminists as it is among feminists around the globe.

that would judge violations against the convention. Since that time various human rights groups mobilized a national campaign for Brazil to recognize the court. The court was recognized on Dec. 3 1998 by the Brazilian government (Piovesan 1999).

The case is not an isolated example, but rather part of the intricate complex set of global relations. Feminists around the world have recorded the practices of women working through their local customs, their state apparatuses and with international bodies to promote human rights. The number of feminist organization is as numerous as it is diverse. For instance, women in Cameroon, Nigeria, Uganda and Kenya have organized collective naked protests to shame male authorities, disputed oil companies, and claimed land. The *Madres de Plaza de Mayo* of Argentina have taken up their disappeared children's cause for human rights and social justice. Pakistani women organized under the Women's Action Forum or as Purple Women work to stop domestic violence and early-aged/forced marriages. The 'feministindia' online portal provides a virtual space for debate, knowledge sharing and information for Indian women. Young Feminist Activism (YFA) members in China call attention to women's oppression through creative public actions while, in Poland, feminists, gays and lesbian activists build coalitions with other leftist groups. The Center for Social Labor Rights in Moscow has litigated domestic and international courts regarding cases of labor discrimination. The Black Lives Matter (BLM) in the United States was founded by three Black women to protest violence perpetrated by law enforcement against Black women and men. Women in Tunisia work within the League of Tunisian Women Voters to empower rural and marginalized women to challenge political systems in their regions while Iranian women organized the "One Million Signature Campaign to Change Discriminatory Law."²¹ When the existing human rights discourse fail to respond to women's needs and realities, feminists have sought to reconceptualize and reconstruct the discourse of human rights to include women in all their various contexts and, in so doing, have also included other marginalized groups. That feminists groups have not yet managed to universalize women's rights says more about the entrenchment of patriarchy and repressive regimes than the creativity, sophistication and persistence of feminist practice.

What other approach or identity group has offered such comprehensive and inclusive theories and so many local, regional and international practices in the promotion of human rights?

Even so, the issue of gender or work related to women continues to be understood as a particular discourse and adjacent to other seemingly more generic themes. In this brief essay, I hope to have drawn attention to the advancements feminists have made in promoting human rights in the last 50 years

²¹ For a compilation of articles on women's global movements see: Amrita Basu (ed), *Women's Movements in the Global Era: the Power of local Feminisms* (Boulder, CO: Westview Press, 2017)

and advocating for the recognition of feminist theory and practice as a primary promoter of human rights today. The universalization of feminist theory and practice broadens the scope of the 'human' beyond the ideals and perspectives of propertied, able-bodied European men, exposes the oppressive mechanisms within our ideas of private and public, releases the energy and imagination of those who have been marginalized, and provides one of the most creative and robust approaches for an inclusive and diverse understanding of humanity.

REFERENCES

ABU-LUGHOD, Lila. Do Muslim Women Really Need Saving? *American Anthropologist*, 104, n. 3, September 2007, p. 783-790.

_____. *Remaking Women: Feminism and Modernity in the Middle East*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

ALLEN, Paula Gunn. *The Sacred Hoop: Recovering the Feminine in American Indian Traditions*. Boston: Beacon Press, 1986.

ALVAREZ, Sonia. *Engendering democracy in Brazil: Women's movements in transition politics*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

BASU, Amrita. *Women's Movements in the Global Era: the Power of local Feminisms*. Boulder, CO: Westview Press, 2017.

BECKMAN, Peter R; D'AMICO, Francine. *Women, gender and world politics: Perspectives, policies and prospects*. Westport: Bergin & Garvey, 1994.

BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2002.

BINION, Gayle. Human Rights: A Feminist Perspective. *Human Rights Quarterly*, 17, n. 3, August, 1995, p. 509-526.

BUTLER, Judith. *Bodies that Matter: on the discursive limits of "sex"*. New York: Routledge 1993.

BYRNES, Andrew; CONNORS, Jane. Enforcing the Human Rights of Women: A Complaints Procedure for the Women's Convention? *Journal of International Law*, 679, 1996, p. 711-712.

CALDEIRA, Teresa. Mujeres, Cotidianidad, y Política. In: JELIN, Elizabeth (ed). *Ciudadanía a Identidad: Las Mujeres en los Movimientos Sociales Latino-Americanos*. Geneva: UNRISD, 1987.

CARDOSO, Ruth. Movimentos sociais na América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 3, 1987, p. 27-37.

_____. Movimentos sociais urbanos: balanço crítico. In: ALMEIDA; SORJ (ed.). *Sociedade e política no Brasil pós-64*. São Paulo: Brasiliense. 1983.

CECF (Conselho Estadual da Condição Feminina) & Governo de São Paulo, *Convenção da Mulher*, (1992).

CHRIST, Carol; PLASKOW, Judith. *Women's Spirit Rising: A Feminist Reader in Religion*. San Francisco: Harper Collins, 1992.

- CLINTON, Hilary Rodham. Remarks to the U.N. 4th World Conference on Women Plenary Session. September 5, 1995, Beijing, China, *American Rhetoric*. Accessed on November 30, 2017, <http://www.americanrhetoric.com/speeches/hillaryclintonbeijingspeech.htm>
- CNDM (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher); Comissão de Combate à Violência & Comissão de Trabalho e Mulher Rural. *Violência contra mulheres e menores em conflitos de terras*. CNDM. 1987.
- CODE, Lorraine. *Encyclopedia of Feminist Theory*. New York: Routledge, 2004.
- COHN, Carol. *Women and wars*. Cambridge, UK ; Malden, MA: Polity Press, 2013.
- COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought*. New York: Routledge, 1991.
- COOPER, Anna Julia. *A Voice from the South*. Accessed on November 30, 2017, <http://docsouth.unc.edu/church/cooper/cooper.html>);
- CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*: 1, Article 8. 1989. Accessed on November 30, 2017 <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>,
- _____. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, 10, n. 1, January 1, 2002, p. 171-188.
- EATON, Mary. Abuse by any other name: Difference, and intralesbian violence. In: FINEMAN, M.A.; MYKITIUK, R. (eds.). *The public nature of private violence: The discovery of domestic abuse*. New York/London: Routledge, 1994.
- FRASER, Nancy. What's so Critical about Critical Theory: The case of Habermas and Gender. *New German Critique*, n. 35, Spring-Summer, 1985, p. 97-131.
- GRIESSE, Margaret. *The Brazilian Women's Movement against Violence: Discourses and Violence within an Intercultural Framework of Communication and Learning*. 2002, Diss. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Deutsche Nationalbibliothek, deposit.d-nb.de
- HAYDEN, Patrick. *Philosophy of Human Rights*. St. Paul, MN: Paragon House, 2001.
- HARDING, Sandra. *The Science Question in Feminism, Is Science Multicultural?* Ithaca, NY: Cornell University Press, 1986.
- HOOKS, Bell. *Feminist Theory: From Margin to Center*. Boston: South End Press, 1984.
- HULL, Akasha; SCOTT, Patricia Bell; SMITH, Barbara. *But Some of Us are Brave*. City University of New York: Feminist Press, 1982.
- ISHAY, Michele. *The History of Human Rights*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 2004.
- JACOBI, Pedro. Movimentos sociais urbanos numa época de transição: limites e potencialidades. In: SADER, E. (ed.). *Movimentos sociais na transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1987.
- JOHNSTON, Rachael Loma. Feminist Influences on the United Nations Human Rights Treaty Bodies. *Human Rights Quarterly*, 28, 2006, p. 148-185.
- KABEER, Naila. *Reversed realities: Gender, hierarchies in development thought*. London/ New York: Verso, 1994.

KAPPELER, Susanne. *The will to violence: The politics of personal behaviour*. Cambridge: Polity Press, 1995.

KHAN, Surina. The All-American Queer Pakistani Girl. In: KIRK, Gwyn; OKAZAWA-REY, Margo. *Women's Lives*. 6th ed. New York: McGraw Hill, 2013.

KIRK, Gwyn; OKAZAWA-REY, Margo (eds), *Women's Lives: Multicultural Perspectives*. 6th ed. New York: McGraw, 2002.

LORDE, Audre. Age, Race, Class, and Sex: Redefining Difference. In: ANDERSON, MARGARETH L.; COLLINS, Patricia Hill (eds). *Race, Class and Gender*. 2nd ed. Belmont. CA: Wadsworth, 1995.

MACKINNON Catherin. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge: Harvard University, 1998.

MOHANTY, Chandra Talpade. Under Western Eyes. *Feminist Review*, n. 30, Autumn 1988.

_____; RUSSO, Ann; TORRES, Lourdes. *Third World Women and the Politics of Feminism*. Bloomington: Indiana University Press, 1991.

MORAGA, Cherie; ANZALDUA, Gloria (eds). *The Bridge Called My Back: Writings by Radical Women of Color*. New York: Kitchen Table, Women of Color Press, 1981.

NABER, Nadine. Decolonizing culture: Beyond orientalist and anti-orientalist feminisms. In: ABDULHADI, R.; ALSULTANY, Evelyn; NABER, Nadine Christine. *Arab & Arab American feminism: Gender, violence, & belonging*. Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 2011, p. 78-90.

NAPLES, Nancy. Sustaining Democracy: Localization, Globalization, and Feminist Praxis. *Eastern Sociological Forum*, 28, n. 4, Dec 13, 2013, p. 657-668.

OLIVEIRA, Fátima; RIBEIRO, Matilde; SILVA, Nilza Iraci. A mulher Negra na Década a busca da Autonomia. *Geledés, Cadernos Instituto da Mulher Negra*, 1995.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women Belém do Pará (1994). Accessed November 6, 2017, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>.

OSIS, Maria José Martins Duarte. Paism: um marco na abordagem da saúde reprodutiva no Brasil. *Cad. Saúde Públ.*, 14, Supl. 1, 1998, p. 25-32.

PAVEZ, G. A. *Casa Eliane de Grammont: Presença/Ausência de uma política pública de violência de gênero*. Master Thesis PUC, São Paulo, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. In: MELLO, C.D.A.; TORRES, R. L. (eds). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 1999.

RAI, Shirin; LIEVESLEY, Geraldine (eds). *Women and the state: International perspectives*. London/Bristol: Taylor & Francis, 1996.

RAO, Arito. Right in the Home: Feminist Theoretical Perspectives on International Human Rights. *National Law School Journal*, 1, 1993, p. 62-81

RICH, Adrienne. Compulsory heterosexuality and lesbian existence. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 5, n. 4, 1980, p. 631-660.

SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classe: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.

SCHNEIDER, Elizabeth. The violence of privacy. In: FINEMAN, M.A.; MYKITIUK, R. (eds). *The public nature of private violence: The discovery of domestic abuse*. New York/London: Routledge, 1994.

- SEN, Gita; GROWN, Caren. *Development, crises, and alternative visions: Third world women's perspectives*. New York: Monthly Review, 1987.
- SPIELER, Paula. The Maria da Penha Case and the Inter-American Commission on Human Rights: Contributions to the Debate on Domestic Violence Against Women in Brazil. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 18, n. 1, Winter 2011, p. 121-143.
- SMITH, Barbara. *The Truth that Never Hurts: Writings on Race, Gender, and Freedom*. New Brunswick: Rutgers University, 1998.
- SMITH, Dorothy E. *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology*. Toronto: University of Toronto Press, 1987.
- SMITH, Rhona. *Textbook on International Human Rights*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SUPLICY, Marta. Novos paradigmas nas esferas de poder. *Estudos Feministas*, 4, 1st semester, 1996, p. 126-140.
- STERNBACK N.; NAVARRO-ARANGUREN M.; CHURCHRYK, P.; ALVAREZ, S. Feminisms in Latin America: From Bogota to San Bernardo. In: ESCOBAR, A.; ALVAREZ, S. (eds). *The making of social movements in Latin America: Identity, strategy, and democracy*. Boulder/San Francisco/Oxford: Westview Press, 1992.
- TELES, Maria Amelia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- THOMPSON, Becky. Multiracial Feminism: Recasting the Chronology of Second Wave Feminism. *Feminist Studies*, 9, n. 2, Summer 2002.
- TONG, Rosemarie; BOTTS, Tina Fernandes (eds). *Feminist Thought*. New York: Westview Press, 2018.
- TRUTH, Sojourner. *Ain't I a Woman*. In: ZINN, Howard; ARNOVE, Anthony (eds). *Voices of a People's History of the United States*. New York: Seven Stories Press, 2004.
- UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGHER COMMISSION. Universal Human Rights Instruments. Accessed November 6, 2017, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>
- _____. Vienna Declaration and Program of Action. Accessed November 6, 2017, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>.
- UNITED NATIONS POPULATION FUND PROGRAMME OF ACTION. *International Conference on Population and Development, 1995*. Accessed November 21, 2017, http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf.
- VIEZZER, Moema. *O problema nao está na mulher*. Sao Paulo: Cortez, 1989.
- VINAGRE SILVA, Marlise. *Violência contra a mulher: Quem mete a colher?* São Paulo: Cortez, 1992.
- WEED, Elizabeth; SCHOR, Naomi. *Feminism meets Queer Theory*. Bloomington: Indiana University Press, 1997.
- WILSON, Alex. How We Find Ourselves: Identity Development and Two Spirit People. *Harvard Educational Review*, 66, n. 2, July 1996, p. 303-318.

THE Ogoni Case Revisited: Should Corporations, Like States, Bear Obligations to Respect & Protect Human Rights?

O Caso Ogoni Revisitado: Devem Corporações, Como Estados, Deter Obrigações de Proteger e Respeitar Os Direitos Humanos?

Tinomudaishe Chinyoka
LLD Candidate, University of Pretoria.

Submissão em: 26/10/2017

Aprovação em: 17/12/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5162>

Abstract: It is a common understanding that human rights must be protected by States. Despite such fact, it is necessary to consider that the veil shielding private actors from the obligation to secure human rights no longer is sustainable in today's globalized world. In this article, through the adoption of the deductive method and through a bibliographical and documental research, an analyses of the Ogoni Case, a case appreciated by the African Commission on Human Rights and Peoples Rights, is made, as a way to understand why multinational corporations (MNCs), should be jointly and severally liable with States in the case of violations to basic rights, as a way to secure human rights of the individuals and people of Africa.

Keywords: Ogoni Case; Human Rights; Multinational Corporations.

Resumo: É entendimento comum que os direitos humanos devem ser protegidos pelos Estados. Apesar disso, é necessário considerar que o véu que protege os atores privados da obrigação de garantir os direitos humanos não mais é sustentável no mundo globalizado de hoje. Neste artigo, por meio da adoção do método dedutivo e da realização de uma pesquisa bibliográfica e documental, é feita uma análise do Caso Ogoni, um caso apreciado pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, como forma de entender por que as corporações multinacionais devem ser solidariamente responsáveis perante os Estados em caso de violação dos direitos básicos dos homens, como forma de garantir os direitos humanos dos indivíduos e das pessoas da África.

Palavras-chave: Caso Ogoni; Direitos Humanos; Corporações multinacionais.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Tradition versus modernity. 3 The Ogoni Case, the African Charter and MNCs liability. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

As a general proposition, Human Rights obligations, be they from statute, international treaty or convention, are owed by the State. While it is true that since World War 2 a number of new subjects of international law have emerged including international organizations, national liberation movements and individuals, states are the 'primary' or 'traditional' subjects of international law (CASSESE, 1986), and it might be fair to say that States are reluctant to share that space with non-state entities.¹ It is therefore States, which must secure citizens' human rights and, where this does not happen in the domestic space, face censure from local courts.

An infraction against international human rights treaty obligations is dealt with by the relevant international treaty enforcement procedures such as international tribunals, treaty bodies, United Nations organs, and regional enforcement mechanisms. Individuals have over the years gained rights of recourse through these enforcement mechanisms² and can largely petition for redress.

This process, however, is not always easy, nor does it always bring results, as States that do not respect human rights are typically not likely to be ones that create easy pathways for their citizens to seek redress.

2 TRADITION VERSUS MODERNITY

Traditionally, it has always been the case that Human Rights obligations are not owed by multinational corporations (MNCs). While people have human rights, the obligation to respect and protect them lies with their respective States.³ That is because MNCs have not been seen as, and are not accepted as, being subject to international law. And, as human rights discourse has developed,

¹ It is usually non-state actors - especially corporations - who are the ones who primarily resist having direct human rights obligations under international law. The same is true of IFIs like the World Bank and the IMF. See WILLS, J. "The World Turned Upside Down? Neo-Liberalism, Socioeconomic Rights, and Hegemony," *Leiden Journal of International Law*, 27(1): 11, 2014

² As well as becoming subject to the jurisdiction of international criminal law

³ According to an early formulation, it was stated that 'a tacit assumption underlying much discussion of Human Rights seems to be that, although all persons have these rights, the obligation corresponding to a persons' rights lies only on his or her own government". NELSON, W.N. Human Rights and Human Obligations. In: PEACOCK, J.R; CHAPMAN, J.W. (eds). *Human Rights*. New York: New York University Press, 1981, p. 281.

this has been identified and sometimes accepted without much criticism, but as indicative of a failure of international law to find ways to bring in MNCs into the fold as obligated to uphold human rights at the pain of sanction. Writing in 2001, the Harvard Law Review stated that:

Though corporations are capable of interfering with the enjoyment of a broad range of human rights, international law has failed both to articulate the human rights obligations of corporations and to provide mechanisms for regulating corporate conduct in the field of human rights. Since the nineteenth century, international law has addressed almost exclusively the conduct of states. Traditionally, states were viewed as the only “subjects” of international law, the only entities capable of bearing legal rights and duties.⁴

There is evidence that international human rights discourse is moving away from this view. The Human Rights Council has begun discussions on a binding instrument that covers MNCs and businesses in general (HUMANS RIGHTS COUNCIL, 2014; RATNER, 2001; SANTORO, 2010). It has been argued that a binding treaty would be the best way to cover the *lacuna* created by the current position where ‘*in cases where the state cannot be shown to be culpable or complicit in the harm caused, there will be no-one who will be legally responsible despite the fact that a violation of rights has occurred*’ (BILCHITZ, 2010). It is submitted that in some cases however, emphasis placed on this *lacuna* blinds the focus on existing mechanisms and innovative ways of interpreting these to find that in fact, corporations can and should be found to already have obligations under international human rights law. In my view, some existing treaties such as the African Charter on Human and Peoples’ Rights (the African Charter) are capable of being interpreted to allow for the inference that there are legally binding and enforceable obligations on MNCs to respect, protect and fulfil human rights.

Given that in today’s globalised world, many MNCs⁵ control budgets that are bigger than entire national budgets of most (if not all) third world countries, this is an important issue. At the turn of the millennium, right when the Harvard Law Review was making the observation above, the evidence showed that MNCs already controlled some 20-30% and 70% of world output and trade respectively

⁴ ‘Developments in the Law-Corporate Liability for Violations of International Human Rights Law,’ 114. *HARV. L. REV.* 2025, 2030-31 (2001) p.225

⁵ The reference to MNCs in this article does not include the many NGOs and other purely philanthropic organizations, which though run by business people, are purely philanthropic, but rather those entities that are strictly for profit, (such as, in the *Ogoni case, infra*, Shell) whether or not they have a philanthropic arm. The key distinction is that MNCs referred to in this article are for profit enterprises.

(HELD *et al*, 1999).⁶ Kinley and Tadaki have argued that these corporations ‘*are the driving agents of the global economy, exercising dominant control over global trade, investment, and technology transfers. Flowing directly from such positions of economic influence, [they] also manage to exercise considerable political leverage in both domestic and international spheres*’ (KINLEY; TADAKI, 2004).⁷ In many respects, many MNCs have as much, if not more, power than most states. It has further been said that the business that these MNCs control spans the entire world “*linking the fortunes of disparate communities and nations in complex webs of interconnectedness*” (HELD *et al*, 1999). The power that comes with this much influence rivals and in some cases surpasses that which some Third World States can muster.

Because of this power, it is inevitable that MNCs leave footprints in the civil, political, economic, social and cultural spheres of many people’s lives.⁸ With reference to the complaint in the African Commission on Human and Peoples’ Rights (the Commission) in the *Ogoni Case* (ACHPR, 2001)⁹ where a large part relates to actions of a multinational oil company, I posit that the case for making MNCs jointly and severally liable with States as obligation bearers under the African Charter would better secure the human rights of the individuals and peoples of Africa. I argue further that the language of the African Charter does not preclude such an interpretation.

The reason for this view is that not only do corporations have the political power and influence to affect people’s human rights, but that they have in some cases an incentive to do so: profit (HELD *et al*, 1999). For this reason, it is necessary to consider whether the veil shielding private actors from the obligation to secure human rights is necessary. In order to curb corporate greed, and avoid situations where corporations instrumentalise political proxies within the polities where they operate to induce or even create conditions that lead to human rights violations, that shield should no longer be regarded as sustainable.

⁶ Some ten years later, as of 2010, this situation had not changed. See: BUCKINX, Barbara C.J. Reducing Domination in Global Politics. Princeton University PhD Dissertation, June 2010. At: <<https://search.proquest.com/openview/1867fd227108b0ca7edf04216733a6b4/1?pq-origsite=gscholar&cbl=18750&diss=y>>. Accessed on 08 September 2017; and EZEUDU, Martin-Joe. (2011), *infra*. who refers to MNCs as ‘modern leviathans’.

⁷ The article comprehensively addresses the evolution of MNCs’ position *vis-a-vis* international human rights law as well as the arguments against extending direct human rights liabilities to them.

⁸ Duruigbo, *infra*, at p.239, citing David Adedayo Ijalaye, ‘The extension of corporate personality in international law’ 221- 23 (1978) argues that ‘MNCs can now be regarded as selective subjects of international contract law for contracts entered into with states.’

⁹ David Bilchitz (2010) also makes reference to this case as indicative of why the current regime is inadequate.

The reason why this would be a good development is the practical benefits to individuals and their countries in the developing world. Corporations doing business in poor countries would no longer be able to hide behind the protection of regimes whose survival depends on repressing their citizens while at the same time financially propped up by the backhanded deals that are endemic in the transactional relationships between MNCs and Thirds World countries.¹⁰ Propping up undemocratic regimes for the purposes of extracting wealth on the cheap will no longer be as attractive if individuals can go against the MNCs directly, including in the MNCs' home countries, for violations of human rights.¹¹ Instead, MNCs would be encouraged to act in ways that are consistent with international human rights law, knowing that there is no buffer between them and direct liability.¹²

If respect for human rights is a societal good, and protection thereof a positive societal goal, then it should not matter whether that protection is from violations by the state or non-state actors (BILCHITZ, 2010). The protection of individuals' human rights must ensue only from a violation of said rights and not be dependent on the nature of the persona causing the violation. This leads to a more universal (in the sense of coverage) protection of human rights, and also introduces into the human rights field players with the financial means to not only influence states to better protect human rights, but to compensate victims. Corporations being obligated to protect and respect human rights would also help operationalize the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (the Guiding Principles) (OCHCHR, 2012).¹³

¹⁰ See for example the Al Yamamah arms deal, summarised in Tim Jarrett and Claire Taylor: Bribery allegations and BAE UK House of Commons Standard Note SN/BT/5367: researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN05367/SN05367.pdf. Accessed on 08 September 2017. Although this did not involve a MNC, it is perhaps evidence of how secretive and potentially lucrative (for Third World politicians) it is to do business with powerful corporations from the West.

¹¹ See a discussion on suing in the MNCs' home country or other foreign jurisdiction in Fellmeth, Aaron Xavier (2002) "Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.: A New Standard for the Enforcement of International Law in U.S. Courts?," *Yale Human Rights and Development Journal*: Vol. 5: Iss. 1, Article 7. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol5/iss1/7> (accessed 08 September 2017).

¹² After Shell initially arguing *forum non conveniens*, and succeeding in a lower court, the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit reversed the lower court and indicated a willingness to entertain claims against human rights violations abroad. It was reported in 2009 that the case was eventually settled out of Court for \$15.5million <http://ccrjustice.org/newsroom/press-releases/settlement-reached-human-rights-cases-against-royal-dutch/shell> (accessed 08 September 2017)

¹³ For a critique of why the Guiding Principles are an inadequate substitute for a treaty and debates around the SRSG Report, see David Bilchitz (2010). See also D. Bilchitz 'A chasm between 'is' and 'ought'? A critique of the normative foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles' in S.Deva and D. Bilchitz (eds.), *Human rights obligations of business: Beyond the corporate responsibility to respect?* (Cambridge: Cambridge University Press 2013) 111-114, as

This is not a novel approach, but part of a growing line of thinking in international human rights jurisprudence. In 2013, David Bilchitz (2013) argued that in fact, corporations do have actionable obligations to respect human rights at international law. Earlier, when commenting on the question of corporate accountability and liability under international human rights law, Emeka Duruigbo (2008) had identified evidence of a shift towards integrating corporations as bearers of obligations. Duruigbo cited the UN Special Representative of the Secretary General's (SRSG) report of February 2007 as indicating that

[...] in the course of the past few decades, the legal status of corporations in international law has shifted to some extent from the classical position, with corporations now considered bearers of duties under international criminal law. The SRSG believes that while this shift is emerging in the international criminal context, it has not yet extended to other aspects of human rights law. [The] report notes, however, that significant changes are occurring in the domestic and international planes that suggest that a more far-reaching shift, that would more fully integrate private business enterprises into the international legal system, will occur some time in the near future (DURUIGBO, 2008, p. 224).

That SRSG Report was part of a process that included the work of the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, which in August 2003 had produced a report¹⁴ viewed as part of a pioneering soft law codification of practice (WEISSBRODT; KRUGER, 2003), albeit one that was not fully acknowledged by the SRSG (BILCHITZ, 2010). Instead, the SRSG argued that international law at best imposes on indirect obligations on corporations, and not direct obligations (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2007), but that this position was largely because states had in fact not placed such obligations on corporations:

Long-standing doctrinal arguments over whether corporations could be "subjects" of international law, which impeded conceptual thinking about and the attribution of direct responsibility to corporations, are yielding to new realities. Corporations increasingly are recognized as "participants" at the international level, with the capacity to bear some rights and duties under international law. . . . [T]hey have certain rights under bilateral investment treaties; they are also subject to duties under several civil liability conventions dealing with environmental pollution. Although this

well as J Nolan, 'The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?' in S. Deva and D. Bilchitz (eds.), *Human rights obligations of business: Beyond the corporate responsibility to respect?* (Cambridge: Cambridge University Press 2013), 138.

¹⁴ Titled 'Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights' UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights Resolution 2003/16, 13 August 2003.

has no direct bearing on corporate responsibility for international crimes, it makes it more difficult to maintain that corporations should be entirely exempt from responsibility in other areas of international law ((HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2007, paragraph 35).

Violations of human rights by MNCs can be addressed by empowering countries to use both local legislation and international recognition of their right to do so within international human rights law to put in place a preventative regime. That MNCs are players on the international plane but are not completely subject to the laws and rules governing that space creates a problem that operates in their favor. The very dearth of references to the MNC involved in the Ogoni case, despite the fact that it was the primary beneficiary of the abuses committed, shows how lopsided and unsatisfactory the current position is in practice. That correct position would be to create legal obligations, recognized under international human rights law, mandating that corporations, just like states, have an obligation to respect and, where they are in business and in relation to their employees, to protect human rights.

Clearly, the obligation to protect would need to be qualified, so that it does not entail asking MNCs to effectively be at par with the State in its obligations as regards to its citizens. A sensible qualification would be to limit the duty to those areas where the company's business and policies directly and indirectly impact its employees and those that are impacted by its business. The question of who is impacted by a particular MNC's business would be an objectively verifiable fact: for example, a corporation involved in diamond mining operations that result in the State moving people from their homes to make way for mining operations clearly impacts on those people. Such people ought to be able to look to both the state and the company to ensure that in the process of being moved, their fundamental rights such as the right to property, fair and adequate compensation, equal protection of the law, prior consultation and right to petition through an impartial judicial process are respected.

The important point to note is not that such obligations will need to be carefully balanced. Rather, the fact that the debate is still on whether or not such legal obligations exist in the first place is unacceptable given the influence that MNCs wield. And, as Kinley and Tadaki have argued, MNCs *"have the ability significantly to affect the nature, form and extent of social relations. By virtue, specifically, of their economic and political muscle, [MNCs] are uniquely positioned to affect, positively and negatively, the levels of enjoyment of human rights."*(KINLEY; TADAKI, 2004).

3 THE OGONI CASE, THE AFRICAN CHARTER AND MNCS LIABILITY

In this communication (the language used by the Commission for a case) the factual background and the arguments indicated that the government of Nigeria, through the State oil company, the Nigerian National Petroleum Company (NNPC), was working with a MNC, Shell Petroleum Development Corporation (Shell), in oil extraction operations *“and that these operations have caused environmental degradation and health problems resulting from the contamination of the environment among the Ogoni People”*(paragraph 1). It was further alleged, *inter alia*, that the government had aided and abetted these activities by refusing to allow independent scientific and environmental studies on the health impact of the oil operations (paragraph 5) and by *“placing the legal and military powers of the state at the disposal of the oil companies”* (paragraph 3), and *“neither monitored operations of the oil companies nor required safety measures that are standard procedure within the industry”* (paragraph 4).

The Commission noted an international consensus to the effect that *“all rights, both civil and political rights and social and economic, generate at least four levels of duties for a State that undertakes to adhere to a rights regime, namely the duty to respect, protect, promote and fulfil these rights”* (paragraph 44) The Commission buttressed its reasoning with reference to Article 2(1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), which obligates States to take steps *“...by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”* and found that the state has a duty to make *“concerted action”* (paragraph 48) to ensure enjoyment of the human rights. Following an examination of the claimed violations and in the absence of any contest from the government around the facts (paragraph 49), the Commission made a finding that the State had violated the African Charter (paragraph 58) because

[...] in the present case, despite its obligation to protect persons against interferences in the enjoyment of their rights, the Government of Nigeria facilitated the destruction of Ogoniland. Contrary to its Charter obligations and despite such internationally established principles, the Nigerian Government has given the green light to private actors, and the oil companies in particular, to devastatingly affect the well-being of the Ogonis. By any measure of standards, its practice falls short of the minimum conduct expected of States.

There was no finding of liability against the state oil company or the MNC. David Bilchitz (2010) has remarked at the absurdity of this finding, stating that *“the fact that the Commission focused its attention only on the actions and obligations of the government is puzzling: the oil companies could arguably have been said to have primary responsibility for the harms caused yet the Commission never addresses*

their responsibilities directly." It is inconceivable that the Nigerian government's liability extended beyond aiding and abetting the destructive operations of the oil companies, and more likely that the positive actions of both Shell and NNPC caused all the damage. Yet all legal liability accrued to the State. The Commission therefore took the view that there is nothing in place both in the Charter or Nigerian law that could have created legally binding human rights obligations against Shell.

Yet, Article 1 of the African Charter specifically enjoins member states to "undertake to *adopt legislative or other measures to give effect*" to the rights in the Charter. Article 16(2) of the African Charter explicitly enjoins states to "*take all necessary measures to protect*". This is a similar obligation to that under Article 2(1) of the ICESCR, which places an obligation on states to use legislation to protect to human rights. In the Ogoni case, the Commission proceeds from the viewpoint that this is limited to placing an obligation on the state *alone* to protect human rights.

The question whether the state should, in the process of adopting 'legislative or other measures to give effect' or taking 'all necessary measures to protect', also pass an equal duty to secure human rights on another entity (in this case both the local and foreign oil companies) is never canvassed. It must be recalled that there is no reason why international human rights law would forbid a state imposing direct human rights obligations on non-state actors. And there is precedence on the regional level, South Africa has done so through 8(2) of the Constitution.¹⁵

Instead, the Commission focused on the State's duty to protect citizens from "*damaging acts that may be perpetrated by private parties*", and relied on jurisprudence from the Inter-American Court of Human Rights¹⁶ and the European Court of Human Rights¹⁷ for support of the proposition that there is such a duty. The failure to take note of a relevant regional example is symptomatic of a consistent weakness in the Commission's decisions and might speak to issues of the quality of argument when cases are brought to it,¹⁸ but it still does represent a missed opportunity.

¹⁵ Which provides that 'A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.'

¹⁶ *Velásquez Rodríguez v. Honduras* judgment of July 19 1988, Series C, No. 4.

¹⁷ *X and Y v. Netherlands* 91 ECHR (1985) (Ser. A) at 32.

¹⁸ In an unpublished work: Tinomudaishe Chinyoka, *Neither African nor Necessary: the Problematic Reasoning of the African Commission on Human and Peoples' Rights Regarding 'Indigeneity' in the Endorois case*, Dissertation Submitted for the Master of Studies Degree in International Human Rights Law University of Oxford 2016, I make the argument that decisions of the African Commission are affected by poor argument and that this explains some glaring inconsistencies. For example, Communication 276/03 *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya* (2009) AHRLR 75 (ACHPR 2009) (27th Activity Report), dealing with the question of the meaning of 'peoples', makes no reference whatsoever to the African Commission's own earlier decision in Communication 266/03, *Gunme and others v Cameroon*

There is nothing in the language of the Charter that supports this limitation. There is nothing that stops the State from using legislation to place obligations on other entities to respect and protect human rights.¹⁹ While it is arguable that at face value this might be tantamount to advocating for the state parties to the Charter to pass on their obligations to another party, this is in fact not the case. First, the language of the Charter makes clear that the State has a primary obligation to respect, protect, promote and fulfil the obligations of the Charter. Passing that duty over in a way that would then absolve the state of its duty is not a possible interpretation of the language of the Charter. The example of section 8(2) of the South African Constitution shows that this is not a very difficult legislative feat.

Secondly, and perhaps more importantly, the seemingly wide discretion²⁰ given in the words “*shall take the necessary steps*”²¹ appears to be one that offers a wide range of possibilities to the States. It suggests that there is a wide discretion as to what can be done under to give effect to the Charter. And, as long as a measure will result in the protection of rights then it is necessary (or “needful,” “requisite,” “essential,” “conducive to,”) and therefore needed to be done, thus permissible under the Charter definition. Clearly, any measure that results in additional protection over and above what is available from the State can only be regarded as necessary or essential for the purposes of fulfilling the requirements of the Charter. In *Avocats sans Frontieres (on behalf of Gaetan Bwampamye) v. Burundi* (ACHPR, 2000)²² the African Commission observed as against Burundi that contrary to Article 1 the African Charter, the country had not only failed to recognise the fundamental “rights, obligations and freedoms proclaimed in the Charter, [but also to] take measures to give effect to them” (ACHPR, 2000).

(2009) AHRLR 9 (ACHPR 2009) (26th Activity Report)

¹⁹ Joe J. Wills, who reviewed an early draft of this article, made this comment on this point: “This is clearly correct. But it is also true to say that there is nothing that requires them to do so as well.”

²⁰ It could also be argued that the words are in fact peremptory, as evidenced by the use of ‘shall’, placing an obligation on the State to use any and all conceivable (as opposed to preferred) means to protect human rights.

²¹ On the import of the word ‘necessary’, see the discussion by Chief Justice Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4 Wheat. 316 316 (1819). at page 17 U.S. 418: ‘Does [the word “necessary”] always import an absolute physical necessity so strong that one thing to which another may be termed necessary cannot exist without that other? We think it does not. If reference be had to its use in the common affairs of the world or in approved authors, we find that it frequently imports no more than that one thing is convenient, or useful, or essential to another. To employ the means necessary to an end is generally understood as employing any means calculated to produce the end, and not as being confined to those single means without which the end would be entirely unattainable..... [T] he word “necessary” means “needful,” “requisite,” “essential,” “conducive to,”. At: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>> Accessed on 08 September 2017.

²² The same observation was also made against Zambia in *Communication 211/98, Legal Resources Foundation v. Zambia*, Fourteenth Activity Report 2000-2001, Annex V.

In line with its tradition of always looking for an expansive interpretation of the Charter,²³ the Commission found (in the *Ogoni case*) that ‘there is no right in the African Charter that cannot be made effective’ (paragraph 69) but then limited itself by finding that part of that process should not

[...] fault States that are labouring under difficult circumstances to improve the lives of their people...[and that the] intervention of multinational corporations may be a potentially positive force for development if the State and the people concerned are ever mindful of the common good and the sacred rights of individuals and communities.

Being liable for the protection of human rights on the one hand and being a positive force for development need not be mutually exclusive.

It is true that there are a number of alternatives to ensuring that corporations act in a way that respects the law, such as effectively regulating corporate conduct, prosecuting corporate criminality, providing compensation for victims of corporate abuse²⁴ and adherence to democratic principles and the rule of law. However, because of the dynamics inherent in the uneven relationship between MNCs and Third World states, many of these measures presuppose the existence of both the will and the ability on the part of the State, where in fact there might be none. Given the size and power that some MNCs have, it is inconceivable that some developing states would have the power to effectively regulate or prosecute them (EZEUDU, 2011),²⁵ even if there was a will to take such steps.²⁶

In this regard, I would suggest that the focus on promoting corporate social responsibility is somewhat misguided, and that the best guarantee for what this focus seeks to achieve would be to place an obligation to protect human rights. The former is voluntary and self-defined, much like asking a patient to decide which

²³ But see however the debate in Malcolm Evans, Rachel Murray (eds): *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986–2006* (Cambridge, Cambridge University Press, 2008) at p.174, where the ‘expansive interpretation’ seems to be something of a case by case phenomenon.

²⁴ I am indebted to Joe J. Wills for helping me develop this point.

²⁵ Martin-Joe Ezeudu (2011), also commenting on the activities of Shell in the Niger delta and the facts surrounding the Ogoni case, argues for an expansion of the International Criminal Court’s jurisdiction to include the power to prosecute MNCs.

²⁶ And, given the decision of the African Commission in Communication 245/2002, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Twenty-first Activity Report 2007, Annex III, which adopted the jurisprudence of the Inter-American Court in *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Series C, No.4, Human Rights Law Journal 9 (1988) 212, it is the State that bears the obligation to prevent, to investigate and to punish the actions of non-state actors when they affect human rights. Given that in that case the evidence showed a direct link between the Zimbabwe Liberation War Veterans Association as an arm of the ruling party, the fact that the African Commission still found that they were a non-state actor goes to show the hurdle that litigants have when going against powerful opponents.

disease they want to decide that they have and then treat it, rather than having an independent diagnosis and a tried and tested formula for addressing it. It has not been shown that companies' commitment to corporate social responsibility, like corporate codes of conduct, can ever be "*more than public relations exercises - fig leaves for exploitation- the latest in a long title of efforts by firms to escape responsibility for the production conditions from which they profit...*"(KEARNEY, 2000, p. 1359).

According to Steiner and Alston, at the very least, "*the human rights obligations assumed by each government require it (or should require it) to use all appropriate means to ensure that actors operating within its territory subject to its jurisdiction comply with national legislation designed to give effect to human rights*"(STEINER; ALSTON, p. 1349). Clearly, given that one basic reason for having a human rights protection mechanism is that in instances where this is likely to become an issue is that some states do not respect this duty, it is incumbent upon States to use the language of human rights instruments to widen the net for to cover all possible holders of the duty to respect and uphold.

This is especially so when, such as in the *Ogoni case*, it is clear that the reason why the violations occurred, and in deed were aided and abetted by the state, was for the benefit of private companies. The influence that MNCs have over States, especially in Africa, cannot be underestimated. States are discouraged from close regulatory oversight by the economic benefits that come from creating an enabling environment. Indeed, Steiner and Alston concede that states are often powerless to resist MNCs. This is because of the economic need for investment and the need to reduce operating costs, because "*in the context of increasing global mobility of capital, competition among potential host countries discourages initiatives that may opus up labour costs and make one country less attractive than others with lower regulatory standards - the so-called race to the bottom*" (STEINER; ALSTON, p. 1349). This is further complicated by the fact that in these poor countries, even those MNCs that are committing human rights violations sometimes still pay better than the alternative.²⁷

It is time that the orthodox (CHOW, 1988) understanding of human rights as applicable only to states (CLAPHAM, 1993) must give way to a reality that looks at the modern world for what it is: a hybrid of actors and actions that blur the divide between state and private enterprise. To continue to argue that MNCs only

²⁷ A Human Rights Watch report from August 1996 examined the systematic discrimination against women at the expert processing factories (Maquiladoras) on the US-Mexico border and found that despite these violations, these companies offered better pay to the local population than the alternatives, forcing the locals to put up with the human rights violations. <https://www.hrw.org/legacy/reports/1996/Mexi0896.htm> (accessed 17/07/17)

interact with international law through their States (CHOW, 1988) is to avoid reality. In other words, I submit that rather than have an argument whether that corporations should bear human rights obligations under domestic law through specific legislation passed to that effect, the debate should really be on whether similar obligations should also ensue from international human rights law.²⁸ According to Duruigbo (2008, p. 228), “*international law cannot continue to play the ostrich and pretend that these corporations can be under the effective control of national laws and institutions only.*” Privatisation in many European countries means that purely state functions are now carried out by private, usually MNCs, on behalf of the state. In the United Kingdom, private companies run prisons,²⁹ carried out some police functions,³⁰ and are involved in immigration enforcement.³¹ To suggest that once so contracted out, these activities are outside the oversight of human rights treaties would be absurd.³² Instead, and to adapt the words of Cane in relation to administrative law into the human rights context:

[...] what matters for questions for questions of legal liability is the nature of the activity, not the identity of the person or body conducting; and since activities are not by their nature either public or private, the distinction is irrelevant to the regulation and control of human activity (CANE, 1987)

Reading existing human rights treaties as already empowering states to share their obligations with MNCs is arguably better than trying to create new instruments specifically directed at companies. To begin with, because International Treaties require voluntary signup, it is unlikely that many MNCs would sign up to any robust process that affected their bottom-line. Secondly, when these instruments have been attempted³³ that have been largely aspirational,

²⁸ If it is possible to make individuals liable for criminal wrongdoing under international law, it seems odd that corporations, which rely on their distinctive legal persona to effectively stand separate from their shareholders, cannot be equally liable. See also Peter Muchlinski, ‘Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?’ (2010) 34 *Cambridge Journal of Economics* 915

²⁹ See HM Prison Service <https://www.justice.gov.uk/about/hmps/contracted-out> (accessed 01 September 2017)

³⁰ See The Guardian: Private security firm G4S to run Lincolnshire police station, 22 February 2012 <https://www.theguardian.com/uk/2012/feb/22/g4s-run-police-station-lincolnshire> (accessed 08 September 2017)

³¹ See The Telegraph: ‘G4S staff suspended after claims of abuse on detainees at immigration removal centre’ 1 September 2017 <http://www.telegraph.co.uk/news/2017/09/01/g4s-staff-suspended-claims-abuse-detainees-immigration-removal/> (accessed 08 September 2017)

³² Indeed, the practice in the UK from the news reports are that these companies are then held to the same standards as would the state if it was carrying out these functions. The fact that it is possible to hold corporations to those standards should mean that placing direct legal obligations on them to respect human rights is not impossible.

³³ See for example Amnesty International’s ‘Human Rights Principles for Companies’, January

relying on MNCs' supposed concerns about protecting reputational damage and avoiding the creation of unstable operating environments. Unfortunately, these aspirations, though noble, do not address the practicalities of doing business in the environments where this is ever an issue: sometimes these companies profit from instability. What if it is cheaper to pay bribes to some regional warlord than taxes to a national entity? Isn't it in fact the case that MNCs move from the west to poorer countries because of the low operating costs, which in turn are a result of "*weak labour laws and enforcement, and restrictions on trade union activity, [conditions which in turn lead] to violations of internationally recognised rights*"(STEINER; ALSTON, p. 1354) and enforcement mechanisms?

CONCLUSION

In the field of human rights, it should matter who has committed the human rights violation, be they a private entity or a state body. Either should carry the obligation to uphold international and national human rights law. Since it matters not to the nature of the harm suffered by the holder of the right whether the violator was a state or someone doing it for profit, maintaining the distinction is an anachronism which protects private business for no justifiable reason. In the Ogoni case, the Commission passed up on an opportunity to find that one of the 'necessary steps' that the Nigerian government ought to have taken in protecting the rights of the Ogoni people was to place an obligation on the two oil companies to uphold the rights in the Charter in their operations in Ogoniland.³⁴

So, rather than finding that the Nigerian government was liable as it did, in my view the Commission ought to have made a specific finding that the Nigerian government had not done everything necessary by failing to enact legislation making corporations like Shell directly liable for human rights violations. At first glance this might appear like a contradiction in that it seems to presuppose a power that most Third World States will quite simply not have against giant MNCs. However, if international human rights law recognized such an obligation, and placed on corporations a legally enforceable duty to respect human rights as subjects of international law, this would take the pressure away from the States in the developing world, who would simply be implementing an international law obligation.

1998, AI Index: ACT 70/01/98 <https://www.amnesty.org/download/Documents/148000/act700011998en.pdf> (accessed 17/07/17)

³⁴This failure on the part of the state did not absolve the state of its own obligations to protect, but MNCs will invariably have deeper pockets to make restitution and, perhaps more importantly, a reason to avoid incurring the liability in the first place: profit.

REFERENCES

ACHPR. The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic, and Social Rights v Nigeria, Communication 155/96, *African Commission on Human and Peoples' Rights*. 2001. At: <http://www.achpr.org/files/sessions/30th/comunications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf>. Accessed on 06/04/2017.

ACHPR. Communication 231/99. *Avocats sans Frontières (on behalf of Gaëtan Bwampamyé) v. Burundi*. Fourteenth Activity Report. 2000. Annex V.

BILCHITZ, David. The Necessity for a Business and Human Rights Treaty. *Business and Human Rights Journal*, 203. 2010. At: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/The%20Moral%20and%20Legal%20Necessity%20for%20a%20Business%20and%20Human%20Rights%20Treaty%20February%202015%20FINAL%20FINAL.pdf>>. Accessed on 08 September 2017.

BILCHITZ, D. A chasm between 'is' and 'ought'? A critique of the normative foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles. In : DEVA, S.; BILCHITZ, D. (eds.). *Human rights obligations of business: Beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BUCKINX, Barbara C.J. Reducing Domination in Global Politics. Princeton University. PhD Dissertation, June 2010. At: <<https://search.proquest.com/openview/1867fd227108b0ca7edf04216733a6b4/1?pq-origsite=gscholar&cbl=18750&diss=y>>. Accessed on 08 September 2017

CANE, P. Public and Private Law: A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept. In: EEKELAAR, J.; BELL, J. *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

CASSESE, Antonio. *International Law in a Divided World*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

CHOW, Daniel C.K. Limiting Erie In A New Age Of International Law: Toward A Federal Common Law Of International Choice Of Law. 74 *Iowa L. Rev.* 165, 193 N. 145, 1988.

CLAPHAM, A. *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: OUP, 1993.

DURUIGBO, Emeka. Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges. *Nw. J. Int'l Hum. Rts.* 2008. At: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol6/iss2/2>>

EZEUDU, Martin-Joe. Revisiting corporate violations of human rights in Nigeria's Niger Delta region: Canvassing the potential role of the International Criminal Court, *AHRLJ*, 2011.

HELD, D.; MCGREW, A.; GOLDBLATT, D.; PERRATON, J. *Global Transformations Politics, Economics and Culture*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Elaboration of an internationally legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 June 2014.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *The Special Representative of the Secretary-General, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie: Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts*, Doc. A/HRC/4/35. 2007. At: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/108/85/PDF/G0710885.pdf?OpenElement>>.

KEARNEY, Neil. Corporate Codes of Conduct: The Privatised Application of Labour Standards. In: STEINER; ALSTON (eds). *International Human Rights in Context: law, Politics, Morals*. 2nd ed. OUP, 2000.

KINLEY, D.; TADAKI, J. From talk to walk: The emergence of human rights responsibilities for corporations at international law. *Virginia Journal of International Law*, 44, 2004.

NELSON, W.N. Human Rights and Human Obligations. In: PEACOCK, J.R; CHAPMAN, J.W. (eds). *Human Rights*. New York: New York University Press, 1981.

OCHCHR. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework (A/HRC/17/31)*. 2012. At: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf>.

RATNER, Steven R. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *Yale Law Journal*, 443, 2001.

SANTORO, Michael. Post-Westphalia and its Discontents: Business, Globalization and Human Rights in Political and Moral Perspective. *20 Business Ethics Quarterly*, 281, 2010.

WEISSBRODT, David; KRUGER, Muria. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights. *AJIL*, 97, 2003.

WILLS, Joe. The World Turned Upside Down? Neo-Liberalism, Socioeconomic Rights, and Hegemony, *Leiden Journal of International Law*, 27(1) 11, 2014

TRANSNATIONAL NORMS AND CONSTITUENT POWER: BIOPOWER CONNECTIONS*

NORMAS TRANSNACIONAIS E PODER CONSTITUINTE: CONEXÕES DE BIPODER

Vinícius Leão de Castro

LLM in Legal Sciences - Federal University of Paraiba (2017). LLB - State University of Paraiba (2015). Continuing education in Lecce-IT (2014) and Cambridge-UK (2012). Lawyer with experience in Judicial behavior of the superior courts. Director and founder of the “Centro Interdisciplinar de Pesquisa em Educação e Direito” (2014).
Founder of “A Barriguda: Revista Científica” (2011).

Laryssa Mayara Alves de Almeida

LLM in Economic Law - Federal University of Paraiba (2016-2018). Criminal Law Specialization (2014). LLB - State University of Paraiba (2013). Continuing education in Lecce-IT (2014).
Lawyer with experience in Administrative Law. Director and founder of the “Centro Interdisciplinar de Pesquisa em Educação e Direito” (2014).
Founder of “A Barriguda: Revista Científica” (2011).

Gustavo Rabay Guerra

Founding partner of “Rabay, Bastos & Palitot Advogados Associados”. PhD in Law, State and Constitution - University of Brasilia. LLM in Public Law - Federal University of Pernambuco. Adjunct Professor - Center for Legal Sciences - Federal University of Paraiba. Permanent member of the Post-Graduate Program in Legal Sciences of the Federal University of Paraiba.

Submetido em: 22/08/2017

Aprovado em: 27/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.4383>

Abstract: The article examines important paradigms to constitutional law and for discussions between law and politics, as contractualism, constitutionalism, constituent power and

*Thanks to *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior* (CAPES) for financing this research.

transjuridicity through connections (element that makes the difference between knowledge processes to develop new views - thoughts - on those processes). Therefore, a bibliographical research and a qualitative approach were used, to clarify the constitutional phenomenon from its association with biopower. The first section is dedicated to investigate connections between contractualism and modern constitutionalism, to demonstrate the use of various power paradigms in the relationship between sovereignty and power. The second part is focused on the connections between the construction of transnational rules and the transformation of the constituent power and its approach to global constitutionalism, with the modification of the political system. Third, constituent power is presented as fixed values of a society that functions to internally legitimize the political system, using biopower as an instrument to organize the relations between law and politics in a society of control based on constitutionalism. Thus, the elements that support the relationship between transjuridicity and constituent power through biopower connections are described.

Keywords: Global Constitutionalism; Transjuridicity; Biopower.

Resumo: *O artigo estuda paradigmas importantes para o direito constitucional e para as discussões entre direito e política, como contratualismo, constitucionalismo, poder constituinte e transjuridicidade através de conexões (elemento que estabelece a diferença entre processos de conhecimento para elaborar novos pontos de vista - pensamentos - sobre aqueles processos). Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa, para esclarecer o fenômeno constitucional a partir da sua associação com o biopoder. A primeira seção se dedica a investigar as conexões entre contratualismo e constitucionalismo moderno, para demonstrar a utilização de paradigmas de poder diversos na relação entre soberania e poder. A segunda parte é focada nas conexões entre a construção de normas transnacionais e a transformação do poder constituinte e sua aproximação com o constitucionalismo global, com a modificação do sistema político. Em terceiro lugar, o poder constituinte é apresentado enquanto valor fixo de uma sociedade que funciona para legitimar internamente o sistema político, utilizando o biopoder como instrumento para organizar as relações entre direito e política na sociedade de controle baseada no constitucionalismo. Dessa maneira descrevem-se os elementos que sustentam a relação entre transjuridicidade e poder constituinte através de conexões de biopoder.*

Palavras-chave: *Constitucionalismo Global; Transjuridicidade; Biopoder.*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Connections between paradigms: contractualism and modern constitutionalism. 3. Global constitutionalism: hito constituyente of political system? 4. Transnational norms and constituent power: biopower connections. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

Observing the transformations that occur in society represents the defense of a critical and constructive perspective in relation to the realities that are placed, that is, it is intended with the discussion on constitutionalism and biopower to extend the relation of self-observation that is necessary to a researcher in any scientific work, focused on the critical construction of new reflections.

That's the context the connection is proposed as an element of self-observation to highlight the position of paradigms in society, thus describing the

importance of new concepts through the theoretical approach of interdisciplinary and critical character.

Therefore, this research intends to analyze the relationship between the process of construction of transnational norms and the constituent power in the scenario of global constitutionalism, in order to demonstrate that this process integrates a biopower strategy.

Legal paradigms, such as sovereignty, contractualism, constituent power and constitution, for example, were strongly built over time, all of them having one thing in common: the element *power*. They are perceptions (or paradigms) of power that sustain these conceptions not only in the theoretical plane, but in the everyday life, in which the transformations of its mechanisms place new relations with people in conjunction with new legal-political arrangements.

This research puts modern and contemporary constitutionalism side by side to question the extent to which they can be represented by global constitutionalism. Because of this, the constituent power can be studied by several perspectives, among them by its association with the process of construction of transnational norms in two aspects. The first presents the points of intersection between law and politics to describe forms of rupture and integration in the contractualism and modern constitutionalism, the second shows the central aspects of proximity among biopower and global constitutionalism in the construction of transnational norms.

2 CONNECTIONS BETWEEN PARADIGMS: CONTRATUALISM AND MODERN CONSTITUTIONALISM

Establishing the connection between paradigms is the first step to show the biopower connections that are established between transnational norms and constituent power; a task that would become impossible without examining categories fundamental to this proposal, such as contractualism and constitutionalism, which reveal connections between paradigms of power.

First of all, it is necessary to understand the meaning of the word paradigm. It is conceived as the model accepted and recognized by a particular scientific community, which provides initial certainties that unite this group around questions about the same phenomenon, by rules that guide the search for solutions to problems in order to become the basis for theories (KUHN, 1970).

In this sense, it is contractualism that, when examined as an example, can be connected to this notion, in such a way that its influences up to the present moment become more explicit.

Admitting the formation of the State as a result of the establishment of a pact between free persons, by which they transfer certain individual rights to the sovereign in order to maintain the right to life of the community in light of a pre-existing situation characterized by the absence of legal norms, is the basis on which contractualism was built.

Formation of the State, maintenance of the social order and establishment of the law are the initial certainties that underlie this paradigm. The advancement of the studies led to questions of several orders, such as those on which would be the basis of the power responsible for making the transition between social models, on what are the objectives of this consensus among people and on what would be the position of each subject after the association intended by the contract.

At the political level, the main repercussion is the Westphalian State, which permits us to advance in the understanding and perception of statehood, by allowing the entry of new state actors in the international political scene, through the recognition of legal parity between states and the formal affirmation of sovereignty state-owned. Because of these facts it is possible to declare that that moment means the birth of the modern state and the international political system (FRANCA FILHO, 2006).

This is the aspect on which the analysis must be detailed, that is, the relationship between sovereignty and power in the contractualist paradigm, in order to identify the appearance of new problems in this tradition of scientific research.

First, there is the legal-discursive representation of power, which may be called the juridical conception of power or simply power-sovereignty. This derives primarily from the contract and, therefore, exists only with the State and the sovereign, either to meet the demands that arise with the establishment of the State, sometimes to limit it, or to ensure its monopoly. Through this representation, it is impossible to dissociate power from the figure of the sovereign or the State: they are born bound and remain in mutual probate, in relation to necessity.

Here, as power relations are identified as legal relations and sobriety occupies the central role in the definition of the State, power is represented by ownership, that is, characterizes itself as a right that one can have as a property. Consequently, it would be possible to transfer it through contracts, as a founding act of law (FOUCAULT, 2005).

In this case, the sovereign is characterized as the holder of the right to life and death over his people and, due to such fact, his people, originally, were in a neutral position, that is, the condition of living or dead, depended on the will of

the sovereign. Consubstantiated through the idea of appropriation of all elements of the person's life and through the idea that such a right was only effective at the time that the sovereign could kill, therefore, the right to let die or let live was a characteristic of this paradigm. Thus, as a mechanism of confiscation, this power materialized in the apprehension of properties and wealth to reach time, bodies and lives in order to suppress them (FOUCAULT, 2011).

The theory of sovereignty was the truth discourse produced by contractualism, orienting the search for methods of social and political organization, basing absolutist and administrative monarchies until parliamentary democracies emerged, so that there was some adjustment between the forms of power movement and the use of theory.

However, it is clear the change in this paradigm, because the new reality that was presented could not be explained by the contractualist model, leading to new interpretations and possibly to some misunderstanding (according to innumerable interpretations) in unstructured events (KUHN, 1970).

After the presentation of this first theoretical framework, with a view to the transformation of paradigms, a connection between processes (law and power) is proposed in order to make it clear that the substitution of contractualism by modern constitutionalism corresponds to the adjustment between power-sovereignty and disciplinary power.

The connection is possible while another paradigm of power is presented. From this it is possible to emphasize that the observation of this element shifts from its identification with the political apparatus or with the one that controls it to the daily life, that is, in the margins of the society perceives where the relations of power are produced from the everyday events that during the continuance of these paradigms were not historically or scientifically perceived.

This is the initial certainty that makes it possible to maintain that power does not belong to something or someone, it is not a superstructure, its formation also does not derive from the opposition between dominators and dominated, which means that power and resistance can be seen in different spaces.

Therefore, power must be seen as something that circulates, that is not located here or there, because it works and is exercised in a network, that is, by its meshes people not only circulate, but are always in a position to exercise this power and suffer their action, so instead of inert targets they are embodied in transmission centers (FOUCAULT, 2003).

The new view on this phenomenon allows the emergence of other questions. After all, to study the relationship between law and politics present in

constitutionalism from a paradigm of power based on social practices is to try to articulate it within the strategy of power of which it is part.

Modern constitutionalism is considered as a juridical-political movement consolidated after the revolutionary events of the eighteenth century destined to organize law and governmental organs in relation to the power of the State. For this reason, mechanisms of power limitation, the defense of fundamental rights and the creation of common values that encompass subjectivities within the same totality (collective feeling), provoke the rise of individualism with the adoption of the liberal model of State.

This constitutionalism promoted the formation of a new collectivity by creating a symbolic scope of membership in order to promote social integration, since it deconstructed the conceptions of society and its members as mere objects of sovereign intervention, transforming the foundation and grounding of legitimate authority and this integration into social tasks whose realization does not depend on any transcendent instances (FRANKENBERG, 2007).

And why does it happen? For what reasons were certain possibilities for the emergence of action explored or abandoned? Finally, we recognize that in a field of possible options modern constitutionalism was inserted within a strategy of power at the same time as the disciplinary society appeared, for which it was the only possible form of accommodation between law and politics.

Relationships are no longer purely top-down (governors-governed, employer-employees, parent-child) and become multiple. Since the effects of power cross all people (mutual supervision), the pyramid is replaced by the network.

The creation of common values reflects the normalization of social relations, normal becomes an instrument of coercion to create categories that are affiliated to a social body (not social) in which the individualization serves as a measure to recognize who it strays (FOUCAULT, 2007).

The limitation of power occurs through the law, which creates new institutions that become parallel centers of power, such as prisons, hospitals, asylums and schools, in regard to the normalization of knowledge applied.

Individualism as a political concept as well as individual rights standardized at that time not only reflects the struggle against absolutism and the consolidation of the bourgeoisie as the ruling class, but also reflects the pretension to keep the individual in his own way, with his own aptitudes and abilities on looks of permanent knowledge that makes it an object that can be described and analyzed.

Limitation of power, common values, social integration, individual rights and individualism are reflexes of the substitution of the transcendent instance for a power that is anonymous, multiple and automatic, which starts to make the gears of society, including politics and work. These are aspects that demonstrate the substitution of contractualism for modern constitutionalism as a way of adapting the strategy of power that replaced sovereignty by discipline.

3 GLOBAL CONSTITUTIONALISM: HITO CONSTITUYENTE OF THE POLITICAL SYSTEM?

The second connection presented in this research occurs between transnational norms and constituent power. Considering the associations between sovereignty and power, it is necessary to specify the dialogue, so that the constituent power is scattered and so that the observation turns to the social facts of the present and, because of this, to contemporary constitutionalism, since the paradigm in focus only allows for detailing from of the theoretical effort that results in the study of both frames.

Contemporary constitutionalism is the stage currently experienced by society, as a requirement of the democratic political regime, along with pluralism and multiculturalism as social expressions. Given this, there is also a growing judicialization of politics along with the transfer of power from political institutions to judiciary ones, with decisions that involve the most serious controversies of politics in democracy. Internationally, the transformations are even more profound when compared to the past, jurisprudence is shared between foreign superior courts, reflecting the use of principles that find growing international uniformity as the international courts are consolidated and contemporary constitutionalism turns to the transnational processes of construction norms.

This new scientific tradition reveals the failure of modern constitutionalism in presenting answers to a society that exposes hypermodern where time and space are relativized. The new circumstances raised new questions, since individual, sovereignty, power, state and law were transformed. That said, it is necessary to emphasize nomenclatures more adapted to the contemporary constitutionalism as, for example, global constitutionalism¹.

The main aspect of this conjuncture is linked to the process of construction of constitutional norms and, of course, to the constituent power. That is, the

¹ Other well-known denominations are “international constitutionalism” and “transnational constitutionalism”; however, it follows Schwöbel’s (2010) argument by stating that the former refers to the discussion of matters between States, while the second deals with issues that are beyond the States.

influence of external factors and decentralization in the constitutional process allows the perception of the displacement of the relationship between law and politics based on internal formal procedures with legal sources previous the legal order for a network in which the construction of norms cannot be dissociated of values, institutions and procedures that do not belong only to one State. This transjuridicity will justify the emergence of global constitutionalism by embracing contemporary constitutionalism.

It is possible to associate global constitutionalism with a normative theory that seeks solutions to the relationships among legal systems (at all levels) in order to provide active capacity to regulate the forms of global governance in legal-political terms. In this sense, it supports the creative power of public law and with it from the courts and judges to organize a global order, so it can be considered a paradigm focused on legal practice. In addition, to achieve it, the existence of the international community with regard to common rules, procedures and values with the purpose of protecting the collective interests of humanity is indispensable. The objectives of global constitutionalism are to increase institutional efficiency, accountability, transparency and representation (VOLK, 2012).

Between law and politics is the constitutionalism that sometimes constitutes the element that involves the relationship, or, in the luhmanian vocabulary, the structural coupling between these two social subsystems. Unlike a merger, that happens by the stable coordination of the specific operations of each subsystem, what stands out in such relationship and what matters to the research is power.

The first point of view on this element is part of a scientific tradition that studies a constitution as a document that externalizes a structural coupling. Because of this, the relationship that describes power and sovereignty will result in constituent power. The second perception is aimed at a final part of this study and concerns a change in social facts from the power paradigm exposed as a presentation to the discipline to analyze how biopower connections between transnational norms and constituent power take place.

Both are aspects of the same observation and are interspersed throughout the research. In this sense, it is worth emphasizing the transition that underwent the paradigm of constituent power in the transformations described above. In the first place, it configures itself with the sovereignty of *summa potestas* and, consequently, of contractualism as an absolute and total element. On the other hand, modern constitutionalism presents it as a source of production of constitutional norms that aim at the organization of the State through the establishment of a new legal order (NEGRI, 2002).

For this reason, it is possible to speak of an external and pre-legal source that establishes the legitimacy of the modern state, since it authorizes the enactment of laws through the constitution, with the creation of political institutions to reconcile the expectations of shared autonomy and collective freedom (THORNHILL, 2012).

At this point, breaks also occur, so it is appropriate to investigate the approximation between constituent power and global constitutionalism. The authorized existence of a pluralistic legal order, which shifts powers from the holders of the constituent power to the transnational institutions; the conformation of constitutional norms of domestic law by international law to reinforce the fundamental values of the international community; the performance of external actors in the process of elaborating constitutional norms; the production of transnational norms unrelated to constituent power, presented by modern constitutionalism; the constitutional qualification for transnational norms together represent new interpretations of the constitutional phenomenon that provokes questions about the proximity mentioned above.

The scenario of consolidation of global constitutionalism conceives the transition from an eminently national political system to a transnational one. This trajectory takes the first glance to the defense of the substitution of the paradigm of the constituent power, mainly by the nucleus that characterizes this displacement, which is the process of construction of the transnational norms.

However, this is the appropriate *locus* for dealing with rupture or integration. Thus, the concepts of constituent moment and *hito constituyente* were sought as the theoretical framework necessary to clarify the debate, due to the fact that the answer what represents the global constitutionalism for the political system and, consequently, the paradigm situation of the constituent power.

Constituent moment represents constitutional creation that breaks with the political continuity by the adoption of new principles inspiring social and political organization, internalizing new and specific constitutional culture to provide new legitimacy to the system, that is, to conceive it as a political phenomenon that represents the express manifestation of the will of constituent power. Otherwise, *hito constituyente* is the set of negotiations and renegotiations in which there is general collaboration among the actors aiming at a reconstitution process that establishes strategic constitutional reflection to accommodate, for example, the requirements of multiculturalism and pluralism (GISBERT, 2005).

The factor that determines the choice for rupture or integration, by constituent moment or *hito constituyente*, is the observation of social facts

from a new paradigm of constituent power that does not oppose the process of construction of transnational norms, but integrates it.

This integration happens through the substitution of the source of the legitimacy of the constituent power, of sovereignty for values, taking it from the sphere of subordination to that of adaptation of the political system in a strategic constitutional reflection that sees it as an internal source of legitimacy, in such a way that these values guide the action of actors and institutions and conform the production of norms. Thus, the hito constituyente of the political system is represented by global constitutionalism because of the production of transnational norms that integrate the constituent power as a balise of values.

4 TRANSNATIONAL NORMS AND CONSTITUENT POWER: BIOPOWER CONNECTIONS

The biopower connections between transnational norms and constituent power are described by the elements that establish the dialogue with the other paradigms of power presented throughout the text. In other words, it is only possible to understand them when power-sovereignty and contractualism, disciplinary power and modern constitutionalism are integrated into the paradigm of biopower.

Biopower does not exclude discipline. Among them there is relationship characterized by integration, in which the effects of the second are enhanced by the first. People are no longer seen by their peculiarities as an individual body and are seen by the body-species, that is, by the processes of the whole, by the process in which all people are united in the same category, that is, the population. Similarly, the rules aim to discipline and regulate to achieve the greatest possible space. Therefore, the right to die or to let live is replaced by the right that makes live and lets die. The object of the paradigm of power is shifted to life in order to control the accidents and unforeseen events that are observed through the economic and political effects at the level of mass, so the biological begins to integrate a strategy of power (FOUCAULT, 2005).

The connections between processes (law and biopower) are verified when the constituent power is identified with the values and as internal source of legitimation of the political system, because this is the exploration of a choice to emerge an action, that is, the change in the foundation and grounds of legitimate authority from external and transcendent source to internal and adaptive source promotes the integration of constituent power through the process of elaboration of transnational norms in the political system.

This biopower strategy reflects global constitutionalism as the only form of accommodation between law and politics in the society of control organized by biopower. So, what are the elements that demonstrate this relationship between transnational norms and constituent power, thus configuring biopower connections?

As for transjuridicity and global governance, there is a tendency to monitor, register and recognize people through law and politics, putting all the details of life in the strategy of power, representing, consequently, intervention schemes in global phenomena. In this way, it will be possible to predict and estimate the *modus operandi* of actors and institutions to achieve global states of balance and regularity in favor of common values that originate an international community that is the population.

In relation to the states and multilateral bodies, the presence of control and biopower society is observed through more democratic mechanisms of command, immanent to the social body, with the expansion of institutions in flexible and floating networks, at the same time as the meritocracy is progressively more valued.

Pluralism, multiculturalism and the standardization of principles reflect the tendency of coexistence of high levels of plurality and singularization, a basic example is that of social networks in the information society, where plurality of opinions is alongside the singularity of login.

Therefore, the main biopower connection established between transnational norms and constituent power is the realization of a diagram where all are interconnected, including law and politics. Biopower does not represent an overcoming of the paradigm of constituent power, but through the elements of the transnational political system it operates its mechanisms, integrating them into a strategy of power.

CONCLUSION

The first words are of reaffirmation of interdisciplinary and critical positions in relation to realities and social facts. Therefore, the study of the association between transnational norms and constituent power cannot distance itself from the phenomenon of power that is in all people and in all places, because observing these connections requires a willingness to reflect on the law through new perspectives.

This is the approach in which it was proposed to discuss the relationship between the process of construction of transnational norms and the constituent power in the scenario of global constitutionalism, to demonstrate that this process integrates a biopower strategy.

The connections between the processes are the presuppositions that try to demonstrate the existence of the other connections within the constitutional phenomenon, emphasizing that its transformations are essentially social changes. This is the reason for presenting the constituent power interconnected to values and integrated in the construction of transnational norms.

Observations, explanations and interpretations must put aside dichotomies that belong to the common theoretical sense, in the attempt to understand that in the relationship between law and politics, the relations of power provide varied amalgams.

REFERENCES

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução por Maria Thereza Costa e J. A. Guilhon. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

_____. *A microfísica do poder*. Tradução por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____. *Vigiar e punir*. Tradução por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANCA FILHO, Márcio Toscano. História e razão do paradigma vestefaliano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Mexico D.F., p. 1445-1465, 2006.

FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Tradução por Elisete Antonluk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GISBERT, Rafael Bustos. *La conctitución red: un studio sobre supraestatalidad y constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 2005.

KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

NEGRI, Antonio. *Opoder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução por Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SCHWÖBEL, Christine E. J. Situating the debate on global constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*. Oxford, v. 8, n. 3, p. 611-635, 2010.

THORNHILL, Chris. Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power. *Global Constitutionalism*. Cambridge, v.1, n. 3, p. 369-404, 2012.

VOLK, Christian. Why Global Constitutionalism does not live up to its promises. *Goettingen Journal of International Law*. Göttingen, v. 4, n.2, p. 551-573, 2012.

LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA EN LA CONFIGURACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

DISCRICIONARIEDADE ABUSIVA NA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE SUPERIOR DAS CRIANÇAS

Sergio Alejandro Rea Granados

Patrocinado por el CONICYT. Doctorando en Derecho por la Universidad de Chile.
Maestría en Derecho Internacional Público, Universidad de Melbourne, Australia,
Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana.

Submetido em: 09/10/2017

Aprovado em: 27/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5050>

Resumen: Este artículo tiene el objetivo de analizar la indeterminación del concepto del interés superior de la niñez reconocido por la Convención sobre Derechos del Niño, ya que debido a la naturaleza de éste puede producir discrecionalidad abusiva por parte de los y las operadores(as) jurídicos, quienes al aplicarla o interpretarla podrían ir en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el plano general, este artículo utilizará el método dogmático en relación con este concepto y, por lo tanto, abarcará su explicación a partir de la ciencia del derecho. Lo anterior, para conocer proponer una posible respuesta para reducir la discrecionalidad.

Palabras-clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Derechos de la Infancia; Interés Superior de la Niñez; Discrecionalidad Abusiva; Indeterminación Jurídica.

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a indeterminação do conceito de melhor interesse das crianças reconhecido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, porque, devido à natureza deste último, pode levar a uma discricionariedade abusiva por parte dos operadores jurídicos, que, ao aplicá-lo ou interpretá-lo, poderia ir contra o Direito Internacional dos Direitos Humanos. No plano geral, este artigo usará o método dogmático em relação a esse conceito e, portanto, abarcará sua explicação a partir da ciência do direito. O que precede, para saber como propor uma possível resposta para reduzir a discricionariedade abusiva.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direitos das Crianças; Interesse Superior das Crianças; Discricionariedade Abusiva; Indeterminação Jurídica.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Indeterminación Jurídica. 2.1. Postura a favor de la indeterminación del ISN. 2.2. Postura en contra de la indeterminación del ISN. 3. Discrecionalidad Jurídica. 3.1. Discrecionalidad administrativa. 3.2. Discrecionalidad judicial. 4. Problemas jurídicos con la discrecionalidad jurídica abusiva. Conclusión. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El interés superior de la niñez (en adelante “ISN”) es reconocido por la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante “CDN o Convención DH”) como concepto angular. Aunque se encuentra enunciada en varias disposiciones de este instrumento internacional y otros más dentro del derecho internacional, resalta el artículo 3.1 de la Convención DN debido que es el principal referente normativo de este concepto. Al respecto, este artículo señala que cualquier institución pública como privada debe de tomar en consideración el ISN al adoptar cualquier medida que afecte a los niños y a las niñas.

Sin embargo, este término no ha tenido una interpretación común, pacífica, sino más bien, su aplicación y alcance han sido objeto de diversos debates polémicos dentro de la doctrina como de la jurisprudencia.¹ Esto, debido a que este concepto, por una parte de la doctrina, es considerado excesivamente vago e indeterminado, lo que provoca un abuso excesivo del mismo. Mientras que otros autores consideran que sus límites y su concreción deben determinarse en función de la situación de cada niño en particular. Este debate -el jurídico- demuestra que todavía existe discrepancia sobre este concepto, que pudiera ser aplicado e interpretado abusivamente por parte de los y las operadores(as) jurídicos.

Tomando en consideración lo anterior, este artículo tiene por objeto investigar la indeterminación de este concepto y sus consecuencias jurídicas. Asimismo, los diferentes tipos de discrecionalidad brindar algunas propuestas para reducirla, utilizando conceptos jurídicos indeterminados.

2 INDETERMINACIÓN JURÍDICA

El jurista inglés, Hart (1980, p. 09), señala que la indeterminación en el derecho se contempla como un rasgo inevitable de todo talento de guiar la conducta humana mediante reglas generales, aunque la naturaleza o el ingenio

¹ Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, *Los derechos del niño: Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 2002, p. 258.

humano siempre producirán casos para los que ninguna definición previa de los términos clasificatorios generales usados en las leyes pueda valer.

Por su parte, Endicott (2007, p. 237-270) señala que la vaguedad del derecho es una característica permanente de éste, de sus recursos lingüísticos y de sus recursos interpretativos. Es decir, el lenguaje del derecho se caracteriza, en ese análisis, por su vaguedad, ambigüedad y textura abierta, la cual admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva (CARRIÓ, 1979, p. 27).

Manuel Atienza (2001, p. 06), por su parte, señala que en el lenguaje del derecho existen amplios márgenes para la vaguedad, aunque siempre cabe hacer algo para reducirla a límites tolerables. Asimismo, continúa señalando que además de ser consciente del problema, las definiciones de los términos y de los conceptos están en general encaminadas a eliminar en lo posible las imprecisiones.

De tal forma que las normas no son cláusulas generales sólo por contener algún concepto jurídico indeterminado, sino que, de acuerdo a Weber, únicamente pueden definirse como cláusulas generales aquellas disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto hecho en un grado tan alto de abstracción y de indeterminación que acrecerían de núcleo de certeza en un sentido unívoco y claramente comprobable y sólo tendrán zona de penumbra (GARCÍA SALGADO, 2003. P. 107).

Siguiendo con esta idea, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados reconoce la existencia de éstos en las diferentes disposiciones normativas, los cuales son entendidos como una concreta acepción a la regla general de la determinación de las nociones que utiliza el legislador.

Parte de la doctrina española señala que en los conceptos jurídicos indeterminados, la ley no determina con exactitud sus límites porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero que -en todo caso- es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que -no obstante la indeterminación conceptual, admite ser precisado en el momento de la aplicación (GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, 1998, p. 443).

De esta manera, Manuel Atienza (2001, p. 06) señala que dado que una de las funciones esenciales del derecho es la de guiar la conducta de la gente, las definiciones de los términos jurídicos no pueden alejarse mucho del significado que esas palabras tienen en el lenguaje natural, tras ser el medio de comunicación por excelencia. Así, los legisladores o los juristas teóricos serían los primeros en asignar a las palabras el significado que juzguen oportuno, pero de manera

que las definiciones resulten útiles y fecundas (GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, 1998, p. 443).

De tal forma que los derechos humanos se vuelven no sólo indeterminables en lo abstracto y, por lo tanto, infinitos, sino también de una tal ampliación que permite, en el campo de lo real, las más grandes y múltiples variaciones.²

Por tal razón se ha reiterado que estos derechos se presentan ambiguos, por una parte porque por los múltiples contenidos culturales en el mundo y, cuya aprensión y configuración está condicionada por el contexto histórico espacio-temporal que los ha producido (ANGULO LÓPEZ, p. 52). De esta manera, los derechos humanos pueden adaptarse a las circunstancias y a los contextos de las diversas regiones del mundo sin perder de vista su esencia y naturaleza.

En el caso del interés superior de la niñez incorporado en la Convención sobre Derechos del Niño de 1984, constituyó un hito trascendental, debido a que no sólo el Estado sino los particulares tienen la obligación de respetar y asegurar su aplicación e interpretación de éste.

Sobre todo cuando el ISN fue constituido como un concepto confuso e impreciso y, por lo tanto, su indeterminación pudiera ser contraproducente, ya que al momento de determinarlo existe el riesgo que la discrecionalidad desproporcionada pudiera atentar no sólo contra la naturaleza de este concepto sino que también pudiera ir en contra del derecho internacional de los derechos humanos.

2.1 POSTURA A FAVOR DE LA INDETERMINACIÓN DEL ISN

Algunos autores señalan que la indeterminación de los conceptos jurídicos tiene aspectos positivos más que ser un problema jurídico. Por ejemplo, Hart (1998, p. 26) señala que la indeterminación jurídica evita problemas al derecho porque coadyuva a la continuidad y le proporciona la estabilidad que los sistemas jurídicos persiguen. Es decir, las normas jurídicas que pretendan ser duraderas deberán ser indeterminadas, ya que esta situación tiene como consecuencia que su significado pueda ajustarse a la época y a las circunstancias históricas al momento de interpretarla o aplicarla. Un aspecto importante de que el derecho esté indeterminado es que, para dotarlo de vida y ajustarlo al momento histórico, es necesario que los jueces decidan sobre casos específicos de manera discrecional.

²Sobre la noción científica de la realidad y su difícil aplicación a las ciencias sociales, vid; POPPER, Karl *Realismo y el Objetivo de la Ciencia*, Madrid, Ed. Tecnos, 2011, pp. 120-128.

Una de las razones de la existencia de estos conceptos es que el propio legislador es el que prefiere reconocer que algunos casos no tienen una respuesta jurídica completamente determinada y, por lo tanto, le otorga a los jueces facultades discrecionales orientadas a los principios, para que puedan decidir teniendo en cuenta las circunstancias particulares, en lugar de aplicar forzosamente un derecho a casos que no fueron previstos (HART, 1998, p. 251-252).

Por su parte, Ara Pinilla (2004, p. 109) señala que la perspectiva de los conceptos jurídicos indeterminados tiene una función creadora y no meramente aplicadora, la cual es realizada por el intérprete de los textos jurídicos. Además, el mismo autor señala que los conceptos indeterminados permiten dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definan el contexto de su aplicación, en la medida en que, como dice Chaim Perelman (1984, p. 368) “remitan lo que parece normal y aceptable en la sociedad del momento en que deben apreciarse los hechos”.

Tomando en consideración esta postura, podemos señalar que el legislador pretendió dejar indeterminados estos conceptos para que sean ajustados a la solución de los problemas de cada caso de los destinatarios por parte del o de la operador(a) jurídico. Esto, considerando las particularidades del caso y ajustándose a las necesidades especiales.

Por su parte, Jerzy Wróblewski (1983, p. 471) considera que la vaguedad de los conceptos jurídicos es creada con el propósito de dar una vía de escape al intérprete, como cuando se usan “expresiones lingüísticas valorativas que pueden ser interpretadas de diversas maneras en un contexto cultural determinado”. Así, los conceptos jurídicos indeterminados no son estáticos sino que permite que el o la operador(a) jurídico pueda adecuar su contenido normativo a las circunstancias de cada caso, el cual debe de tomar en consideración el contexto social y cultural.

Siguiendo esta línea de argumentación, la vaguedad de los conceptos jurídicos permite ampliar y tomar en consideración una pluralidad de perspectivas jurídicas que pudieran aplicarse al caso concreto. De tal forma que la limitación de la misma podría ser contraria a la naturaleza de la indeterminación.

Además, la indeterminación ayuda a que los conceptos pueden llegar a generar un constante cambio legislativo. Una de las razones es que el concepto jurídico permanece estable y, por tal razón, se adapta a las circunstancias históricas del caso. Al respecto, Hart (1998, p. 26-77) señala que hay una relación estrecha entre la indeterminación del lenguaje jurídico y la perdurabilidad del derecho. De tal forma que una de las bondades de los conceptos jurídicos

indeterminados es que se ajustan a las diversas circunstancias históricas del derecho sin que los conceptos sean modificados cada vez que existen diversos cambios sociales y jurídicos.

En este sentido, la indeterminación no sólo sería necesaria, ni siquiera sería un mal jurídico, sino más bien sería un bien necesario. Esto significa que el valor de la certeza del derecho debe constantemente ser conjugado con el de la justicia del caso concreto (HART, 1998, p. 224-225). Esto se da cada vez que el o la operador(a) jurídico aplica el concepto indeterminado al caso concreto conforme a la justicia y al derecho.

En el caso particular de nuestro artículo, Torres Perea (2009, p. 684) señala que la única forma de regular el ISN es mediante una fórmula de cláusula general, tal y como actualmente se encuentra. De acuerdo con este autor, la indeterminación de este concepto permite hacer perdurar el interés superior de la niñez a través del tiempo y del espacio y, por tal razón, descarta la posibilidad que este concepto pueda reducirse a una mera fórmula descriptible.

2.2 POSTURA EN CONTRA DE LA INDETERMINACIÓN DEL ISN

Debido a que el ISN es una de las nociones más controvertidas en el tema de los derechos de la niñez, este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de interpretaciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica. Debido a esta situación, Iréne Thery (p. 153) señala que este concepto ha servido para justificar abusos en su interpretación y aplicación, por ejemplo ha servido para realizar castigos corporales, así como la detención de menores de edad en condiciones más inhumanas, entre otras prácticas contrarias a la naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos.

Debido a esta situación, opuesto al enfoque de que el ISN debe ser indeterminado, algunos autores proponen que este concepto debe ser capaz de contener una solución para cualquier controversia jurídica que planteen los casos. En este sentido, Dworkin señala que el derecho siempre está determinado. Es decir, siempre es posible identificar aquello que nos exige. Así de conformidad con este autor, los jueces no sólo necesitan, sino que tampoco deben tomar decisiones discrecionales. Sobre todo cuando este concepto es visto como una racionalización para justificar intereses personales o criterios propios, más que para tener realmente en cuenta la necesidad de los niños (CHARLOW, 1994, p. 03).

Peces-Barba (1999, p. 578-579), por su parte, menciona que la vaguedad es una nota característica propia de los derechos en general. En este sentido, este autor señala que los derechos aparecen normalmente enumerados en las constituciones sin que se especifique cuál es su significado concreto. De tal forma, corresponde a los y las operadores(as) jurídicos su asignación. Así, los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores(as) que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es fundamental (PECES-BARBA, 1999, p. 578-579).

Así, la indeterminación y vaguedad conceptual están también supeditadas al sentido de las palabras. En este tema, Genaro R. Carrió (2006, p. 36) señala que los términos del lenguaje son susceptibles de abarcar una significación más amplia de la que utiliza cada sujeto en sus contextos particulares. La indeterminación del lenguaje común afecta asimismo al lenguaje jurídico, pues no se trata de lenguaje de naturaleza distinta (ITURRALDE SESMA, 1989, p. 31). Por tal razón, las diferentes interpretaciones del concepto pueden ser a raíz de las múltiples perspectivas que se le da al concepto.

Además, tanto el principio como el concepto determinado por la función remiten a algo distinto más allá de ellos, en quien se colman o fundamentan; esto justamente se basa en la aptitud para hacer visible el sistema interno del derecho (ITURRALDE SESMA, 1989, p. 31).

En relación al interés superior de la niñez, Miguel Cillero señala que el carácter indeterminado de la noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.³

Así, cuando el o la juez(a) interpreta el interés superior de la niñez en el caso concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales (POLASKIEWCZ; CHAVANNEAU, 1998, p. 37). Es decir, en ciertos casos, la interpretación de este concepto es un pretexto para decidir sobre la vida del niño conforme a las propias preferencias, preconcepciones morales o de normalidad o la propia ideología del juzgador (COUSO, 2006, p. 147).

Debido a esta indeterminación, Hodgkin y Newell (1998, p. 469) han señalado que este concepto ha sido objeto de más estudios académicos que cualquier otro

³ CILLERO, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño." Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, UNICEF.

concepto de la Convención. Ambos autores señalan que el Grupo de Trabajo que redactó el texto de la Convención no ahondó en la definición del interés superior de la niñez y, por lo tanto, quedó amplio su contenido y significación. El único organismo que ha propuesto algunas guías orientadoras sobre lo que consiste este concepto ha sido el Comité de los Derechos de los Niños, sin embargo, estas directrices son consideradas *softlaw*, por lo que su implementación es limitante.

Un estudio que realizó Alston (1994) sobre el debate entre los diversos contextos culturales y los derechos humanos. Así, dentro de esta investigación se visualizó que las consideraciones culturales tienen mucho más peso que el respeto y la protección de los derechos humanos, incluyendo los derechos de la niñez. Por tal motivo, los elementos culturales regionales de cada cultura o país deciden la forma en que deben aplicarse e interpretarse las normas internacionales sobre derechos de la niñez.

Pero la valoración axiológica no sólo es un elemento más que podría afectar el sentido y alcance del interés del niño y la niña en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, sino que además razones de índole personal pudieran influir en la decisión del o de la operador(a) jurídico. En este sentido, algunos autores señalan que el o la juez(a), cuando interpreta cuál es el interés superior de la niñez, en el caso en concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales (POLASKIEWCZ; CHAVANNEAU, 1998, p. 37).

De tal forma que la razón subjetiva también interviene en las decisiones del operador jurídico, ya que no sólo interviene la utilización de la técnica jurídica, sino también la dimensión personal. Esto, en razón que el o la operador(a) jurídico no puede librarse en mayor o menor medida ni de la influencia de sus propios prejuicios ni de los resultados de la casuística que ha decidido –seleccionándola previamente de la realidad– contemplar a la hora de proceder a resolver la indeterminación de un concepto jurídico (DEL REAL ALCALÁ, p. 233-234).

Así, la dimensión personal interviene a través de los prejuicios del o de la operador(a) jurídico, o sea, su conciencia personal, que en varias ocasiones interviene en la aplicación de uno u otro significado para el concepto indeterminado. En este sentido, resolver el grado de indeterminación no podría librarse de ser catalogada en alguna medida en tarea ideológica.

Aunque sea muy perfecta la regulación de un concepto indeterminado dentro del ordenamiento jurídico, necesariamente habrá alguna laguna o problema jurídico debido a la naturaleza abierta de estos conceptos. De tal forma, los posibles criterios que validan o regulan un concepto indeterminado como el ISN pueden aportar orientación al sentido y alcance del mismo brindando certeza

y seguridad jurídica. Además, la determinación del concepto podrá reducir la incertidumbre en la aplicación de los mismos, pero además podrá encontrar una correcta interpretación ajustada al derecho internacional de los derechos humanos.

Además, el contar con criterios normativos de aplicación e interpretación sobre este tema permitiría que las decisiones que emite el o la operador(a) jurídico sean acordes a las normas y principios del ordenamiento jurídico internacional. Es decir que sus decisiones tendrían sustento conforme a derecho y, por lo tanto, serían acordes conforme al derecho internacional de los derechos humanos, evitando de este modo una discrecionalidad que en momento dado pudiera ser abusiva.

Cabe señalar que de acuerdo con el perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cualquier actuación que afecte a la infancia debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior de la niñez y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad (CIDH, 2002). Por tal razón no basta que el o la operador(a) jurídico sólo mencione en sus resoluciones sino que su evaluación y determinación debe estar ajustada a derecho, mas aun a los derechos humanos.

Ahora bien, la indeterminación de este concepto jurídico provoca que exista un marco de discrecionalidad, el cual puede ser abusivo.

3 DISCRECIONALIDAD JURÍDICA

La discrecionalidad jurídica es concebida como el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el derecho (HART; SACKS, 1958, p. 162). De esta manera, podemos señalar que la discrecionalidad es la potestad de elegir entre varias alternativas; por tal razón, para que ésta exista, deberá haber más de una.

Debido a esta consideración, Barak (1995, p. 07) lleva a cabo una distinción que él mismo considera como alternativa entre lo que llama “discrecionalidad estrecha”, que se daría cuando el número de opciones entre las que puede elegir el órgano decidor son opacas; y “discrecionalidad en sentido fuerte”, que se daría cuando un funcionario, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión.

La discrecionalidad jurídica se ha centrado en el ámbito administrativo, sin embargo; la realidad demuestra que también existe discrecionalidad judicial. De

tal forma podemos decir que existe la discrecionalidad en el ámbito administrativo así como el judicial.

Sobre el poder legislativo, no podemos hablar de discrecionalidad, ya que se trata de un órgano del Estado que es soberano y, por lo tanto, goza de completa libertad para la creación de leyes. Por tal razón, la participación de este órgano en la discrecionalidad jurídica tiene otra perspectiva, ya que en primer lugar, cuenta con legitimidad democrática (ALEXY, 2005, p. 99-100),⁴ la cual representa la voluntad de los ciudadanos que se deposita en sus representantes elegidos democráticamente. En efecto, el procedimiento legislativo tiene una especial preponderancia dado su carácter configurados de la voluntad popular y mayoritaria, en el sentido de que es el punto de origen y destino del ejercicio del poder. En conjunto, este poder está legitimado democráticamente y, por lo tanto, sus actos de autoridad no gozan de discrecionalidad como lo fueren los actos de los otros dos poderes.

En segundo lugar, el poder legislativo posee la facultad constitucional de crear las leyes de acuerdo al sistema jurídico constitucional. Esto es, de acuerdo con la división clásica de poderes de Montesquieu, el poder legislativo tiene funciones meramente de creación de leyes.

De este modo, podemos señalar que el legislador dota a las leyes de conceptos jurídicos indeterminados para que los jueces se encarguen de darles contenido a los casos concretos. Es decir, conforme al mandato constitucional, el legislador, mediante su voluntad, deja un margen de discrecionalidad a los otros dos poderes para que puedan dotar de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados, ya que es imposible prever y determinar todos los supuestos jurídicos dentro de una sociedad que cada día es más compleja.

3.1 DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad supone un ámbito de libertad o franquía para que las autoridades administrativas procedan a elegir la solución aplicable al caso concreto, tanto al dictar un acto administrativo como un reglamento, y si ello resulta consustancial al proceso de aplicación de la ley y del derecho. Estas circunstancias implican casi siempre una dosis de creación e integración – cualquiera que sea el órgano estatal que actúe – la cual resulta imprescindible distinguir entre

⁴De acuerdo con la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy en los Estados democráticos existen ciertos principios formales como la competencia para decidir, que está atribuida al legislador, quien está legitimado democráticamente. Sin embargo, dicho autor señala que el control judicial es la única manera de conciliar el control de constitucionalidad con la democracia, la cual es considerada como una forma de representación del pueblo. De tal forma que la representación del pueblo en un Tribunal constitucional es argumentativa.

conceptos determinados e indeterminados para saber si estamos frente a una actividad reglada o discrecional.

De esta manera, la discrecionalidad administrativa, desde la perspectiva clásica, se refiere como aquel supuesto en el que tenga una autoridad administrativa para actuar libremente sin que la conducta que deba adoptar le venga predeterminada por la norma (MICHOU, 1924, p. 103). De este modo, cuando la actividad de la administración se encuentra reglada en una norma se considera que actúa bajo una potestad reglada; caso contrario, estamos ante una actividad discrecional al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados.

La primera de ellas no admite varias soluciones, es precisa o no deja duda sobre su aplicación al caso; mientras que los conceptos jurídicos indeterminados presentan una estructura compleja, ya que admiten la posibilidad de elegir entre varias soluciones.

Sin embargo, a pesar de contar con un control de la discrecionalidad administrativa; ella misma implica – al menos teóricamente – una intervención a la división clásica de poderes; la cual podría terminar, sin las pertinentes cortapisas y en el peor de los casos, en la sustitución de la decisión administrativa por el control judicial.

3.2 DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Como lo vimos anteriormente, en varias ocasiones el ordenamiento jurídico imposibilita al legislador para determinar todas las conductas posibles dentro del Estado, dejando a los órganos jurisdiccionales un amplio cauce para la discrecionalidad frente a la presencia de normas incompletas, vacíos normativos o conceptos indeterminados.

Sobre este tema, Hart (1998, p. 160) señala que la discrecionalidad judicial es una elección entre las alternativas abiertas. En otras palabras, si la discrecionalidad judicial es una elección otorgada a los órganos jurisdiccionales, entonces deben contener una serie de alternativas abiertas, las cuales deben ser ajustadas conforme a derecho.

Por su parte, sobre este asunto, Raz (1996, p. 46-66) sostiene que siempre que el derecho no sea quien establece de forma directa cómo ha de resolverse una cuestión, el derecho se encuentra indeterminado y, por lo tanto, los jueces han de resolver de forma discrecional. De ahí que es el propio sistema jurídico quien otorga esta facultad a los órganos jurisdiccionales de decidir sobre asuntos discrecionales.

En otra forma de aproximarse a la discrecionalidad judicial, Manuel Atienza señala que los jueces gozan de esta potestad tanto en la formulación de la norma aplicable, como en la determinación de los hechos; por eso, tiene sentido exigirles que en el desarrollo de esas operaciones adopten una orientación finalista y muestren claramente cuáles son esos objetivos en lugar de introducirlos subrepticamente; pero propiamente los jueces no pueden justificar esas decisiones (ATIENZA, 2003, p. 283). Desde este punto de vista, este autor señala que el o la juez(a), al aplicar el derecho, conoce y valora cuáles son los principios, reglas y diferentes alternativas para la solución, buscando alcanzar el ideal de justicia (ATIENZA, 1993, p. 30).

Sin embargo, también, las normas interpretativas necesitan a su vez ser interpretadas por criterios que, en muchas de las veces, no pueden encontrarse en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, pasan desapercibidas (ATIENZA, 1993, p. 30).

Tomando en cuenta lo anterior, podemos observar que los jueces cuentan con un amplio ámbito considerable de discreción para cumplir con su obligación legal de resolver casos bajo el control de normas jurídicas generales. Sin embargo, el problema jurídico sobre la discrecionalidad judicial se centra en cómo debe ejercer esta discrecionalidad jurídica los jueces para resolver casos simples o complicados, todos ellos de conformidad con las reglas del sistema jurídico al que pertenecen.

Así, una vez fijado el planteamiento del problema jurídico de la discrecionalidad judicial, una adelantada solución sería fijar un límite sustancial para la determinación de la decisión discrecional, que se da en el proceso de razonamiento judicial que busca una solución para cada caso, la cual significa que dicha determinación sea correcta o justa como pretenden serlos todos los ordenamientos jurídicos (ETCHEVERRY, 2015, p. 1409).

Así pues, la sentencia jurídica realizada por los órganos jurisdiccionales sería una afirmación sobre recibir un determinado tratamiento, esto debido a que la sentencia guarda un parecido con la norma, ya que en ella se formula un deber-ser (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 294).

Sobre este asunto, la solución que plantea Dworkin es que el o la juez(a) no puede estar aplicando en la solución de tales situaciones su criterio personal y, por lo tanto, crear derecho, sino que por el contrario, frente a este problema como los que plantean los casos difíciles, que tienen que ver con la existencia de reglas jurídicas de textura abierta, el o la juez(a) recurre a la aplicación de los principios jurídicos que, a pesar de no funcionar igual que las reglas, son de carácter obligatorio, teoría que será desarrollada más adelante en el presente capítulo (JIMÉNEZ GIL, 2008, p. 32).

4 PROBLEMAS JURÍDICOS CON LA DISCRECIONALIDAD JURÍDICA ABUSIVA

Uno de los problemas que derivan de los conceptos jurídicos indeterminados es que en principio éstos admiten una serie de decisiones discrecionales por parte del o de la operador(a) jurídico. En muchas ocasiones, éste no actúa en función de conductas predeterminadas que sean ajustadas a la norma, en particular a las normas internacionales en materia de derechos humanos.

En este sentido, la discrecionalidad otorgada por la ley a los operadores(as) jurídicos puede convertirse en un problema jurídico para quienes va dirigido el acto o la omisión, pudiendo afectar sus derechos constitucionales. Además de afectar a los derechos fundamentales consagrados en una constitución política concreta, afectaría aún más los derechos humanos de vocación internacional, sobre todo aquéllos que han sido reconocidos e incorporados en la legislación interna de los países de estudio.

Esto debido a que la discrecionalidad, como lo vimos anteriormente, se considera cuando un órgano del Estado goza de libertad para tomar una decisión concreta entre diversas opciones. De tal suerte, que las implicaciones que tiene el término de libertad en las actuaciones de los y las operadores(as) jurídicos pudiera ser contraproducente al ordenamiento jurídico de los países de estudio. Sobre todo cuando la libertad también está conectada a ideales personales, desproporciones, o incluso a lo irracional, entre otros factores, en el sentido que dichos(as) operadores(as) pudieren otorgarle. De ahí que el margen de libertad con el que gozan los y las operadores(as) jurídicos pudiera ser bastante amplio, lo cual imposibilita, en algunos casos, que el acto de la autoridad sea ajustada siempre a derecho.

Mejor dicho, en el fondo, la discrecionalidad jurídica, tanto administrativa como judicial, no debe ser abusiva, es decir, llegar a ser arbitraria, entendiéndola como un acto o proceder contrario a la justicia, a la razón de las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.⁵

Sobre la arbitrariedad de los actos u omisiones podría existir un riesgo: que el interés del menor de edad sea usado para justificar preferencias, prejuicios, opciones personales, aprovechándose de la indeterminación del concepto y las facultades discrecionales otorgadas al o a la operador(a) jurídico para decidir su alcance al caso concreto (SIMON CAMPAÑA, p. 195). En caso que la potestad discrecionalidad como la actividad mediante el o la operador(a) jurídico llegara

⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima segunda edición. Consultado en línea el 18 de junio del 2012 <http://www.rae.es/rae.html>

a tomar una decisión no completamente determinada por los instrumentos jurídicos, estaríamos en el caso de arbitrariedad o discrecionalidad abusiva. Es decir, cuando las alternativas van más allá del orden jurídico establecido.

Tomando en consideración lo anterior, podemos señalar que existe una relación entre incertidumbre e inseguridad jurídica con la arbitrariedad. De tal forma que la arbitrariedad es contraria a derecho, sobre todo porque carece de certeza y seguridad jurídica y, por tal motivo, debe de ser delimitada para prevenirla.

Así pues que la discrecionalidad jurídica ha tenido como tesis la doctrina que la contraria al principio de legalidad administrativa, tras brindar dos o más soluciones. Al respecto, este argumento es en razón que dicha potestad es a consecuencia de una laguna de la ley o proveniente de un concepto jurídico indeterminado, quienes permiten determinar dos o más soluciones por los y las operadores(as) jurídicos, los cuales muchas veces no utilizan parámetros objetivos o de realización concreta, generando falta de legalidad al momento de determinarla.

Por tal razón, esta situación puede provocar que la decisión del o de la operador(a) jurídico no sea clara ni esté vinculada directa y objetivamente al derecho internacional. A pesar que para los dos países de estudio, esta rama del derecho es parte de su sistema jurídico interno.

Por lo que se refiere a las valoraciones personales, para algunos autores, la discrecionalidad también concede cierto grado de poder, al cual denominan “no reglados”. De tal forma, los poderes discrecionales implican que sus titulares puedan afectar unilateralmente intereses de otros, no simplemente haciendo valer las evaluaciones o ponderaciones de intereses previstas en normas preexistentes, sino introduciendo nuevas evaluaciones de intereses, los cuales se trata de un sentido de poder “más material” que la mera competencia formal de producir un resultado normativo (LIFANTE VIDAL, 2005, p. 429).

Por tales razones, es sumamente importante poner límites jurídicos al poder discrecional del o de la operador(a) jurídico, para que cualquier decisión de éste no caiga en el campo de la arbitrariedad.

CONCLUSIÓN

Expuesto lo anterior cabe preguntarse cómo debe ser la decisión del o de la operador(a) jurídico para reducir la discrecionalidad abusiva. Por tal razón, el objetivo primordial de este artículo es proponer qué se debe contemplar para que la decisión que brinden los y las operadores(as) jurídicos sea correcta.

A pesar de los riesgos que provoca la discrecionalidad, es necesaria en el ISN, ya que el órgano aplicador debe de contar con cierta potestad para aplicar este concepto conforme a derecho y al contexto y, en el caso particular, en donde exista la presencia de un menor de edad.

Sin embargo, también es cierto que se deba contar con criterios normativos que requieran ser tomados en consideración cada vez que se tenga que aplicar este concepto a una problemática que involucra derechos del niño. Una de las razones para contar con estos criterios es para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos y, por tal motivo, existen algunas propuestas hechas por la doctrina para limitar la discrecionalidad considerada abusiva.

Para resolver el dilema de la discrecionalidad jurídica que pueda ser abusiva, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se configura como una propuesta para reducir esta situación jurídica. Una de las principales razones es que esta teoría señala que la norma exige adoptar un juicio científico o técnico por parte de la administración para minimizar la discrecionalidad.

La doctrina italiana ha desarrollado esa tesis, la cual implica tomar en cuenta decisiones administrativas basadas en juicios o reglas técnicas. Así las teorías de Cammeo (1902), Presutti (1910) y Ranelletti (1945) señalan que las decisiones judiciales deben estar basadas en criterios puramente técnicos, los cuales deben estar basados en el control de jueces. De tal forma que la discrecionalidad depende de la forma en que los jueces expiden sus opiniones, esto es, lo que constituye una discrecionalidad técnica jurisprudencial.

En relación con aquella doctrina, Brewer Carías (2000, p. 96) señala que la discrecionalidad técnica es, en efecto, un juicio especializado emitido por la administración, pero que ese juicio, no determina de manera definitiva la decisión adoptada por la administración, por lo tanto la decisión final tomada por la administración sí será recurrible por cuanto en ella se evaluará diversas opciones para emitir el acto.

Contrario a esta doctrina, el jurista italiano, Alessi (1949, p. 145) señala que la discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público enfocada a los fines de valorar la oportunidad de la acción o el contenido a dar a la acción misma. Además, continúa señalando que es errado hablar de una discrecionalidad meramente técnica, ya que los dos términos son esencialmente inconciliables. Esto, debido a que la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de reglas y/o criterios técnicos.

Por otro lado, otra propuesta para disminuir la discrecionalidad judicial es la desarrollada por la teoría de Ronald Dowokin (1997) sobre la “responsabilidad

política". Esta doctrina señala que una de las restricciones a las que deben someterse los jueces sobre la discrecionalidad comprende que éstos sólo pueden adoptar aquellas decisiones que puedan justificarse sobre la base de una teoría general. De tal forma que permitan justificar también las otras decisiones que se proponen adoptar. Así, este autor argumenta que la principal restricción en el ejercicio de la discreción judicial, por un lado, está establecida por la distinción entre los principios que establecen los derechos y, por otro, las políticas que fijan los objetivos sociales colectivos.

Sobre el primero, este autor señala que se distingue del segundo por dos rasgos fundamentales: el primero, que los derechos son distributivos e individualizados, y proveen recursos y oportunidades a cada uno de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión. El segundo: los derechos, incluso cuando no son absolutos y pueden ceder ante otros derechos o ante un objetivo social especialmente importante, constituyen un límite o umbral en contra de medidas fundadas en objetivos colectivos. De tal manera que si un supuesto derecho cediera ante cualquier objetivo social legítimo, no sería un verdadero derecho (DWORKIN, 1997).

De acuerdo con esta distinción, la teoría de Dworkin señala que los jueces deben atenerse, y que, en realidad, de hecho así lo hacen, a juzgar de acuerdo a principios, dejando las consideraciones anteriores referidas a políticas a los otros poderes del Estado (NINO, 2003, p. 434).

Además, este autor, añade que los principios que los jueces deben tomar en cuenta en sus decisiones deben de formar parte de una teoría que no sólo permita justificar las otras decisiones que los jueces se propongan tomar, sino que justifique también todas las normas institucionalmente reconocidas, o sea de origen legislativo o jurisprudencial, a lo que llama "requisito de consistencia articulada" (NINO, 2003, p. 435).

Tomando en cuenta lo anterior, podemos señalar que la teoría de Dworkin, de tomar en cuenta los principios de derecho como referentes para reducir la discrecionalidad, resulta limitada, ya que también los principios carecen de contenido normativo; y, por lo tanto, queda a la interpretación de los y las operadores(as) jurídicos. Además, en el caso particular del ISN, este concepto ha sido utilizado como un principio jurídico y, por tal razón, carece de contenido normativo que señale cómo debe aplicarse por parte de los y las operadores(as) jurídicos. En consecuencia, esta teoría nuevamente deja al descubierto la falta de criterios que deben tomarse en cuenta para reducir la discrecionalidad abusiva.

En oposición a Dworkin, sobre las limitaciones a la discrecionalidad abusiva, este artículo pretende proponer criterios normativos que restrinjan el

ejercicio del poder discrecional abusivo para que las decisiones que adopte el operador jurídico no sean sustentadas en caprichos o situaciones que afecten a los derechos humanos, sobre todo cuando los dos Estados, materia de nuestra investigación, han ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos a favor de la niñez y, además, de reconocerlos como normas jurídicas aplicables dentro de su legislación interna.

Otra propuesta para limitar la discrecionalidad abusiva la enarbola Juan Carlos Cassage (p. 121), quien propone la tesis del control judicial. Para este autor, la tesis sólo tiene cabida si existe un verdadero estado de derecho, el cual tiene como eje central la fiscalización de los actos administrativos por un poder imparcial e independiente, ya sea que se trate de conceptos jurídicos determinados e indeterminados como actos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales.

Tomando en consideración lo anterior, el control por parte de los jueces sobre los actos administrativos implica una importante reducción de la discrecionalidad administrativa mediante una solución justa. Así, este autor señala que la inmunidad judicial semejante operaría como escudo cuya principal función consistiría en soslayar el juzgamiento de ciertos actos de los gobernantes o agentes públicos cuando éstos actuasen fuera de la justicia y del derecho y esta circunstancia es precisamente la que viene a justificar la más amplia revisión judicial de los actos dictados en el ejercicio de los poderes discrecionales (CASSAGNE, p. 123).

Sin embargo, quedaría pendiente resolver el tema de la discrecionalidad judicial, la cual desplazaría la discrecionalidad administrativa. Sobre este asunto, el autor señala que una de las técnicas más eficientes para la revisión judicial de la discrecionalidad es su limitación por los principios generales del derecho cuya función rectora y básica del ordenamiento es por todos conocidos. Además, agrega que una de las razones para limitar el poder discrecionalidad administrativo por parte del poder judicial radica en la independencia de ambos poderes y, esta situación que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos (CASSAGNE, p. 124).

Además, es importante considerar que en los estados constitucionales, el modelo del o de la juez(a) ha cambiado de una manera sustancial, de modo que el o la juez(a) se considera un o una aplicador(a) pasivo(a) de normas que son producidas por el legislador como exclusivo titular del poder de interpretar el sentido de la ley (TARUFFO, 2005, p. 13). De tal forma que los jueces les corresponden fijar determinadamente el sentido y fin de los conceptos, con la

finalidad de terminar la vaguedad de los mismos. Por tal razón, nuevamente, quedaría pendiente resolver la discrecionalidad judicial.

A pesar de esta postura, la realidad es que en muchas ocasiones los conceptos indeterminados no dan pie a que los valores morales sean aplicados de manera uniforme y coherente y, por lo tanto, su aplicación no resolvería el problema jurídico de limitar la discrecionalidad abusiva. Al contrario, podrían generar otro problema al no haber una uniformidad en los valores morales tanto por los operadores jurídicos como en la sociedad.

Además, uno de los problemas planteados sobre la discrecionalidad abusiva es que los valores morales son susceptibles de ser influenciadas por las opiniones y creencias personales del o de la operador(a) jurídico, quien inclusive pudiera también utilizar normas religiosas.

Para nosotros, si los actos discrecionales no estuvieran suficientemente motivados, estaríamos en el campo de la arbitrariedad. Sobre este argumento, el profesor Ramón Fernández (2008, p. 104) señala que la ausencia de motivación es lo primero que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, porque si no hay motivación que sostenga el acto, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta.

De tal forma, este autor señala que la motivación se perfila como un criterio de suma importancia ya que en su ausencia, el único apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien lo adopta, apoyo insuficiente como es obvio en un estado de derecho (RAMÓN FERNÁNDEZ, 2008, p. 105). Además, la ausencia de motivación implica la existencia de una decisión ilegal, siendo que la potestad discrecional que le confiere la ley a los jueces, en caso de no contar con este elemento, se traduciría en arbitrariedad, la cual atenta contra el estado de derecho y al sistema jurídico del país de origen. Así, el control que la motivación tiene como objetivo tratar de asegurarse de que la decisión judicial que se convierte en *res iudicata* sea lo mejor, es decir, aquella que mejor satisface las expectativas del ordenamiento jurídico en su conjunto (RENTERÍA, 2002, p. 70).

REFERENCIAS

- ALESSI, Renato, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Fontamara, 2005.
- ALSTON, Philippe (ed.), *the Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994.
- ANGULO LÓPEZ, Geofredo. *Teoría Contemporánea de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson.

ARA PINILLA, Ignacio. Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, n. XXI, 2004.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2003.

_____. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.

_____. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1993.

BARAK, Aharon. *La discrecionalita del giudice*. Milán: Giuffrè, 1995.

BREWER-CARIAS, Allan Randolph. *V Jornada de derecho administrativo: requisitos y vicios de los actos administrativos*. Caracas: editorial arte, 2000.

CAMMEO, F. *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*. Italia: in Giur, 1902.

CARRIÓ, Genaro. R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5 ed. Buenos Aires: Edición Lexis-Nexis, 2006.

_____. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

CHARLOW, Andrea. *Awarding Custody: The Best Interest of the Child and other Fictions, Chile, Parent and State*. Filadelfia: Ed. Temple University Press, 1994.

CIDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

CILLERO, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, UNICEF.

COUSO, Jaime. *El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia: Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser Oído*, Santiago, UNICEF-Universidad Diego Portales, 2006.

DEL REAL Alcalá, José Alberto. "Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado." *Derechos y Libertades*, No 11, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, 2002

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3 ed. Barcelona: Ariel, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Mass, 1997

ENDICOTT, Timothy. *La vaguedad en el derecho*. Trad. Juan Vega y J.A. del Real. Madrid: Ed. Dykinson, 2007.

ETCHEVERRY, Juan B. *Discrecionalidad Judicial. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, 2015.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5 ed. Pamplona: Civitas Ediciones, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1998.

GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. *Anuario de filosofía del derecho*, Universidad de Oviedo, n. 20, 2003.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

_____. El nuevo desafío al positivismo jurídico. Trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Párramo, *Sistema*, n. 36, 1980.

_____; SACKS, Albert. *The Legal Process: Basic Problems in the making and application of law*, Foundation Press, 1958.

HODGKIN, R & NEWLL. *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas*, Ginebra, UNICEF. 1998.

ITURRALDE SESMA, V. *Lenguaje legal y sistema jurídico: Cuestiones relativas a la Aplicación de la Ley*. Madrid: Ed. Tecnos, 1989.

JIMÉNEZ GIL, William. Entre reglas y principios. *Revista de derecho y ciencias sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, n. 1, 2008.

LIFANTE Vidal, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante, 2005.

MICHOUD, León. *Théorie de la Personnalité Morale*, Paris, 1924.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003.

PECES-BARBA, G. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III-B.O.E, 1999.

PERELMAN, Chaïm. Les notions à contenu variable endroit. Essai de synthèse. En: PERELMAN, Chaïm; ELST, Raymond Van der (Coords.). *Les notions à contenu variable en droit*. Bruxelles, 1984.

POLASKIEWCZ, Martha; CHAVANNEAU, Silvia Susana, et al. *Los Derechos del Niño en la Familia: Discurso y Realidad*, Buenos Aires, Editorial Universalidad, 1998.

PRESUTTI, E. *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*. Italia: in Giur, 1910.

RANELLETTI, Drete. *Teoría degli atti amministrativi speciali*. Milán: 1945.

RAZ, Joseph, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, 1999.

RENTERÍA, Adrián. *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*. 2 ed. México: Fontamara, 2002.

SIMON CAMPAÑA, FARITH. 2013. Interés Superior del Menor: Técnicas de reducción de la Discrecionalidad Abusiva, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.

TARUFFO, Michele. Jueces y polític: de la subordinación a la dialéctica. Trad. P. Salazar. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, n. 22, 2005.

THERY, Irène. L'Enfant face a la separación parentale. *Cahiers du city*, n. 4, Vaucresson, París.

TORRES PEREA, J.M. *Interés del Menor y Derecho de Familia: Una Perspectiva Multidisciplinar*. Madrid: Iuestel, 2009.

WRÓBLEWSKI, J. Creación del Derecho e Interpretación. Trad. Eugenio Bulyin. *El lenguaje del Derecho*. Homenaje a Genaro Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1983.

URBANIZAÇÃO E CIDADANIA: CONFLITOS E CONTRADIÇÕES DA CIDADE CONTEMPORÂNEA

URBANIZATION AND CITIZENSHIP: CONFLICTS AND CONTRADICTIONS OF THE CONTEMPORARY CITY

Tatiane Burmann

Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mestre em Direito (UNIJUÍ), graduada em Direito (UFMS).

Daniel Cenci

Doutor em Meio Ambiente (UFPR), mestre em Direito (UNISC), graduado em Direito (UNIJUÍ). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI. Pós Doutorando em Geopolítica Ambiental Latino-americana na USACH – Universidade de Santiago – Chile.

Submetido em: 04/10/2017

Aprovado em: 27/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5006>

Resumo: O fenômeno da urbanização acentua a gravidade do desrespeito contínuo e crescente ao direito à cidade e demais direitos fundamentais a esse interligados. Ao lado de um ufanismo que anestesia muitas consciências, prevalece um quadro de cruel iniquidade. O Brasil do discurso e da teoria infelizmente não corresponde ao Brasil da verdade. Diante desse contexto, o presente trabalho tem como abordagem alguns dos pontos mais cruciais da crise socioambiental urbana, aplicando a perspectiva de uma nova ética de desenvolvimento. Procura, a partir de revisões bibliográficas, analisar e expor as raízes críticas da urbanização, examinando quão profundos impactos regressivos tem provocado na qualidade da vida e bem-estar das pessoas, sugerindo um olhar de emergência para o enfrentamento dos problemas, e ideias e caminhos alternativos à efetivação do equilíbrio e da sustentabilidade cidadina.

Palavras-chave: cidadania; conflitos; direito à cidade; urbanização.

Abstract: *The phenomenon of urbanization accentuates the gravity of the continuous and increasing disrespect to the right to the city and other fundamental rights to this interconnected. Beside a boast that numbs many consciences, a picture of cruel iniquity prevails. Brazil's discourse and theory unfortunately do not correspond to Brazil's truth. Given this context, the present work addresses some*

of the most crucial points of the urban socio-environmental crisis, applying the perspective of a new development ethic. It seeks, based on bibliographic reviews, to analyze and expose the critical roots of urbanization, examining how deep regressive impacts it has had on the quality of life and well-being of people, suggesting an emergency look at facing problems, and alternative ideas and ways to achieve balance and city sustainability.

Keywords: *citizenship; conflicts; right to the city; urbanization.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Crescimento sem regramento: segregação dos espaços, das riquezas e dos direitos. 3. O cenário urbano e o sujeito de direitos. 4. Os direitos que a cidade esqueceu. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os impactos socioambientais decorrentes do crescimento acentuado e desordenado das cidades registrados pelo planeta são calamitosos e prosaicos. A deterioração do espaço urbano resta evidente nos casos cada vez mais frequentes de catástrofes ambientais - enchentes e desmoronamentos -, na poluição do ar, rios e solo, nos lixões, nas mudanças climáticas, na carência de áreas de lazer, no intrafegável trânsito, no aumento de doenças, nas ocupações predatórias em áreas de riscos e submoradias, nas exclusões, enfim, na segregação dos espaços, das riquezas e dos direitos.

Os dados referentes à vida das pessoas, conseqüentemente, são preocupantes e só se fazem piorar. A terra poderia produzir alimento suficiente para uma população bem maior do que a atual, e, no entanto, muitas pessoas passam fome no mundo. As reservas de água existentes poderiam permitir o fornecimento de água potável para toda a humanidade e, no entanto, em torno de um bilhão de pessoas no mundo não tem acesso à água tratada. Possuir um vaso sanitário e um sistema de saneamento é fundamental para a existência e, no entanto, não é a realidade de incontáveis pessoas.

As razões da enorme assimetria entre as potencialidades do planeta e a vida cotidiana marcada pela pobreza e baixa qualidade de vida de boa parte da população têm a ver com os desajustes da organização social, a ineficiência das políticas e serviços públicos, do mesmo modo com o comportamento das empresas e o de cada ser humano. Além, é claro, da agressão frontal ao meio ambiente quando da ocupação do espaço urbano.

Diante dessas questões, tornam-se mais atuais do que nunca as palavras de Ghandi: "A diferença entre o que fazemos e aquilo que somos capazes de fazer bastaria para solucionar a maioria dos problemas do mundo". É sob essa perspectiva que o presente trabalho busca abordar as raízes críticas da urbanização,

examinando quão profundos impactos regressivos tem exercido na qualidade da vida das pessoas, sugerindo um olhar de emergência para o enfrentamento da crise.

2 CRESCIMENTO SEM REGRAMENTO: SEGREGAÇÃO DOS ESPAÇOS, DAS RIQUEZAS E DOS DIREITOS

Apesar da interpretação frequente que considera a urbanização uma consequência mecânica do crescimento econômico e, em particular, da industrialização, a correlação entre urbanização e industrialização não é linear: nos países subdesenvolvidos a correlação é alta, ao passo que nos países desenvolvidos ela diminui fortemente. Pode-se dizer, assim, que a urbanização dependente se concentra nos países subdesenvolvidos, aqueles “explorados, dominados e com economia deformada” (CASTELLS, 2011, p. 82). A exemplo, o desenvolvimento de dependência no processo de urbanização da América Latina.

Para começar, é útil lembrar que, se a América Latina possui uma singularidade teoricamente significativa, além de enormes diferenças internas e algumas semelhanças com outras regiões ditas “Terceiro Mundo”, é justamente porque as sociedades que a compõem apresentam uma certa identidade na estrutura de sua situação de dependência. Com efeito, as formações sociais existentes na América Latina antes da penetração colonialista ibérica, foram praticamente destruídas, e, em todo caso, desintegradas socialmente durante a conquista. [...] A evolução posterior do conjunto e sua diversificação interna resultam das diferentes articulações regionais da metrópole, bem como da reorganização das relações de força entre os países dominantes: substituição da dominação espanhola pela inglesa, depois pela americana. As relações “privilegiadas” político-econômicas da América Latina com os Estados Unidos reforçam uma certa unidade de problemas e fundamentam a trama das formas sociais em transformação. [...] Os dados existentes indicam um nível elevado de urbanização e um ritmo casa vez mais acelerado do crescimento das cidades [...]. Se tomamos como critério de população urbana o limiar de 100.000 habitantes, a taxa de urbanização da América Latina em 1960 (27,4%) é quase igual a da Europa (29,6%) e a taxa de “metropolitização” (população das cidades de mais de um milhão de habitantes) lhe é superior (14,7% para a América Latina contra 12,5% para a Europa – segundo Homer Hoyt) (CASTELLS, 2011, p. 89-90).

Nota-se que a explosão urbana latino-americana é consequência, em grande parte, da explosão demográfica. Por conseguinte, existe uma disparidade entre um ritmo de urbanização alto e um nível e um ritmo de industrialização nitida-

mente inferior ao de outras regiões também urbanizadas. Na América Latina não há, então, uma correspondência direta entre o ritmo dos processos de urbanização e industrialização.

À primeira vista tem-se, portanto, uma disparidade entre industrialização e urbanização. Mas as coisas são mais complexas, pois se trata de uma análise baseada em uma fusão de conjunturas sociais muito diferentes. Por exemplo, dados concernentes sobre o Brasil mostram uma variância comum de 64% entre urbanização e industrialização, mesmo que se conclua pela não identidade das duas variáveis. O que é certo e essencial é que “o impacto da industrialização sobre as formas urbanas só se faz através de um aumento do *emprego industrial*, e que, conseqüentemente, o conteúdo social desta urbanização é muito diferente daquele dos países capitalistas adiantados” (CASTELLS, 2011, p. 90-94).

Logo, não pode haver uma política de urbanização sem compreensão do sentido do processo social que a determina. O processo social, por sua vez, exprime a relação sociedade *versus* espaço e, conseqüentemente, a história dos diferentes tipos e formas de dependência que se organizaram sucessivamente em sociedades. Contudo, a conjuntura urbana, numa situação social concreta, não manifesta apenas a relação de dependência do momento, mas também os remanescentes de outros sistemas de dependência, tornando-se o problema.

Como prova de tanto, Castells (2011, p. 100) aduz que “as bases da estrutura urbana atual refletem em grande parte o tipo de dominação sob a qual se formaram as sociedades latino-americanas, quer dizer as colonizações espanhola e portuguesa”. Disso resultaram duas conseqüências fundamentais quanto ao processo de urbanização:

1. As cidades estão diretamente ligadas à metrópole e não ultrapassam quase nada os limites da região circunvizinha nas suas comunicações e dependências funcionais. Isto explica a fraqueza da rede urbana na América Latina e o tipo de implantação urbana, afastado dos recursos naturais do interior do continente.
2. As funções urbanas de uma vasta região concentram-se no núcleo de um povoamento inicial, lançando assim as bases da primazia de um grande aglomerado. A cidade e seu território estabelecem relações estritas e assimétricas: a cidade gera e consome o que o campo produz (CASTELLS, 2011, p. 100-101).

Com base nesta organização espacial, o processo de industrialização latino-americano marca as formas urbanas diversamente tanto em termos de ritmos quanto de níveis. No caso do Brasil, a primeira fase da industrialização foi a partir da mobilização de certa burguesia nacional, que se utilizou dos movimentos populistas e do comércio exterior, mudando muito pouco as funções urbanas – ace-

lerando a desagregação da sociedade rural. A situação a partir da Grande Crise de 1929, de destruição dos mecanismos do mercado mundial, instiga novas relações de classe que limitem as importações e maximizem as indústrias centradas no consumo local. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os investimentos estrangeiros, em especial americanos, encontraram uma vazão para o excedente de capitais no desenvolvimento da indústria local. Quanto ao Brasil, especificamente, de acordo com Gonçalves (1999), o pós-guerra foi caracterizado por um salto na industrialização substitutiva de importações. As cidades tornaram-se centros industriais.

Em contrapartida, como bem leciona Castells (2011, p. 103),

[...] a ampliação do mercado de trabalho e o aumento da capacidade de efetuar investimentos públicos mobilizados pela industrialização provocaram uma elevação do nível de vida e a realização de certos equipamentos coletivos. Mas a decomposição da estrutura agrária (produzida pela persistência do sistema de propriedade tradicional de terra nas novas condições econômicas) e os limites desta industrialização (subordinada à expansão da demanda solvível) acentuaram o desequilíbrio cidade/campo e resultaram na concentração acelerada da população nos aglomerados principais.

Não se trata, portanto, de um simples processo social de migração rural-urbana e de industrialização das cidades, mas de um desequilíbrio de nível quanto ao impacto desse nas sociedades rural e urbana: ao passo que aumenta a capacidade produtiva dessa, diminui a daquela, muito embora facilitado o sistema de trocas entre os setores. O que é certo é que o afluxo de população nos centros urbanos transformou profundamente as formas ecológicas. Novas formas essas que não se baseiam numa opção ideológica, e sim, são consequência de um ponto de partida teórico.

Assim, agregado as condições socioeconômicas e níveis de industrialização, identifica-se a dificuldade de, em diferentes contextos e épocas, estruturar e solucionar a congestão urbana e os problemas ambientais em cidades superpovoadas. Outros fatores atingem diretamente esses espaços como as políticas de habitação, saneamento, transporte, além das questões como tráfico e elevados índices de desemprego.

Tais problemas, em razão de dois traços marcantes, tomam outra dimensão quando se trata de países subdesenvolvidos:

O primeiro deles, a brutal concentração de renda que polariza entre um número reduzido de camadas de média e alta renda, que desfrutam de condições de vida semelhantes às camadas abastadas dos países indus-

trializados e desenvolvidos, com serviços fornecidos por uma população disponível para o trabalho muito mal pago, e uma enorme e heterogenia população com renda extremamente baixa. O segundo fenômeno “é formado pelas estratégias de sobrevivência deste grupo, vivendo em sua grande maioria em condições miseráveis, barracos e cortiços, em terrenos ocupados ilegalmente e trabalhando no chamado setor informal” (OUTHAWAITE; BOTTMORE, 1996, p. 785, apud, CENCI, 2010, p. 103).

O estilo de vida urbano desses grupos altamente vulneráveis leva para as cidades elementos de estratégias de subsistência rural, desde a criação de animais domésticos até a importância do parentesco, das redes étnicas e comunitárias e de solidariedade entre amigos e vizinhos que se torna indispensável à sobrevivência onde a renda individual é muito baixa. Consequentemente, mesmo diante do tecido urbano marcado por uma proliferação biológica e uma espécie de rede de malhas desiguais, escapam setores mais ou menos amplos como lugarejos ou aldeias, regiões inteiras ou ilhotas de ruralidade pura, povoadas por camponeses. A relação urbanidade-ruralidade, portanto, mesmo na cidade industrial, não desaparece. Interfere com outras relações e representações reais.

As características conceitualmente levantadas não tratam de problemas e limites exclusivos dos grandes centros. Reservadas as escalas, tais situações se repetem nas cidades menores. O fato é que os problemas decorrentes do processo de urbanização como crescimento de favelas, segregação social, desemprego, violência, aumento da produção de lixo, engarrafamentos quilométricos, estão se tornando crônicos e tornando caótico o dia-a-dia dos habitantes citadinos.

A urbanização brasileira, de acordo com Lefebvre (2001), corresponde ao não compartilhamento da urbe, a sua não aceitação cultural e política como obra coletiva, ocasionando uma relação conflituosa e, por conseguinte, um afastamento histórico entre vida urbana e cidadania, agregando a fisionomia das cidades brasileiras, marcadas por precariedade na infraestrutura e a ausência dos cidadãos nas decisões que lhe dizem respeito, culminando na exclusão dos cidadãos inclusive do acesso a serviços básicos indispensáveis ao bem-estar coletivo.

Logo, ocupação e transformação do espaço das cidades brasileiras deram-se de forma diversa aos ideais pregados por Corbusier, o qual, em suma, afirma que o processo de urbanização deve levar em consideração o homem e seu meio:

Quanto à obra humana, impõe-se torná-la solidária da obra natural. A natureza nos fornece ensinamentos ilimitados. A vida se manifesta nela; a biologia reúne-lhe as regras. Tudo nela é nascimento, crescimento, florescimento e perecimento. O comportamento dos homens também procede de movimentos análogos. A arquitetura e o urbanismo, que são os meios pelos quais os homens fornecem à própria vida sua moldura útil,

exprimem, exatamente, os valores materiais e morais de uma sociedade. Neste ponto, ainda, a vida comanda a ideia: nascimento, desenvolvimento, florescimento, perecimento (CORBUSIER, 2004, p. 49).

Para Corbusier (2004), a sociedade se renova incessantemente e a lei que confere vida à urbanização é a unidade existente na natureza e no homem. No entanto, o desenvolvimento urbano destruiu as formas de urbanidade, civilidade e solidariedade entre moradores. Pode-se até afirmar que a excitação da vida urbana deu lugar à irritação descontrolada. Freitag (2010) chega a afirmar que a realidade urbana, as formas de morar, trabalhar e se divertir seguiram o modelo do planejamento urbano da lógica do capital, dos territórios e do uso do automóvel, o qual é incompatível com a prática da cidadania e do bem-viver.

No contexto da globalização e do capitalismo, resta evidente que os planejadores e reformadores urbanos necessitam retornar às origens da cidade, em que, pelo menos em tese, a solidariedade, o direito, a cidadania e a natureza predominavam sobre a expansão urbana bipartida em ricos e pobres. Necessário o reconhecimento da responsabilidade social e da democracia na tomada de decisões sobre elementos centrais da vida que dizem respeito à totalidade da sociedade.

Pensar a urbanização atualmente é pensar nos espaços e o que está sendo feito com esses espaços. Necessária, inclusive, a mudança do modelo das cidades globais que, segundo Freitag (2010, p. 133), “não inclui em sua reflexão um espaço construído para os excluídos dos processos de globalização econômica, em que aqueles pudessem inserir-se dignamente”. Os espaços são mutáveis e uma condição importante para a mudança dos espaços é a interferência do homem nesse processo, tanto como agente transformador como também de agente transformado do processo de urbanização.

A análise da urbanização está intimamente ligada ao desenvolvimento, o qual, nas lições de Castells (2011), remete ao mesmo tempo a um nível técnico econômico e a um processo de transformação qualitativa das estruturas sociais, permitindo um aumento do potencial das estruturas produtivas. Contudo, no Brasil, o urbano tem a conotação de maior desenvolvimento na região em que as indústrias se instalam com maior frequência, atraindo mais pessoas, independente se acompanhada de planejamento desse meio e qualidade de vida dessas pessoas. Tanto é que Freitag sintetiza a problemática da urbanização no seguinte trecho (2010, p. 133-134):

A adoção das formas de viver (baseadas no carro particular, nos condomínios em bairros nobres ou em casas individuais de subúrbio, acrescidas de comércio em supermercados e *shoppings*) permitiu a recepção e absorção, no Brasil, do *american way of life*, e, com ele, de todas as

formas de materialização da vida, que Sennett chamou de “pedra” em contraste com a “carne”. Essas formas de vida contrastam, por outro lado, com 50% de excluídos que vivem em favelas, cortiços ou invasões ilegais. Por isso, as cidades brasileiras são, nos termos de Zuenir Ventura (2001), “cidades partidas”.

A forma, o tecido, o espaço urbano são resultados de um processo histórico munido por descaso, incompreensão, preconceito e atuações privilegiadas. Consequentemente, a problemática urbana se impôs à escala mundial, a ponto, inclusive, “de os induzidos” tornarem-se “indutores”.

A dimensão da tragédia urbana brasileira passou a exigir respostas que devam partir do conhecimento da realidade empírica e de um esforço coletivo, resgatando-se valores civilizatórios que estão na origem da fundação das cidades e se encontram ameaçados pela era da globalização. Instigados pela situação de calamidade das cidades e, ao mesmo tempo, pela necessidade do desenvolvimento e alcance de um meio ambiente urbano sustentável e qualidade de vida, reivindicações e movimentos populares começam a fazer história, como, por exemplo, a manifestação pelo reconhecimento do direito à cidade como direito fundamental a todos os cidadãos.

3 O CENÁRIO URBANO E O SUJEITO DE DIREITOS

Conforme já dito, as cidades cresceram com a força da necessidade e uma débil estrutura urbanística, com investimentos reduzidos, falta de planejamento e escassos serviços públicos. Ao mesmo tempo em que foram receptivas, tornando-se o lugar da esperança por inserção social, as cidades também se constituíram em importante passivo urbanístico, ambiental, social e de segurança pública. Desse modo elas não conseguiram corresponder plenamente ao formato político-ideológico traçado pelas instituições brasileiras.

Tem-se um universo situado num meio urbano, em uma sociedade complexa, com uma série de características heterogêneas e, ao mesmo tempo, certas experiências comuns. Há uma delimitação de estados sociais e, consequentemente, uma estratificação social.

Como bem coloca Velho (2002, p. 86), “a caracterização do comportamento e do sistema de representações do universo investigado só pode ser feita de uma maneira mais consequente, à medida que fique claro o fato de inserir-se em uma sociedade complexa”. E mais: precisa levar em consideração que os estados sociais se relacionam, de uma maneira ou de outra, entre si, “em situação de superioridade, igualdade, inferioridade, subordinação, em diversos níveis e domínios

da vida social – econômico, político, cultural, ideológico”. Também não se pode esquecer

[...] o fato de se tratar de uma sociedade capitalista, onde o lucro é elemento indispensável do sistema, sublinha a divulgação dos ‘padrões materiais e não materiais’ que acompanha a urbanização. Existe, obviamente, uma manipulação da ‘cultura de massas’ criando ou enfatizando determinados padrões de consumo. O universo investigado transforma esses padrões no critério fundamental para a avaliação da posição social e grau de poder dos indivíduos (VELHO, 2002, p. 90).

O meio investigado e, então, a dinâmica da sua estrutura, nascem dos efeitos produzidos por um duplo movimento: por um lado, é nas grandes áreas urbanas que se concentram as funções mais avançadas do capitalismo; por outro, as cidades tornaram-se objeto de novos e intensos fluxos de população e de uma profunda redistribuição de renda – seja nos bairros nobres, com a formação de uma elite global, seja nos bairros populares, com a ampliação dos cinturões periféricos e a junção de populações deserdadas. Conseqüentemente, Bauman (2009) alega que a cidade socialdemocrata que se afirmou no segundo pós-guerra torna-se ameaçada em suas fundações, vez que o tecido social é submetido a intensas pressões que produzem uma verticalização crescente: os ricos tendem a ficar ainda mais ricos, desfrutando das oportunidades ofertadas, ao passo que os pobres afundam na miséria, destituídos de sistemas de proteção social.

Os efeitos desse duplo movimento ou, então, do processo de urbanização - industrialização e explosão demográfica -, é evidente na sociedade citadina contemporânea: “enquanto os bairros centrais são valorizados e tornam-se objeto de grandes investimentos urbanísticos, outras áreas são corroídas pela degradação e tornam-se marginais” (BAUMAN, 2009, p. 8-9). Assim, apesar da conquista do direito à cidade como direito fundamental, quem possui recursos econômicos cria verdadeiros enclaves, presumindo proteção, já os mais desprovidos são obrigados a suportar as degradações das mudanças do meio.

A respeito dessa dinâmica estrutural a que estão sujeitas as cidades, Nalini (2011, p. 17) certifica que o “fenômeno da urbanização converteu as cidades brasileiras em cenários de dramas cujo ator principal é o sujeito de direitos. A cidade cresceu mal e a experiência prática mostra que pode haver crescimento sem desenvolvimento social [...]”. E muito embora o crescimento econômico tenha se mantido acelerado, criou-se uma nova classe média urbana sem acesso a direitos sociais e civis básicos como legislação trabalhista, previdência, moradia, saneamento, entre outros.

No mesmo sentido Rolnik (2012, p. 12), ao sintetizar que a cidade é antes de qualquer coisa um ímã, o que fez com que o espaço urbano deixasse assim

[...] de se restringir a um conjunto denso e definido de edificações para significar, de maneira mais ampla, a predominância da cidade sobre o campo. Periferias, subúrbios, distritos industriais, estradas e vias expressas recobrem e absorvem zonas agrícolas num movimento incessante de urbanização. No limite, este movimento tende a devorar todo o espaço, transformando em urbana a sociedade como um todo.

Nesse cenário, segundo Nalini (2011, p. 18), “o ser humano, detentor de todas as garantias explicitadas no pacto republicano, é justamente o objeto sacrificado de ausência ou ineficiência de políticas públicas, de mãos dadas com a crueldade do capitalismo selvagem”. E apesar de óbvio que os problemas que afligem as pessoas não distinguem o morador da cidade e o radicado na zona rural, é no espaço urbano que se protagoniza a maior tragédia do aniquilamento dos direitos humanos.

Ao lado de um excluído que se utiliza de todas as estratégias para uma pretensa inclusão coexiste um alarmante nível de violência. Não é exagero concluir-se que a urbanização em todos os espaços, mas, sobretudo, na megacidade, cresce a produzir “verdadeiras bombas sociológicas no seu interior. Nelas não há lei ou qualquer regulação, seja urbanística, seja nas relações sociais” (NALINI, 2011, p. 21).

Vislumbra-se um panorama de decomposição, com previsões pessimistas de reversão. Para Davis (2006, p. 29),

[...] as cidades do futuro, em vez de feitas de vidro e de aço, como fora previsto por gerações anteriores de urbanistas, serão construídas em grande parte de tijolo aparente, palha, plástico reciclado, blocos de cimento e restos de madeira. Em vez das cidades de luz arrojando-se aos céus, boa parte do mundo urbano do século XXI instala-se na miséria, cercada de poluição, excrementos e deterioração.

Prognostica ele que os habitantes urbanos moradores em favelas pós-modernas, aproximadamente um bilhão, terão inveja das ruínas das casas de barro construídas na origem da vida urbana na Anatólia, há mais de nove mil anos. Diante da constatação da realidade, o ceticismo de Davis provoca reflexões a cerca do futuro urbanístico e instiga a pensar a que ponto poderá chegar a situação.

As implicações do fenômeno da urbanização são sentidas por todas as grandes concentrações humanas. Tanto é que, de acordo com Nalini (2011, p. 22), a

[...] grande cidade não é apenas vícios, poluições e doenças (metal, moral, social). A alienação urbana envolve e perturba todas as alienações.

É certo que cresce. Mas explode o caos e se torna um lugar insuportável para viver. A segregação crescente quase impossibilita aceitar-se que a implementação dos direitos humanos seja meta atingível.

A título de exemplificação, Velho (2002, p. 83), em sua análise do bairro Copacabana, do Rio de Janeiro, faz uma comparação perspicaz e extremamente oportuna:

[...] arquitetos e urbanistas comentam o absurdo que foi seu ‘crescimento desordenado’: Copacabana envelheceu prematuramente e hoje sofre de todos os males da decrepitude: esclerose nas artérias, oclusão intestinal, irrigação deficiente, cegueira e má ventilação. A falta de saúde do bairro deve-se à sua adolescência desregrada; à péssima educação, ao descontrolo dos exploradores, a uma infinidade de vícios daí decorrentes.

A concentração absurda de pessoas na mesma base física resulta numa sequência de males. Os centros urbanos parecem resumir-se à preponderância de sujeira, mendigos, barulho, violência, congestionamento e anúncios competitivos. Do outro lado, milhares de pessoas vivem em locais impróprios para o assentamento humano, sujeitos a desastres ambientais - nas chamadas áreas de risco. O sujeito de direitos está órfão de uma cidade que respeite e garanta o direito à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, à saúde, à educação, à cultura, ao lazer e à segurança.

Os direitos esquecidos e os riscos resultantes do atual estágio do crescimento urbano desordenado são infundáveis. Sem a pretensão de esgotá-los e hierarquizá-los, abordar-se-ão alguns na sequência.

4 OS DIREITOS QUE A CIDADE ESQUECEU

Nas lições de Saule Júnior (2007, p. 52), o direito à moradia dos habitantes da cidade é o núcleo central do direito a cidades sustentáveis. Isso porque os dois direitos respeitados dispõem dos mesmos elementos: “como o acesso à terra urbana, moradia adequada, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte e serviços públicos”. E ainda sustenta:

[...] as atividades, ações e funções desempenhadas na cidade que tragam como resultado a violação coletiva do direito à moradia, como o abandono do Estado em atender as necessidades básicas das pessoas que vivem em assentamentos informais nas distantes periferias urbanas traz como consequência a violação do direito a cidades sustentáveis.

Na mesma linha, Nalini (2011, p. 39) retrata que o “teto é imprescindível à garantia da maior parte de todos os demais direitos pertinentes ao ser pensante”.

A moradia é um direito fundamental social, essencial à consecução das finalidades humanas e passível de transformar a sociedade. Um povo bem alojado representa segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura como acesso à água potável, fornecimento de energia, serviço de saneamento e tratamento de resíduos, transporte, iluminação pública, entre outros; medidas que garantam a proporcionalidade entre os gastos com habitação e renda das pessoas; habitabilidade, ou seja, condições de saúde física e de salubridade adequadas; políticas habitacionais que contemplem acesso aos grupos vulneráveis e acesso às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde, escolas, cultura e lazer. Enfim, o direito à moradia importa respeito à produção social do habitat e à diversidade cultural.

Porém, a informalidade habitacional se intensificou nas últimas décadas. A ilegalidade de domínio resta evidente na abrangência das ocupações diretas (em geral organizadas por ONGs, movimentos sociais, em terras públicas ou privadas), das vilas, favelas, cortiços, barreadas, assentamentos em áreas de risco. O exemplo paulista é o mais emblemático, onde a taxa de crescimento da população que mora inconvenientemente é muito maior do que o índice total da população.

O êxodo rural trouxe para a zona urbana milhões de brasileiros. Eles se acomodam como podem. São Paulo continua a representar um instigante modelo para análise antropológica. Ilhas de residências *hightech*, verdadeiros *bunkers* fortificados como toda a parafernália que a tecnologia disponibilizou a quem tenha cacife de adquiri-los e mantê-los, ao lado das favelas, cortiços e crescente número de *moradores de rua* (NALINI, 2011, p. 42).

E, infelizmente, a ordem jurídico-urbanística desconheceu por muito tempo essas massas desvalidas que se amontoam como podem nas submoradias. Isso justifica o não investimento público nessas áreas e acaba reforçando a precariedade urbanística e, especialmente, acentuando as diferenças em relação ao setor da cidade onde houve investimento. Os espaços ocupados pelas habitações informais, ao não se inserirem na legislação de uso e ocupação de solo em vigor, acabam por produzir um efeito jurídico-político-urbanístico impressionante:

[...] são milhares de hectares de terrenos e de quilômetros de vias públicas que não se sabe, a princípio, se constituem ou não parte integrante da cidade, se devem ou não ser objeto de investimentos públicos, se podem ou não ser integrados às redes de serviços, informação e saúde (ROLNIK, 1997, p. 183).

Além da questão da moradia, outro risco potencial resultante do crescimento urbano desordenado é a violência. Nesse caso, é cabível destacar a territorialização das favelas por parte do tráfico de drogas, das guerras de gangues, da

reação paralela do sistema policial. Enfim, “seja como for, a territorialização de favelas pelo crime organizado é fator decisivo de fragmentação sociopolítico-espaçial do tecido urbano e de *desordem* na escala da cidade como um todo” (SOUZA, 2004, p. 65-67).

Também há o problema do trânsito. A locomoção automobilística, em especial nos grandes centros, tem sido sinônimo de perda de tempo, de saúde, de dinheiro e de paciência. Ademais, tem a lesão ao meio ambiente com a venenosa emissão de gases e com os milhões de carros abandonados e jogados nos terrenos baldios e rios.

Não menos importante, “a saúde pública envolve uma série de fatores, dos quais não é menor a política de saneamento básico. Desde que pessoas passaram a se concentrar em grandes aglomerações, o problema se tornou mais grave”, diz Nalini (2011, p. 37), que, para firmar sua posição, utiliza-se do discurso do Dr. Sarrasin, abaixo transcrito:

Senhores, entre as causas de miséria e de morte que nos rodeiam, é preciso mencionar uma à qual é racional dar uma grande importância: refiro-me às condições higiênicas deploráveis nas quais vive a maior parte dos homens. Eles se amontoam nas cidades, em casas muitas vezes privadas de ar e de luz, esses dois agentes indispensáveis para a vida. Tais aglomerações humanas tornam-se, às vezes, verdadeiros focos de infecção. Os que não encontram a morte nesse ambiente têm, no mínimo, sua saúde afetada; sua força produtiva diminui e a sociedade perde assim grandes somas de trabalho que poderiam ser aplicadas em usos mais precisos.

Outra grave questão enfrentada é a da degradação do meio ambiente e escassez dos recursos naturais:

O dano ambiental ocorre com frequência e representa uma grave ameaça à continuação da espécie humana. Desta forma, aquilo que põe em risco futuro da humanidade coloca, obviamente, a nossa vida em jogo. Estamos sendo, portanto, impedidos de viver com as mínimas condições necessárias e de usufruir sobre um bem que é de todos. Lembremos, também, que qualquer espécie de dano representa uma ofensa a bens ou interesses de outras pessoas, interesses protegidos pela ordem jurídica (TYBUSCH; ARAUJO, 2013, p. 40).

O fato é que a Terra se urbanizou ainda mais depressa do que previra o Clube de Roma em seu relatório de 1972 de Limites do Crescimento. O inchaço urbano foi marcado pelo crescimento rápido e desordenado da população e dos espaços físicos, desacompanhado de políticas públicas. As cidades se desenvolveram carentes do necessário investimento em infraestrutura para atender as demandas

nas mais diversas áreas como saúde, educação, transporte público, lazer, habitação, segurança, cultura, e garantir qualidade de vida às pessoas cidadinas.

Cabível, assim, os ensinamentos de Bauman (2009, p. 40-41) de que “paradoxalmente, as cidades - que na origem foram construídas para dar segurança a todos os seus habitantes - hoje estão cada vez mais associadas ao perigo”. E continua, “as autênticas ou supostas ameaças à integridade pessoal e à propriedade privada convertem-se em questões de grande alcance cada vez que consideram as vantagens e desvantagens de vier num determinado lugar”.

Viver na cidade é desafiar inúmeros riscos cotidianamente. O fator medo aumentou juntamente com a insegurança e a incerteza evidente nos carros fechados, portas trancadas, sistemas de segurança, enfim, a popularização de comunidades “fechadas” e “seguras” em todas as camadas sociais. Além da fragmentação dos espaços físicos, há um declínio gradual do homem público em uma lenta e inexorável retirada dos habitantes do convívio cotidiano.

Falando em espaços, é outro ponto que merece destaque enquanto direitos que a cidade esqueceu. Ponto esse que merece ser abordado em um único título. Mas se antecipa, o que é notório, que centros de lazer para a comunidade, praças, lugares de convivência ou de sociabilidade, são cada vez mais raros.

Viver na cidade significa conviver com o risco cada vez mais frequente de catástrofes ambientais - enchentes e desmoronamentos -, com a carência de moradia e saúde, a insuficiência dos serviços de transportes, a falta de saneamento básico, a ocupação predatória de áreas inadequadas e não permitidas, em suma, a ineficiência geral dos serviços que deveriam ser proporcionados de forma digna à população. A ocupação do espaço urbano se faz marcada pela agressão frontal aos direitos humanos, refletindo de forma negativa na qualidade de vida da maioria da população. Como bem dispôs Nalini (2011, p. 26), “cerca de 80% da população brasileira vive nas cidades. E vive mal”.

E, infelizmente, “os problemas e conflitos urbanos se agravam em toda parte” (SOUZA, 2004, p. 58). Os aspectos da questão urbana vão além das imagens banalizadas do meio ambiente. Há uma crise mundial e planetária da realidade e do pensamento. No entanto, acredita Lefebvre (2004, p. 28) que a sociedade urbana não se trata de “uma realidade acabada, situada, em relação à realidade atual, de maneira recuada no tempo, mas, ao contrário, como horizonte”.

É exequível o desenvolvimento de cidades sustentáveis, desde que o progresso da sociedade seja concebido na vida urbana pela realização da sociedade urbana. Ou seja, na concepção de Mauro Magatti, que escreveu a introdução do livro *Confiança e Medo na Cidade*, de Bauman, é possível que

[...] cidades globais têm um destino: pelo menos enquanto não se limitarem a pensar apenas em si mesmas e em seu futuro. Mas é justamente a lógica do pensamento de Bauman que nos leva a compreender que não existem determinismos na vida social. Isso se os atores sociais enfrentarem a realidade e exercitarem até o fim sua capacidade de ação – que é, afinal, a capacidade de modificar o curso dos acontecimentos a partir de novos investimentos nas relações e nos vínculos de um novo capital social. Não de modo ingênuo, mas segundo uma reflexão contínua e séria sobre as condições do próprio agir (BAUMAN, 2009, p. 11-12).

Cabível reiterar a lição de Nalini (2011) de que o ator principal do cenário de dramas do meio urbano é o próprio sujeito de direitos. E o desafio desse sujeito de direitos é conduzir nossas cidades receptivas, que foram, para tornarem-se cidades inclusivas, que podem ser. “Onde estiver o ser humano privado dos direitos e garantias postos à sua disposição no pacto republicano, é urgente resgatar sua dignidade. A apatia dominante não pode se eternizar” (NALINI, 2011, p. 19).

Todos sabem que viver numa cidade é uma experiência ambivalente. A desorientada variedade do ambiente urbano atrai e afasta. O desestabilizador processo de globalização gera incertezas. Mas o brilho da cena urbana, nunca desprovida de novidades e surpresas, torna difícil resistir ao seu poder de sedução. É preciso acreditar em uma irregularidade provisória e fazer algo para isso.

Um dia, a cidade acordará com a qualidade de vida ideal, com o saneamento básico compatível com sua importância no cenário das metrópoles contemporâneas, com o mínimo verde assegurado, com os rios límpidos e piscosos e com as represas recuperadas para a higiene do consumo de água e para o deleite de todos (NALINI, 2011, p. 43).

Chega de inércia diante do convívio com situação intolerável. Há padrões mínimos impostos pela observância do princípio da dignidade humana que precisam ser respeitados. E o alcance desse modelo requer conscientização e participação, cidadania e democracia, dando destaque aos valores éticos e morais, necessários para a continuidade da vida no planeta.

CONCLUSÃO

Muito embora o ordenamento brasileiro não sofra de carência de instrumentos técnicos e jurídicos voltados à gestão urbana, ordenamento territorial e consciência socioambiental, há profunda ineficiência na sua aplicação, resultando em flagrante efeito social dos mesmos. Arrisca-se a dizer que há um desco-

nhecimento referente ao potencial mobilizador e transformador de grande parte dos instrumentos disponíveis.

A garantia do direito à cidade sintetiza a forma superior de acesso aos demais direitos que edificam a cidadania contemporânea, a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a justiça social, a sustentabilidade. Logo, cabe lutar pela eficácia social da ordem jurídico-urbanista existente como condição para efetivação da justiça social, da inclusão social e do desenvolvimento sustentável, colocando-se como imperativo para a democracia no Brasil.

A propósito, a cidade precisa recompor os princípios democráticos, adotando-os como método de gestão, e (re)significar o homem como bem maior a ser plenamente realizado no conjunto dos direitos humanos. O desafio da gestão democrática sugere uma mudança metodológica, uma cidade que pensa e cuida das pessoas e as pessoas que pensam e cuidam da cidade, resgatando o valor da solidariedade entre os cidadãos como referência. Uma construção que é coletiva, e especialmente daqueles que acreditam que organizar e viver com dignidade nas cidades é possível e viável.

A cidade não é um ente separado da sociedade que a produz. Ela, a cidade, é resultado também dos diferentes agentes e projetos em curso. É na sua espacialidade que se manifestam as suas contradições e conflitos, sendo que os conflitos socioambientais representam, antes de tudo, conflitos pelo uso à cidade.

Também é preciso pensar em meio urbano de maneira inter e multidisciplinar, buscando respostas não apenas pontuais, isoladas, mas conjuntas e diversificadas. Tomar a cidade de um ponto de vista mais interativo, amplo, conjuntivo e holístico, afinal, o urbano é, por natureza, um campo inter-multi-transdisciplinar.

A partir da visão holística e integradora da realidade se é capaz de compreender a inter-relação indissociável entre o meio natural, o humano e o construído. Reposiciona valores: o homem e a qualidade de vida no centro do processo no modelo de desenvolvimento, enquanto o respeito ao meio ambiente proporciona equilíbrio na relação do homem com a natureza. O meio ambiente sadio como requisito de cidadania e qualidade de vida.

A sustentabilidade é o significante de uma ruptura fundamental na história da humanidade, o sintoma de uma crise de civilização que alcança seu momento culminante na transição da modernidade truncada e caótica, para uma pós-modernidade incerta, marcada pela diferença e pela autonomia. O saber ambiental emerge de uma reflexão sobre a construção social do mundo atual, onde convergem e se precipitam os tempos históricos, abrindo as perspectivas de uma complexidade onde se reconceituam tradições filosóficas e identidades culturais.

Nessa seara, a construção dos saberes interdisciplinares esbarra na traumática e necessária ruptura dos saberes e certezas produzidas pelo conhecimento tradicional moderno e a adoção de novas referências e certezas. O desafio atual é de enfrentamento de incertezas e de ânsia por novas certezas. A necessidade que se impõe reside em aprender a enfrentar as incertezas em meio ao propósito interdisciplinar, intercultural e sustentável.

Pensar maneiras de superar as iniquidades e de concretizar a cidade sustentável não é tarefa técnica, tampouco administrativa ou um negócio. Não há soluções arquitetônicas ou urbanísticas milagrosas e imediatas. A questão urbana brasileira se insere num quadro amplo, dominado por conflitos socioambientais complexos, que precisam ser resolvidos com auxílio de um pensamento em redes, visto que estão em jogo culturas, estilos de vida, interesses e modelos de civilização.

A cidade que queremos implica na reconstrução dos sujeitos cidadãos, participantes da cidade, artífices de seu habitat, titulares do presente e do futuro. De cidadãos que possibilitem a emersão dos valores que possam tornar efetivo o direito a cidade sustentável, como a solidariedade, a paz e o diálogo entre os povos. De cidadãos que assumam que não é possível alimentar a ilusão da abundância consumista diante da restrição dos recursos. De cidadãos que demonstrem que é possível viver na Terra de outra maneira. De cidadãos que permitam a expressão dos diversos estilos de vida humana, com qualidade e de maneira duradoura. De cidadãos que concebam os seres humanos como agentes, ao invés de meramente recipientes. De cidadãos que desenvolvam a capacidade de pensar, valorizar, agir e participar na política socioambiental. Enfim, de cidadãos do mundo e para o mundo, indivíduos com comprometimento ético, responsável e solidário com o outro e com o meio ambiente enquanto um todo.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- CASTELLS, Manuel. *A Questão Urbana*. Tradução de Arlene Caetano. 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- CENCI, Daniel Rubens. *Conflitos socioambientais urbano-metropolitanos: cidadania, sustentabilidade e gestão no contexto da RMC - Região Metropolitana de Curitiba*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010. 267 f. Tese de Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Urbanização, Cidade e Ambiente Urbano.
- CORBUSIER, Le. *Planejamento Urbano*. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- FREITAG, Barbara. *Teorias da Cidade*. 4ª ed. Campinas: Papirus, 2010.

- GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. "Regulamentação da Política Urbana e Garantia do Direito à Cidade". In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). *Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119-140.
- LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.
- _____. *A Revolução Urbana*. Belo Horizonte: Ed.UFMG, 2004.
- NALINI, José Renato. *Os Direitos que a Cidade Esqueceu*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- ROLNIK, Raquel. *A Cidade e a Lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo*. São Paulo: Studio Nobel, 1997.
- _____. *O que é cidade*. São Paulo: Brasiliense, 2012.
- SAULE JUNIOR, Nelson. *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. Alguns Aspectos da Dinâmica Recente da Urbanização Brasileira. In: FERNANDES, Edesio; VALENÇA, Márcio Moraes (Orgs.). *Brasil Urbano*. Rio de Janeiro: Manuad, 2004.
- TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Biodiversidade na América Latina: ecologia política e a regulação jurídico-ambiental. In: SILVEIRA, Clovis Eduardo Malinverni da (Org.). *Princípios de Direito Ambiental: articulações teóricas e aplicações práticas*. Caxias do Sul: UDUCS, 2013.
- VELHO, Gilberto. *A Utopia Urbana: um estudo de antropologia social*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

**RELAÇÃO ENTRE A TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS
HUMANOS DE JOAQUÍN HERRERA FLORES E A
PSICANÁLISE FREUDIANA**

***RELATIONSHIP BETWEEN THE JOAQUÍN HERRERA
FLORES'S THEORY OF HUMAN RIGHTS AND FREUDIAN
PSYCHOANALYSIS***

Heron Fernando de Sousa Gonzaga

Mestre em “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” e Doutor em “Ciencias Jurídicas y Políticas” pela Universidade Pablo de Olavide - Sevilha/ ES; Doutor e Pós-Doutor em Medicina pela Escola Paulista de Medicina - UNIFESP – São Paulo/ Brasil, Professor e Coordenador do Curso de Medicina da Unimar.

Maria Augusta Jorge

Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide - Sevilha/ ES; Doutora em Genética e Evolução pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) - São Carlos, SP/ Brasil; Assessora do Núcleo de Pesquisa – Centro de Ensino Superior de Dracena - Dracena-SP.

Francisco Infante Ruiz

Professor Titular de Direito Civil da Universidade Pablo de Olavide - Sevilha/ ES;
Diretor do Master em “*Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo*”
pela Universidade Pablo de Olavide - Sevilha/ ES.

Carolina Proner

Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ);
Diretora do Master em “*Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo*”
pela Universidade Pablo de Olavide - Sevilha/ ES.

Submetido em: 02/10/2017

Aprovado em: 27/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.4963>

Resumo: Este artigo se propõe apresentar os aspectos da teoria crítica de direitos humanos de Joaquín Herrera Flores, sua relação com a psicanálise, bem como os seus objetivos transformadores. Parece-nos claro relacionar uma teoria de direitos humanos a uma teoria terapêutica como a psicanálise, quando se considera que estas duas áreas são libertadoras de conflitos internos ou externos. Abordam-se os princípios da teoria crítica de direitos humanos, com sua metodologia relacional do diamante ético, o “visibilizar”, desestabilizar e proposição frente às violações de direitos humanos, estabelecendo-se comparações com a técnica da psicanálise freudiana, com o inconsciente freudiano; método para a associação-livre e teoria do recalque. As duas teorias apresentam uma confluência na sua estrutura e objetivo transformador libertador. A compreensão e o entendimento destes conceitos apresentam uma grande complexidade, considerando que embasam duas teorias aparentemente distintas, mas com uma intensa conexão entre si, uma vez que possibilitam vir à tona violações de direitos humanos e vivências psíquicas traumáticas. O individual e o coletivo precisam ser integrados para a possibilidade da vivência de uma vida digna na sua amplitude e totalidade.

Palavras-chave: Teoria crítica de direitos humanos; psicanálise; inconsciente.

Abstract: *This article aims to present aspects of Joaquín Herrera Flores’s critical theory of human rights, its intrinsic relationship with psychoanalysis, as well as their transformers goals. It seems clear to us to relate a theory of human rights to a therapeutic theory such as psychoanalysis when it is considered that these two areas are liberating from internal or external conflicts. It addresses the principles of critical theory of human rights, with its relational methodology of ethical diamond, “visualize”, “destabilize” and forward “proposition” to human rights violations, establishing comparisons with the technique of Freudian psychoanalysis, with the Freudian unconscious ; method for association-free and discharge theory. The two theories have a confluence in its structure and liberating transformer goal. The knowledge and understanding of these concepts present a great complexity, considering that they are based on two seemingly distinct theories, but with an intense connection between them, since they allow bringing up violations of human rights and traumatic psychic experiences. The individual and the collective need to be integrated into the possibility of living a dignified life in its breadth and totality.*

Keywords: *Critical theory of human rights; psychoanalysis; unconscious.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos humanos na visão da teoria crítica de Joaquín Herrera Flores. 3. Relação intrínseca da psicanálise com a teoria crítica de direitos humanos de Joaquín Herrera Flores. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Muitas são as teorias sobre direitos humanos que foram pesquisadas e publicadas por diversos autores. A abordagem no artigo se restringirá à teoria crítica desenvolvida pelo filósofo e jurista espanhol Joaquín Herrera Flores, teoria esta que utilizamos para embasar nossa discussão sobre direitos humanos.

Na concepção de Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 14), os direitos humanos são entendidos como a forma ocidental hegemônica da luta pela dignidade humana. Mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter

acesso aos bens necessários para a vida. Promovemos processos de direitos humanos, porque necessitamos ter acesso aos bens exigíveis para viver e é necessário a luta para obtê-los (HERRERA FLORES, 2009a, p. 33).

Parece-nos claro relacionar uma teoria de direitos humanos com a uma teoria terapêutica como a psicanálise, quando se considera que estas duas áreas são libertadoras de conflitos internos ou externos.

Essa aproximação das teorias se faz pertinente, quando se considera a psicanálise saindo dos seus ambientes exclusivos de consultórios privados e se expandindo para abordagens como experiências de atendimento psicanalítico em várias instituições públicas e em comunidades marcadas pela exclusão social e política (ROSA *et al*, 2009, p. 498).

A clínica do traumático não é específica das intervenções clínico-políticas. As respostas ao trauma, na psicanálise, têm sido apresentadas em dois níveis: fantasia e sintoma. Ressalta-se um tempo subjetivo no qual o trauma, esse instante perpétuo, toma conta de toda possibilidade de uma questão subjetiva, encontrando como resposta a repetição do silêncio, a perpetuação da angústia ou o impedimento de processos subjetivos do luto. Se nos deparamos com o “silenciamento”, podemos dar um passo a mais, abordando a sua relação com a angústia e o luto em determinadas situações sociais e políticas. O pano de fundo dessa questão é a manipulação da vida e da morte no campo social, limite da ética. O “silenciamento” que foi observado na imigração japonesa para o Brasil; nos deslocamentos migratórios, que lançam os sujeitos em uma errância sem fim; associado à particularidade do luto e angústia promovidos pelo desaparecimento das pessoas contrárias à ditadura na Argentina; constatado na produção do luto impedido – o luto é impedido quando o ser querido morto (ou o país de origem) é socialmente desqualificado, como bandido ou traficante, louco, pobre, miserável (ROSA *et al*, 2009, p. 299-500).

Berta e Rosa (2005, p. 52-56) sustentam que frente ao perdido, frente à perda das referências identificatórias, existe um primeiro tempo que pode ser pensado tendo como referente o conceito de angústia. A angústia é o afeto que não engana e diz respeito àquilo que o sujeito não pode articular em significantes; é sinal de um Real impossível de ser simbolizado.

A Psicanálise extramuros ou em extensão diz respeito a uma abordagem – por via da ética e das concepções da psicanálise – de problemáticas que envolvem uma prática psicanalítica que aborda o sujeito enredado nos fenômenos sociais e políticos, e não estritamente ligado à situação do tratamento psicanalítico (ROSA, 2004, p. 331). Freud faz uso recorrente da análise de fenômenos coletivos para compreender processos individuais, além de afirmar textualmente que a psicologia individual é, ao mesmo tempo, social (ROSA, 2004, p. 333).

O médico psicanalista Freud pensava a psicanálise segundo três aspectos: um método de investigação do inconsciente, uma teoria e técnica de tratamento, mas também um corpo teórico que sistematiza os modos de funcionamento humano, tanto normal como patológico. Mais adiante, o psicanalista incluiu, na construção da psicanálise, a investigação dos fenômenos socioculturais e políticos (ROSA, 2004, p. 335).

Para que a teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores tivesse um papel de transformação da realidade, o autor criou a metodologia relacional do “diamante ético”, compreendendo na sua essência a visibilização das violações dos direitos humanos, com a posterior desestabilização e proposição ou transformação da realidade vivenciada.

Neste artigo apresentaremos aspectos introdutórios da teoria crítica de direitos humanos de Joaquín Herrera Flores, sua relação intrínseca com a psicanálise na sua própria definição, bem como seus objetivos transformadores. Apresentar-se-á, então, uma definição dos elementos da psicanálise, como o inconsciente, a teoria do recalque e da memória, as associações livres e o processo terapêutico em si. Os fundamentos da teoria crítica de direitos humanos são mostrados na revisão da literatura, possibilitando-se assim, uma comparação dos elementos transformadores do diamante ético de Herrera Flores com as bases teóricas da psicanálise freudiana.

2 DIREITOS HUMANOS NA VISÃO DA TEORIA CRÍTICA DE JOAQUÍN HERRERA FLORES

Para iniciarmos uma abordagem sobre direitos humanos, perguntaríamos inicialmente o que seriam direitos humanos? Poderíamos responder que são direitos do ser humano independente do gênero, faixa etária, classe socioeconômica, grupo racial e outras classificações a que o ser humano possa estar submetido. Mas aí poderíamos nos perguntar direito a quê? Para tanto, poderíamos nos remeter a Joaquín Herrera Flores, quando responderíamos que seria o direito de viver uma vida digna de ser vivida.

Na concepção deste filósofo, os direitos humanos são entendidos como a forma ocidental hegemônica da luta pela dignidade humana (HERRERA FLORES, 2009b, p. 14). Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “*a priori*” por privilégios. O conteúdo básico dos direitos humanos não é o direito a ter direitos, mas o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados poderão ser garantidos por normas jurídicas, políticas públicas e por uma economia aberta às exigências de dignidade (HERRERA FLORES, 2009a, p. 37).

Herrera Flores (2005) define assim a dignidade (HERRERA FLORES, 2005, p. 26):

La dignidad, pues, como sustrato sobre el que descansa esa condición mundana-inmanente de un ser humano fronterizo que lucha por encontrar su lugar en el mundo, tendría que ver con dos conceptos prácticos que comparten el sufijo latino *tudine*, cuyo significado es la dinámica que nos induce a hacer algo o a tener una disposición con respecto a algo.

Portanto, na teoria crítica de Herrera Flores, poderemos entender dignidade como acesso aos bens, sejam estes materiais ou imateriais, como descrito no parágrafo abaixo (HERRERA FLORES, 2009a, p. 34-35):

Por isso, nós não começamos pelos “direitos”, mas sim pelos “bens” exigíveis para se viver com dignidade: expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico-artístico, etc. Prestemos muita atenção, estamos diante de bens que satisfazem necessidades, e não de um modo “a priori” perante direitos. Os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens. Algumas vezes essas lutas poderão se apoiar em sistemas de garantias já formalizados (e aí a luta jurídica se une à luta social de um modo importante), mas, outras vezes, as lutas não poderão se apoiar em uma norma e se situar em planos de “alegalidade” (veja-se o caso das práticas sociais para acolher, proteger e promover as migrações no contexto europeu). As normas jurídicas resultantes nos servirão para garantir – como dissemos de um modo não neutro – um determinado acesso a tais bens. Daí sua importância. Porém, daí também seu caráter instrumental e seu apego aos interesses e às expectativas de quem ostenta a hegemonia na sociedade de que se trate.

A saúde pode parecer um direito tão óbvio, que não foi salientada diretamente no parágrafo acima, mas retomada no parágrafo abaixo (HERRERA FLORES, 2009a, p. 36):

Falamos, por conseguinte, dos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano. Segundo a “posição” que ocupemos em tais marcos de divisão do fazer humano, teremos uma maior ou uma menor facilidade para ter acesso à educação, à moradia, à saúde, à expressão, ao meio ambiente, etc. Ocupam a mesma posição nos referidos sistemas de divisão do fazer humano os habitantes da Noruega e os que nasceram na Somália? Algo ocorre para que isso não seja assim.

O direito humano à saúde é abordado neste artigo, visto que a psicanálise faz parte da área da saúde. Este direito está incluído nos Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais. No ano de 1966 foram firmados os dois principais pactos internacionais: o dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esses direitos são admitidos como universais e indivisíveis, por possuir condição de pessoa, que é requisito mínimo, para ser titular de direitos. Portanto, o ser humano é visto como um ser essencialmente moral com unicidade existencial e dignidade. Também é marcado pela indivisibilidade, tendo em vista que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Dessa maneira, quando um deles é violado, os demais também o são (HERRERA FLORES, 2009a, p. 36).

Assim, a proposta de se estudar o direito humano à saúde, como exemplo, é uma forma analítica de se apresentar um estudo, mas todos os direitos para serem contemplados devem ser respeitados em conjunto. Ou seja, o estudo pode ser analítico, mas para que o direito não seja violado, devem ser contemplados todos os direitos.

Entendendo os direitos humanos a partir do acesso a bens materiais ou imateriais imprescindíveis para se viver uma vida digna, este acesso é uma marca fundamental para se diferenciar a teoria tradicional ou universalista de direitos humanos de uma teoria crítica, como a de Joaquín Herrera Flores. Na teoria tradicional, ou também chamada de *jusnaturalista*, o acesso seria garantido pelo nascimento. Como apresentado na citação acima, Herrera Flores questiona se a divisão do fazer humano ocupa a mesma posição para os nascidos na Noruega e na Somália. A resposta é sabida de todos.

A teoria tradicional se detém no “quê” são os direitos. Para os que a defendem, fala-se de algo já alcançado que não tem por que ser objeto de maior investigação, nem, é claro, de contextualização histórica, social, cultural ou política. O preâmbulo e os dois primeiros artigos da Declaração Universal de 1948 nos dizem que: todos temos os direitos reconhecidos nesta Declaração. Contudo, para nós, é muito importante ampliar a análise e trabalhar no “porquê” de todos esses processos. Essa questão já não concerne ao que são os direitos, mas sim ao seu “significado” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 35-36).

Desde 1948 até os dias atuais, a comunidade internacional tem como desafio a implantação dos direitos humanos. Entretanto, deve se levar em conta que estes textos foram redigidos durante a Guerra Fria. Atualmente vivemos um novo contexto social, econômico, político e cultural, com paralisação das medidas interventoras do Estado e o mercado impondo suas regras ao Estado. Nas últimas décadas, observamos a substituição dos direitos obtidos pelo que se denominou de “liberdades” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 29-30).

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos são apresentados como algo que já temos pelo fato de simplesmente sermos seres humanos absolutamente à margem de qualquer condição ou característica social. No entanto, a maioria da população mundial não pode exercê-lo por falta de condições materiais para isso (HERRERA FLORES, 2009a, p. 33).

Depois de mais de sessenta anos de vigência de uma Declaração de Direitos Humanos, que se autoproclama como universal, os direitos humanos seguem sem serem cumpridos em grande parte de nosso mundo. E por que isto ocorre? Só por falta de vontade dos governos representados na Assembleia Geral da ONU? Ou não será melhor dizer que o contexto de relações sociais, influenciado pela forma econômica dominante no sistema mundial, tem impedido sua implantação efetiva e real? Permanece, assim, o histórico do descumprimento dos direitos em larga escala (HERRERA FLORES, 2005, p. 19):

La historia de los incumplimientos de los derechos es tan larga, tan continuada y, desafortunadamente, tan actual que no es preciso siquiera ahondar más en ella. Consultemos únicamente los informes anuales promovidos por Naciones Unidas y constataremos el abismo cada vez mayor que existe entre lo proclamado en la declaración y las realidades concretas en que viven las cuatro quintas partes de la humanidad. Por mucho que las filosofías idealistas e *iusglobalizadoras* que predominan en tal texto intenten escamotearnos el peso fatal de esta realidad, esta irrumpe en nuestras vidas cada vez que abrimos los ojos y contemplamos lo que ocurre a nuestro alrededor.

A partir de uma série de mudanças substanciais que se aceleram nos tempos atuais, os direitos humanos se convertem no objetivo do século XXI. A deterioração do meio ambiente, as injustiças sociais propiciadas por um comércio e por um consumo indiscriminado e desigual, a continuidade de uma cultura de violência e guerras, a realidade do multiculturalismo e as deficiências em materiais da saúde e da convivência individual e social, obriga-nos a pensar e, por conseguinte, a traduzir os direitos humanos desde uma perspectiva *nova, integradora, crítica e contextualizada*, como apresentada nos parágrafos abaixo.

Uma visão nova dos direitos humanos vem se apresentar, após a Segunda Grande Guerra Mundial, em consequência dos horrores cometidos na mesma (HERRERA FLORES, 2000, p. 43):

Nueva, en cuanto que el contexto es nuevo: para los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el problema principal era la descolonización y la consolidación de un régimen internacional ajustado a la nueva configuración de poder surgida tras la terrible experiencia de las dos guerras mundiales.

Uma visão integradora dos direitos humanos se faz necessária, como um desafio para nos defendermos da avalanche ideológica de um neoliberalismo agressivo e destruidor das conquistas sociais dos anos sessenta e setenta (HERRERA FLORES, 2000, p. 44):

Integradora, en cuanto que ya no podemos hablar sin rubor de dos clases de derechos humanos: los individuales (libertades públicas) y los sociales, económicos y culturales. Sólo hay una clase de derechos para todos: los derechos humanos.

Já numa visão crítica se considera as desigualdades de desenvolvimento e políticas para o mesmo. Nesta visão se pode pensar o exercício da liberdade diretamente ligado ao da igualdade. As condições do exercício da liberdade, ou seja, a igualdade é um tema tão importante e urgente, como a defesa das liberdades individuais (HERRERA FLORES, 2000, p. 45):

Crítica: se ve, pues, como una necesidad entender los derechos humanos desde la perspectiva de la estrecha vinculación entre ellos y las políticas de desarrollo. Cómo respetar derechos humanos concretos en países agobiados económica y políticamente por tener que pagar una deuda y unos intereses que les impiden crear condiciones (desarrollo) que posibiliten prácticas sociales a favor de los derechos.

E dando significado a um arcabouço teórico temos uma teoria contextualizada de direitos humanos, já que não podemos entendê-los sem vê-los como parte da luta de grupos sociais, empenhados em promover a emancipação humana (HERRERA FLORES, 2000, p. 46):

Contextualizada: Los derechos humanos no solo se logran en marco de las normas jurídicas que propician su reconocimiento, sino también, y de un modo muy especial, en las prácticas sociales de ONGs, de Asociaciones, de Movimientos Sociales, de Partidos Políticos, de Iniciativas Ciudadanas y reivindicaciones de grupos, sean minoritarios (indígenas) o no (mujeres) que de un modo u otro han quedado tradicionalmente marginados del proceso de positación y reconocimiento institucional de sus expectativas.

Não podemos entender e ver os direitos humanos sem vê-los como parte da luta de grupos sociais, empenhados em promover a emancipação humana. Sendo assim, a contextualização dos direitos humanos como práticas sociais concretas facilita ir contra a homogeneização, invisibilização, centralização e hierarquização das práticas institucionais tradicionais. Joaquín Herrera Flores resume esta visão de participação e mobilização para uma transformação social e que a ausência do engajamento está diretamente ligada à convivência com a permanência

das injustiças sociais na seguinte frase (HERRERA FLORES, 2000, p. 46): “No hay duda, la indiferencia es el efecto de la complicidad.”

Portanto, numa visão de teoria crítica de direitos humanos como a proposta por Joaquín Herrera Flores, mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. Assim, promovemos processos de direitos humanos, porque necessitamos ter acesso aos bens exigíveis para viver e é necessário a luta para obtê-los (HERRERA FLORES, 2009a, p. 33).

Os direitos humanos, como pode se ver nos parágrafos anteriores, é um tema de alta complexidade. Por um lado, neles se dá uma confluência estreita entre elementos ideológicos e culturais. Por outro lado, sua natureza normativa está estreitamente imbricada na vida concreta das pessoas. Não podemos compreender de que estamos falando, sem uma análise que não parta desta complexidade teórica e deste comportamento humano (HERRERA FLORES, 2000, p. 19).

Como em geral todo fenômeno jurídico e político, os direitos humanos estão permeados por interesses ideológicos e não podem ser entendidos à margem de seu tom cultural. Contudo, como ocorre quando um fenômeno se reconhece juridicamente, começa-se a negar seu caráter ideológico, sua estreita vinculação com interesses concretos, e seu caráter cultural; ou seja, retira-se do contexto, universaliza-se e, assim, subtrai-se sua capacidade e sua possibilidade de se transformar e transformar o mundo desde uma posição que não seja a hegemônica (HERRERA FLORES, 2000, p. 23).

Portanto, podemos entender a partir da teoria crítica que direitos humanos podem ser entendidos pelo acesso de bens materiais ou imateriais decorrentes de processos de lutas sociais, quando podemos ver claramente o marxismo como um pilar desta teoria.

Então, temos também que entendê-los como produtos culturais. Para começar a falar de direitos humanos como produtos culturais, é preciso tomar consciência do diferente. Assumir isto não é tarefa fácil. Historicamente as culturas hegemônicas tentaram se fechar sobre si mesmas e apresentar o outro como o bárbaro, o selvagem, o incivilizado e, como consequência, suscetível de ser colonizado pelo que se autodenomina civilização. Partir dos direitos humanos como produtos culturais se supõe, então, diferenciar-se desse modo ao considerar o diferente. E isso se consegue unicamente depois de um árduo e difícil processo de reconhecimento cultural.

Esta sensibilidade que faz a diferença, e é de importância crucial para entender o que falamos, quando utilizamos o conceito de direitos humanos, entendidos como produtos culturais (HERRERA FLORES, 2005, p. 16):

Históricamente las culturas hegemónicas han intentado cerrarse sobre sí mismas y presentar lo otro como lo bárbaro, lo salvaje, lo incivilizado y, como consecuencia, susceptible de ser colonizado por lo que se auto-denomina civilización.

Os direitos humanos, portanto, não podem ser compreendidos fora dos contextos sociais, econômicos, políticos e territoriais, nos quais e para os quais se dão (HERRERA FLORES, 2009a, p. 51-56). Como todo produto cultural, os direitos humanos pertencem ao contexto no qual surgem e para o qual funcionam como categorias legitimadoras ou antagonistas da ideia hegemônica de vida digna que prima numa determinada e concreta formação social. Em outros contextos culturais, ou seja, em outras formas de explicar, interpretar e intervir no mundo, os caminhos de dignidade têm surgido de forma diferente no contexto de relações imposto pelo capital. Cada formação social constrói cultural e historicamente seus caminhos para a dignidade. O que diferencia o ocorrido na modernidade ocidental de outras modernidades, ou outros contextos de relações, é que no Ocidente a forma hegemônica de relação social teve, desde suas origens, uma vocação expansiva e globalizada de força muito maior que as dominantes em outras formas de percepção do mundo e da vida humana (HERRERA FLORES, 2005, p. 18).

A contínua construção de signos, que estabelece, transforma e cria relações entre os objetos do mundo e nossas ações, proporciona sempre um excesso de significação ao mundo que nos rodeia: assim, o que antes era um mero produto natural ou uma forma de relação não percebida como tal, ao ser representado simbolicamente, converte-se em um produto cultural (HERRERA FLORES, 2009b, p. 93).

Entre as múltiplas versões que tentaram conduzir à origem cultural, Herrera Flores aporta Sigmund Freud (HERRERA FLORES, 2009b, p. 94):

Segundo o autor de “El Mal estar en La cultura”, esta aparece quando o homem primitivo, em sua tarefa de caçar para se alimentar, deixa de perseguir sua vítima ao perceber que ela deixou uma pegada. O caçador representa simbolicamente o transcurso do animal perseguido e já não necessita tê-lo à vista, ou cheirá-lo, para poder encontrá-lo. Só deve seguir os signos que vai deixando para trás de si. A pegada não é algo natural. Estamos, diria Freud, do primeiro “sinal”, diante da primeira representação da relação existente entre a ação de caçar e o objeto a ser perseguido: o animal.

Sigmund Freud, médico austríaco criador da psicanálise, foi influenciado por vários filósofos que o antecederam como Schopenhauer (PASTORES, 2015, p. 18-25) e Nietzsche (GIACÓIA JR., 2015, p. 26-28), influenciando, por sua vez, tantos outros filósofos (LOUREIRO, 2015, p. 28-32) como John Dewey e Michel Foucault. Como escrito anteriormente, Joaquín Herrera Flores deixa claro nos seus escritos que foi influenciado por Karl Marx, Freud e outros filósofos. O saber não se inicia e nem se encerra num autor. Eles se somam e se ampliam progressivamente, como faz Herrera Flores, deixando em aberto, a continuação da sua obra.

3 RELAÇÃO INTRÍNSECA DA PSICANÁLISE COM A TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS DE JOAQUÍN HERRERA FLORES

A psicanálise pode mostrar caminhos para se entender a teoria crítica de direitos humanos de Joaquín Herrera Flores. Pode ser feito um paralelo entre as duas teorias. A psicanálise vem com sua teoria do recalque possibilitar vir à tona as vivências traumáticas recalçadas no inconsciente e a teoria crítica com o diamante ético, a visibilização das violações dos direitos humanos.

Apresentamos inicialmente as bases da teoria psicanalítica e na sequência as possibilidades da transformação oriunda da teoria crítica de direitos humanos.

Em meio à transição do século XIX, marcado pelo *otimismo teórico do racionalismo e do primado da consciência*, para o século XX, caracterizado pela *crise da razão*, Freud funda a psicanálise, uma nova ciência sobre a alma humana que tem como fundamentos *o inconsciente e as pulsões* (PASTORES, 2015, p. 19).

Em “L’Interprétation de rêves”, obra publicada em 1899 e datada de 1900, Freud introduz a expressão original “aparelho psíquico”. Esse aparelho é composto de três sistemas que Freud chama genericamente instâncias (*Instanz*): o consciente, o pré-consciente e o inconsciente, cujas interações particulares decorrem de um fato topográfico, ou seja, eles são separados pelas duas censuras, e de uma diferença de finalidade, isto é, eles obedecem a distintos princípios de funcionamento (ANZIEU, 2002, p. 101).

Descartes, Leibniz, Fichte, Schiller, Schelling, Schopenhauer, Nietzsche, estão na linha de antecessores do conceito de inconsciente em Freud; que a psiquiatria dinâmica, que desenvolveu a ideia de forças desconhecidas que limitam a autonomia da consciência, as ideias de Pascal e Spinoza e cuja expressão no mesmerismo através de uma terapêutica de sugestão e hipnose adicionada, tem um efeito decisivo em Freud (MARIA, 2010, p. 406).

O inconsciente freudiano é apresentado assim (MARIA, 2010, p. 406):

Lo inconsciente es lo psíquico verdaderamente real, nos es tan desconocido en su naturaleza interna como lo real del mundo exterior, y nos es dado por los datos de la conciencia de manera tan incompleta como lo es el mundo exterior por las indicaciones de nuestros órganos sensoriales.

Com imenso rigor e detalhamento, Freud vai buscar circunscrever, estabelecer seu conceito do inconsciente (ÁVILA, 1999, p. 157-168):

Antes de prosseguirmos queremos enunciar o fato importante mas incômodo, de que a inconsciência (Unbewusstheit) é apenas um aspecto do psíquico, o qual de modo algum basta para caracterizá-lo. Dão-se atos psíquicos de diferentes valores (Dignität) mas que, não obstante, passam por cima disso, ficam acima disso quanto à característica, quanto ao caráter de ser, ou de estar, inconsciente. O inconsciente abrange, por um lado, atos, o mero latente que é temporariamente inconsciente, mas que em nada difere em si do consciente e, por outro lado, casos como o do recalçado, os quais, no caso de virem a ser conscientes eles se distinguiriam vividamente sobre o que é consciente. Podemos colocar um fim em todos os mal-entendidos se nós, de agora em diante, apenas descrevermos os vários tipos de atos psíquicos, se absolutamente não levarmos em consideração se são conscientes ou inconscientes, porém sim, através de sua relação com as pulsões e aspirações, através de sua composição (montagem, formação de palavras = Zusammensetzung), filiação (pertinência) na classificação da hierarquia dos sistemas psíquicos uns em relação aos outros e na ligação que possam trazer.

Freud apresenta a teoria das pulsões no livro “Novas conferências introdutórias”, relativo às *pulsões eróticas* e às *pulsões de morte* (PASTORES, 2015, p. 23):

Se é verdade que – em alguma época incomensuravelmente remota e de um modo irrepresentável – a vida originou da matéria inorgânica, então, de acordo com nossa suposição, deve ter surgido uma pulsão que procurou eliminar a vida novamente e restabelecer o estado inorgânico. Se reconhecemos nessa pulsão a autodestruição de nossa hipótese, podemos considerar a autodestruição como expressão de uma pulsão de morte que não pode deixar de estar presente em todo processo vital. Ora, as pulsões, nas quais acreditamos, dividem-se em dois grandes grupos – as pulsões eróticas, que buscam acumular cada vez mais substância viva em unidades cada vez maiores, e as pulsões de morte, que se opõem a essa tendência e levam o que está vivo a um estado inorgânico. Da ação concorrente e antagônica entre essas duas pulsões procedem os fenômenos da vida que chegam ao seu fim com a morte.

Ainda fundamental para estabelecermos uma relação entre a psicanálise e a teoria crítica de direitos humanos, seria a apresentação da teoria da memória e a do recalque (BOHLEBER, 2007, p. 156-157).

Para Freud, o objetivo da cura analítica era tornar conscientes as recordações psíquicas precoces recalçadas. Uma razão para isso pode ser encontrada na sua teoria da memória. De acordo com Freud, as percepções depositam-se na memória como traços de memória. Apesar de esses traços de memória serem cópias da impressão original, eles não são armazenados como elementos isolados, em forma de uma teoria do “engrama” ingênua. Ao contrário, Freud supõe vários sistemas de memória ligados em série, que armazenam o mesmo traço de memória, de maneira duplicada, a partir de princípios diferentes.

... na teoria de memória de Freud, as recordações, para ele, são novos investimentos em traços de memória duradouros, compreendidos como cópias de processos psíquicos ocorridos no passado. Somente com a suspensão do recalque e um trabalho psíquico profundo dos conflitos é possível reproduzir o passado sem que seja necessária uma transcrição mediante um novo investimento no consciente.

Freud qualifica o material traumático como um corpo estranho no tecido psíquico, mas logo volta a limitar sua metáfora: “a organização patológica na verdade não se comporta como um corpo estranho, mas antes como uma infiltração [...] a terapia também não consiste em extirpar algo – uma psicoterapia não é capaz disso atualmente – mas, sim, em dissolver a resistência e desta forma abrir caminho para a circulação em uma área anteriormente impedida” (BOHLEBER, 2007, p. 167).

Para Freud tratava-se de articular um método para a associação-livre, para o levantamento das resistências, para o desvendamento do latente, para a descrição dos mecanismos do processo primário, para a gestação de sua Metapsicologia (ÁVILA, 1999, p. 157-168).

No método psicanalítico freudiano, deriva-se uma exigência interna da teoria que visa alcançar o objeto da psicanálise, o inconsciente. A regra técnica para se alcançar este objetivo é a associação livre, designada por Freud a regra fundamental do método. A regra técnica da associação livre tem por objetivo fazer com que o paciente fale tudo o que atravessar a sua mente, com ou sem sentido, qualquer conteúdo, mesmo que de natureza constrangedora. Tornou-se um princípio básico do método investigativo freudiano, que aplicaria de maneira sistemática o procedimento técnico da livre associação, desde o início de cada tratamento e durante todas as sessões, sem exceção à regra. Utilizada como termo técnico, a associação livre define o modo de pensar incentivado no(a) paciente pela reco-

mendação do(a) analista. Assim, Freud estabeleceu uma das maneiras como o(a) paciente deveria se comunicar, como também definiu a forma como o(a) analista deveria conduzir a sua escuta, através da atenção flutuante. Estas são regras técnicas presentes no método freudiano que visam alcançar o objeto de estudo da psicanálise (JORGE, 2007, p. 19).

Segundo Freud (1937), a finalidade de uma análise é o abandono de formas de satisfação primitivas e sintomáticas. Para tanto, faz-se necessário acessar de forma *completa* os registros recalcados basilares do sintoma. Este acesso se dá por diversas vias: sonhos, chistes, atos falhos, repetições, formações do inconsciente favorecidas pela transferência com o analista. É deste modo que se obtém todo material relativo a um possível desfecho de uma psicanálise (VEGAS, 2008, p. 126).

Uma análise, para Freud (1937), consiste em duas tarefas, desenvolvidas quase de maneira independentes. Ao analisando cabe dizer tudo o que lhe vem à alma em busca das recordações perdidas, e a tarefa do analista é “[...] completar [zu erraten, de fato, adivinhar, supor] aquilo que foi esquecido a partir dos traços que deixou atrás de si ou, mais corretamente, *construí-lo*”. A comunicação da construção é o ponto de encontro entre estes dois trabalhos. A ausência de uma formalização anterior é explicada por considerá-la autoevidente, e o faz neste texto apenas visando *outro propósito* (VEGAS, 2006, p. 126).

Retomando a teoria crítica de direitos humanos para se fazer uma ligação com a psicanálise, Joaquín Herrera Flores expõe como uma teoria crítica pode estar contextualizada e integrada com a realidade onde está inserida para se obter um resultado prático e não apenas um exercício de retórica. Com relação à visibilização das violações dos direitos humanos assim coloca (PRONER, 2011, p. 31-32):

Ese esfuerzo por hacer visible – VISIBILIZAR – lo abstracto a partir del cuestionamiento del “cómo” y “del “por qué” es el primer paso en el camino metodológico para develar los vacíos del comfortable. Conocido y seguro mundo de la verdad y del orden preestablecido. Lo fundamental consiste en la capacidad de reconocer la existencia de un abismo entre realidad y normatividad abstracta, reconocer la cínica contradicción entre legalidad y realidad, entre normas y hechos por diversas e interconectadas razones.

Tornar visível o objeto da análise a partir das contradições conduz a uma atitude posterior na qual o investigador é levado a questionar a lógica abstrata. Após a visibilização, o segundo passo seria a desestabilização (PRONER, 2011, p. 32):

Se da entonces un segundo paso en el sentido de DESESTABILIZAR el sentido común opresor a partir de la experimentación de las hipótesis elaboradas por medio de preguntas experimentación de las hipótesis elaboradas por medio de preguntas y posibles respuestas. El pensamiento crítico es un pensamiento de combate – segunda condición de una teoría realista y crítica de los Derechos humanos – y debe desempeñar un papel de concientización que ayude en los procesos de lucha, que sea eficaz con vistas a la movilización en busca de alternativas. La desestabilización se reviste de carácter cuestionador, de combate argumentativo, porque debilita el “sentido común” e introduce la duda donde antes había solamente certeza y seguridad.

Na sequência à desestabilização, temos a apresentação da proposição, ressaltando o caráter propositivo da teoria crítica de direitos humanos (PRONER, 2011, p. 35):

El pensamiento crítico se revela, en este sentido, creativo y afirmativo, partiendo siempre de la capacidad de acción de PROPONER, de hacer y rehacer mundos, proponer nuevos sentidos, nuevos consensos y puntos de llegada. La técnica argumentativa implica ahora el enfrentamiento de las propias ideas y la afirmación productiva de los valores que son defendidos en lugar de los que son combatidos.”

Para realizar a tarefa argumentativa crítica que conduza a um processo de desestabilização eficaz, Herrera Flores propõe uma estratégia metodológica que denominou de “diamante ético” (HERRERA FLORES, 2008, p. 109):



Gráfico 1 - Diamante ético

A figura do diamante ético tem sua utilidade no momento de abordar temas tão híbridos porque faz prever elementos que nos permitem visibilizar, desestabilizar e propor argumentos, caminhos, hipóteses que contemplem a possibilidade de luta pela dignidade humana (PRONER, 2011, p. 33).

Fazendo-se um paralelo entre a psicanálise freudiana e teoria crítica de direitos humanos de Herrera Flores, poderíamos correlacionar, lado a lado, suas possíveis equivalências como se apresenta no quadro abaixo:

Quadro 1 – Comparação entre a psicanálise freudiana e teoria crítica de direitos humanos de Herrera Flores (GONZAGA, 2016, p. 46).

| Elementos de comparação | Psicanálise freudiana | Teoria crítica de Joaquín Herrera Flores |
|--------------------------------|--|--|
| Objetivo do estudo | Vivência traumática psíquica | Violações de direitos humanos |
| Material de estudo | Inconsciente | Realidade integrada e contextualizada |
| Método | Associações livres | Diamante ético |
| 1º Passo | Revelação da vivência traumática recalcada no inconsciente | Visibilização da violação dos direitos humanos |
| 2º Passo | Psicoterapia para dissolução da resistência – transferência/contra transferência | Desestabilização – Introdução da dúvida onde havia somente a certeza e a segurança. |
| 3º Passo | Abertura do caminho para a experiência do “novo” | Proposição – Fazer e refazer mundos, propor sentidos, novos consensos e pontos de chegada. |

Uma teoria crítica de direitos humanos, como a proposta por Joaquín Herrera Flores, poderia também ser interpretada como uma forma da terapia não se restringir aos consultórios, de tal forma a incluir em seus cuidados as mais amplas desordens do coletivo, como as repetidas e recorrentes violações dos direitos humanos.

A reflexão traz um movimento emancipatório, como deixa claro Ernst Bloch no seu “O princípio Esperança”, discorrendo sobre o “pensar” (BLOCH, 2005, p. 14):

Pensar significa transpor. Contudo, de tal maneira que aquilo que está aí não seja ocultado nem omitido. Nem na sua necessidade, nem mes-

mo no movimento para superá-la. Nem nas causas da necessidade, nem mesmo no princípio da virada que nela está amadurecendo. Por essa razão, a transposição efetiva não vai em direção ao mero vazio de algum diante-de-nós, no mero entusiasmo, apenas imaginando abstratamente. Ao contrário, ela capta o novo como algo mediado pelo existente em movimento, ainda que, para ser trazido à luz, exija ao extremo a vontade que se dirige a ela. A transposição efetiva conhece e ativa a tendência de curso dialético instalada na história.

No seu livro *“Los Derechos humanos como productos culturales”* (2005), Joaquín Herrera Flores (2005, p. 27-28) assim apresenta:

Como afirmaron hace decenios Felix Guattari y Antonio Negri, es preciso reinventarlo todo con el objetivo de llevar a cabo prácticas sociales de transformación de las conciencias y de las realidades en el ámbito de lo político y lo social, de lo histórico y de lo cotidiano, de lo colectivo y de lo individual, de lo consciente y lo inconsciente. En este sentido, una teoría y una práctica de los derechos humanos, entendidos como productos culturales, tendera siempre a crear, a constituir, a buscar y a suscitar acontecimientos, encuentros, espacios significativos de interacción que aumenten la intensidad de nuestras actitudes y aptitudes para empoderarnos y empoderar a los otros. Para ello, debemos ampliar nuestras formas de comprensión de los derechos humanos y considerarlos como procesos normativos, sociales, políticos, económicos que abran o consoliden espacios de lucha por la dignidad humana, en otros términos: conjuntos de Prácticas que potencien la creación de dispositivos y de mecanismos que permitan a todas y a todos poder hacer sus propias historias. Reivindiquemos, pues, una imaginación, una teoría y una práctica que rompan los cercos en los que nos encierran los déficits y los excesos de sentido y construyamos la posibilidad de plantear alternativas reales en el mundo que nos ha tocado vivir. Decir no, lo veíamos más arriba, es decir si a algo diferente. Comencemos por definir los derechos humanos por lo que son: productos culturales que faciliten la construcción de las actitudes y aptitudes que nos permitan poder hacer nuestras vidas con el máximo de dignidad.

O autor já sintetizava na obra esta possibilidade de confluência de uma transformação mais ampla de pessoas e realidades.

CONCLUSÃO

A compreensão e o entendimento destes conceitos apresentam uma grande complexidade, considerando que embasam duas teorias aparentemente distin-

tas, mas com uma intensa conexão entre si, uma vez que possibilitam vir à tona violações de direitos humanos e vivências psíquicas traumáticas. O individual e o coletivo precisam ser integrados para a possibilidade da vivência de uma vida digna na sua amplitude e totalidade.

As duas teorias apresentam uma confluência na sua estrutura e objetivo transformador e libertador. Herrera Flores, como Freud, deixa clara a influência de filósofos que o antecederam, possibilitando que os avanços sejam somatórios e não contraditórios, ampliando e potencializando a criação do novo e da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- ANZIEU Didier. *O Eu-pele*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.
- ÁVILA, Lazslo Antonio. O telescópio e o caleidoscópio: o inconsciente em Freud e Groddeck. *Psicol. USP*, 10(1), p. 157-68, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-65641999000100008&script=sci_arttext>. Acesso em 21 de jun. 2015.
- BERTA, Sandra Letícia; ROSA, Miriam Debieux. Angústia e luto no exílio político, *Revista Textura*, 5(5), p. 52-56, 2005.
- BLOCH, Ernst. *O Princípio Esperança. Volume 1*. Rio de Janeiro: UERJ Contraponto, 2005.
- BOHLEBER, Werner. Recordação, trauma e memória coletiva: a luta pela recordação em psicanálise, *Revista Brasileira de Psicanálise*, 41(1), p. 154-175, 2007.
- GIACÓIA JR, Oswaldo, O infinito campo hermenêutico, *Ciência & Cultura*, 67(1), p. 26-28, 2015.
- GONZAGA, H.F.S. *Análise da abordagem da OMS, OMPI e OMC quanto ao direito humano à saúde*. 2016. 553f. Tese de Doutorado – Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas, Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, 2016.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *A (re)invenção dos direitos humanos*, Florianópolis: Fundação Boiteux IDHID, 2009a.
- _____. *Teoria Crítica dos Direitos humanos. Os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- _____. *La reinvencción de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008.
- _____. *Los Derechos humanos como productos culturales*. Madrid: La catarata, 2005.
- _____. *El vuelo de anteo – derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao: desclée, 2000.
- JORGE, J.D. *A construção da associação livre na obra de Freud*. 131f. Dissertação – Programa de Mestrado em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.
- LOUREIRO, Inês, Em busca de uma noção de experiência, *Ciência & Cultura*, 67(1), p. 28-32, 2015.

MARIA, Carmen Elisa Escobar, El inconsciente freudiano y sus destinos, *Tempo psicanalítico*, 42(2), p. 403-24, 2010.

PASTORES, Jassanam Amoroso Dias, A presença schopenhaueriana no pensamento de Freud, *Ciência & Cultura*, 67(1), p. 18-25, 2015.

PRONER, Carol e CORREAS, Oscar, *Teoria crítica dos Direitos Humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROSA, Miriam Debieux, A pesquisa psicanalítica dos fenômenos sociais e políticos: metodologia e fundamentação teórica, *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, 4(2), p. 329-348, 2004.

_____; BERTA, Sandra Letícia; CARIGNATO, Taeco Toma; ALENCAR, Sandra, A condição errante do desejo: os imigrantes, migrantes, refugiados e a prática psicanalítica clínico-política, *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, 12(3), p. 497-511, 2009.

VEGAS, Márcio Zanardini; AGUIAR, Fernando, A noção freudiana de construção (The freudian notion of construction), *Revista AdVerbum*, 3(2), p. 125-137, 2008.

**DIREITOS HUMANOS E DECORO PARLAMENTAR:
SOBRE A POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO
DE MANDATO POR DISCURSO DE ÓDIO**

***HUMAN RIGHTS AND PARLIAMENTARY DECORUM:
ON THE POSSIBILITY OF REMOVAL
FROM OFFICE DUE TO HATE SPEECH***

Alessandro Soares

Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (USAL) e pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor e diretor acadêmico da Faculdade Escola Paulista de Direito (EPD).

Submetido em: 12/11/2017

Aprovado em: 22/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5228>

Resumo: Este artigo explora a questão do discurso de ódio proferido por parlamentar e o seu possível enquadramento como comportamento incompatível com o decoro consoante previsto no art. 55, II, da Constituição brasileira de 1988. Argumentamos que, quando um congressista emite um discurso de ódio, há ofensa direta à dignidade institucional, fato este que legitima, inclusive, a sua responsabilização política. O discurso de ódio escamoteia a pretensão e eficácia constitucional naquilo que há de mais importante: o princípio da cidadania – que tem como substrato a igualdade e a dignidade humana. Em última instância, defendemos que a liberdade democrática não comporta o discurso de ódio.

Palavras-chave: Cassação de Mandato; Decoro Parlamentar; Discurso de Ódio; Responsabilidade Política.

Abstract: *This article investigates the matter of hate speech expressed by a political parliamentary deputy and its likely framing as a sort of unsuitable behavior for the decorum in accordance with the article 55, II, from the 1988 Brazilian Constitution. We argue that when a deputy professes a hate speech, there is a direct violation of the institutional dignity, which legitimates its very own political accountability. Hate speech undermines the constitutional endeavor and efficiency in its core: the*

principle of citizenship – whose basis is human equality and dignity. As a conclusion, we argue that democratic freedom does not encompass hate speech.

Keywords: *Hate Speech; Parliamentary Decorum; Political Responsibility; Removal from Office.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza político-administrativa dos processos de cassação por quebra de decoro. 3. Discurso de ódio, desigualdade e violência. 4. Discurso de ódio e a pretensão de eficácia constitucional. 5. Discurso de ódio e decoro parlamentar. 6. Responsabilidade política parlamentar por discurso de ódio. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 impõe a qualquer agente no exercício de atividades públicas o respeito ao princípio da moralidade. Embora esse princípio apareça de maneira explícita no capítulo atinente à Administração Pública, isto é, no *caput* do art. 37 do Texto Constitucional,¹ a sua aplicabilidade abrange e norteia toda ação realizada no exercício de função pública, atingindo os três poderes da República. Assim, os órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário, tanto na instância burocrática quanto na política, estão submetidos à força gravitacional da moralidade pública.

Logicamente, de nada adiantaria pregar uma regra principiológica sem prever formas de controle e sanções em caso de violação de seu preceito. É diante dessa constatação que, por exemplo, o inc. LXXIII do art. 5º da Constituição prevê que qualquer cidadã ou cidadão tenha legitimidade para propor uma ação popular diante do Poder Judiciário com vistas a anular atos lesivos à moralidade administrativa.² De forma similar, o art. 37, § 4º, do Texto Constitucional prescreve as penalidades de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário para quem pratique atos de improbidade administrativa. É dentro desse cenário geral que encontramos no art. 55, II, da Carta Política de 1988 a regra de que perderá o mandato a Deputada ou o Deputado, bem como a Senadora ou o Senador, cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar. Trata-se, como se vê, do reflexo do princípio da moralidade no campo do Legislativo.

¹“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

²“Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

A regra determinada pelo art. 55, II, da Constituição é drástica: a pessoa ocupante de cargo legislativo que falte com o decoro terá o seu mandato extinto a partir de avaliação e decisão de seus pares. Estamos, então, diante de um instrumento de controle de moralidade do Poder Legislativo, mas cujo efeito é a eliminação da vontade popular emitida no plano eleitoral. Por óbvio, a utilização do instituto da cassação de mandato por conduta incompatível com o decoro deve se dar respeitando os princípios constitucionais, isto é, os membros do Poder Legislativo não estão habilitados a aplicar de maneira arbitrária esse mecanismo de caráter repressivo moral, sob pena de violação da ordem democrática.

Dito isso, a polêmica que propomos enfrentar neste artigo diz respeito à possibilidade ou não de um integrante do Congresso Nacional ter o seu mandato extinto por violação à regra de decoro a partir uma manifestação de discurso político caracterizado como de ódio. Em outras palavras, o intuito e o efeito da conduta são voltados basicamente para depreciar e agredir segmentos particulares da sociedade, em geral minorias que tradicionalmente já têm um déficit no plano da garantia dos direitos, como as mulheres, os homossexuais, as negras, os negros, os refugiados, os migrantes, os indígenas etc., de modo a gerar um ambiente de legitimação de tratamentos desiguais, tanto por parte do Poder Público quanto da própria cidadania.

A visão que defenderemos neste artigo é a de que o discurso de ódio ofende a igualdade cidadã, de maneira que não é comportado pelo regime democrático instituído pela Constituição brasileira de 1988. Assim, quando tal tipo de manifestação é proferida por um representante parlamentar, ocorre necessariamente uma ameaça à legitimidade do Poder Legislativo, constituindo, portanto, quebra da dignidade institucional. Ademais, argumentaremos que a instauração do processo de cassação por quebra de decoro em face de um discurso de ódio é plenamente viável frente ao conteúdo da Constituição, e isso não somente por uma questão formal mas também de princípio, na medida em que o exercício das liberdades democráticas e o cumprimento dos procedimentos que lhe dizem respeito não podem ser exercidos de maneira a ser a causa da eliminação e o esvaziamento substancial do regime democrático.

Com o intuito de fomentar o debate a respeito do tema proposto, abordaremos as questões a seguir: (i) a natureza jurídica dos procedimentos de cassação de mandato parlamentar por quebra de decoro à luz do ordenamento constitucional brasileiro; (ii) de que modo o discurso de ódio se afirma a partir de uma manifestação agressiva e excludente de minorias, refletindo, em regra, as estruturas de dominação e exploração existentes na sociedade; (iii) como, no discurso de ódio e em sua visibilidade, está implícito um combate político ofensivo aos princípios

democráticos e igualitários previstos na Constituição de 1988, de maneira que o seu objetivo último é sedimentar um *status quo* social contra a pretensão de eficácia constitucional; (iv) a partir de que elementos podemos compreender que o discurso de ódio parlamentar constitui um ato de violação ao decoro institucional do Poder Legislativo; e, por fim, (v) discutiremos sobre a viabilidade de responsabilização política de deputados e senadores por manifestação de discurso de ódio, não só porque uma leitura formal da Constituição assim indica, mas também porque imaginar que tal conduta configure um legítimo exercício de liberdade de expressão constitui uma abertura para a imposição de ambientes anti-igualitários e de violação dos direitos humanos.

2 A NATUREZA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS PROCESSOS DE CASSAÇÃO POR QUEBRA DE DECORO

Já tivemos oportunidade de destacar que a hipótese de perda de mandato parlamentar por comportamento indecoroso é regra albergada no art. 55, II, da Constituição de 1988. Esse instituto foi acolhido pela primeira vez no ordenamento jurídico a partir da Carta Política brasileira de 1946, que no rol das estipulações de incompatibilidades parlamentares trouxe a previsão de perda de mandato por quebra de decoro, estabelecendo em seu art. 48, § 2º, que “perderá, igualmente, o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento seja reputado, pelo voto de dois terços dos membros de sua Câmara, incompatível com o decoro parlamentar”. Note-se que o referido artigo foi fundamentado no art. 1º, seção 5ª, § 2º, da Constituição dos Estados Unidos, o qual prevê a competência do Legislativo para cassar mandato parlamentar quando da ocorrência de comportamentos irregulares de seus respectivos membros.³

De qualquer maneira, o que se constata pela leitura da atual Constituição brasileira é o fato de que, formalmente, a cassação de mandato parlamentar por conduta ofensiva ao decoro corresponde a uma competência conferida privativamente ao Poder Legislativo, de modo que apenas esse órgão superior do Estado tem a competência de exercê-la. No entanto, a constatação de tal situação jurídica constitucional não nos revela qual tipo de função estatal está se desenvolvendo quando se determina a perda de um mandato parlamentar por quebra de decoro. Com efeito, não se pode afirmar de maneira segura que só porque o Legislativo emite determinado ato estamos diante do exercício de função legislativa, pois o Executivo, o Legislativo e o Judiciário muitas vezes exercem atividades uns

³ Dispõe o art. 1º, seção 5ª, § 2º, da Constituição dos Estados Unidos: “Each House may determine the rules of its proceedings, punish its members for disorderly behavior, and, with the concurrence of two-thirds, expel a member”.

dos outros de forma excepcional. Fala-se aqui de exercício de funções típicas e atípicas que cada órgão superior do Estado exerce. Por exemplo, quando o Legislativo realiza processos licitatórios para as suas contratações, não está a legislar, mas, sim, a exercer atipicamente ou de forma imprópria atividade em geral administrativa; no mesmo sentido, quando o Executivo veta alguma lei,⁴ está a exercer atipicamente uma função de contorno Legislativo. Diante disso, é preciso acomodar a cassação de mandato parlamentar por quebra de decoro ao esquema da separação de poderes a partir de outro princípio de distinção.

De chofre, para evitarmos maiores delongas, devemos assentar que os procedimentos de cassação de mandato por quebra de decoro constituem exercício de função administrativa atípica atribuída ao órgão Legislativo. Embora do ponto de vista objetivo esses procedimentos aparentem ter uma forma concreta de atividade jurisdicional, já que os membros do Legislativo julgam a conduta de um par garantindo ampla defesa e contraditório,⁵ verdade é que lhes faltam o atributo jurídico formal caracterizador da função jurisdicional, qual seja, a possibilidade de tornar imutável a decisão final tomada.

Com efeito, a atividade jurisdicional é, segundo parte importante dos que se debruçam sobre o tema, a única capaz de dar ensejo ao surgimento do fenômeno da coisa julgada, que impede a “revisão jurídica das decisões tomadas” (CARDOZO, 2011, p. 11). Nas palavras de Dinamarco, “das funções realizadas pelo Estado, é a jurisdição a única dotada do predicado de definitividade, caracterizado pela imunização dos atos realizados” (DINAMARCO, 2004, p. 333). Ora, quem quer que tenha o mandato parlamentar cassado por violação às regras de decoro institucional poderá sempre se socorrer do Poder Judiciário: estamos aqui diante do chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição que se encontra alinhavado no art. 5, inc. XXV, do Texto Constitucional, ao que dita, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse é, pois, um princípio basilar do Estado de Direito.⁶

⁴ Dispõe a Constituição brasileira de 1988: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente”.

⁵ Nesse sentido é que, embora analisando a Constituição de 1946 e não definindo a cassação de mandato por quebra de decoro como função jurisdicional, Themistocles Brandão Cavalcanti claramente visualizou a perspectiva ora aventada: “A Câmara funciona como verdadeiro Tribunal de Justiça; apreciando, objetivamente, a imputação feita e a conceituação do que se deve entender por ‘decoro parlamentar’ – isto é, dignidade moral, política, com a corporação representativa da própria soberania popular” (CAVALCANTI, 1948, p. 59).

⁶ É esse um princípio essencial para a garantia da liberdade do indivíduo contra possíveis abusos por parte dos poderes instituídos. Lembre-se de que, no regime ditatorial anterior a 1988, um dos instrumentos que garantiam o abuso do poder estatal por parte das “autoridades” foi exatamente a neutralização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pelo art. 11 do Ato Institucional n. 5, de 12 de dezembro de 1968, o qual determinava que: “Excluem-se de qualquer

Se o modelo interpretativo adotado até aqui é razoável, será forçoso concluir que a função administrativa é exatamente aquela que ao ser exercida toma a forma de um ato de caráter concreto em cumprimento da lei e que se submete sempre a um regime de controle jurisdicional. Fixemos, então, que “a característica essencial e fundamental do ato administrativo do Estado de Direito é sua contrastabilidade pelo Poder Judiciário” (FIGUEIREDO, 1998, p. 127), ou melhor, “*tous les actes formellement administratifs sont assujettis à un contrôle juridictionnel*”.⁷ Vê-se, com isso, que os processos instaurados pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal com a finalidade de apurar e sancionar a ocorrência de ofensa ao decoro institucional têm contornos jurídicos claramente administrativos. Não correspondem à atividade legislativa e tampouco à jurisdicional.

Sucede, no entanto, que há outro aspecto a ser ressaltado quanto à natureza dos processos de cassação de mandato por quebra decoro, o qual diz respeito ao tipo de responsabilidade que implica. Iniciemos com a afirmação de que a competência para a cassação de mandato por quebra de decoro, consoante teor do art. 55, II, da Constituição de 1988, configura exercício de função política. Mais especificamente, pode-se dizer que estamos diante de uma competência para impor *responsabilidade política*.⁸ O membro da Câmara ou do Senado faltoso com os seus deveres morais responderia de forma política perante os seus pares. Assim, é comum separar esse tipo de responsabilidade daquelas de natureza penal, civil e administrativa, com as quais não se confundiria (CUNHA, 2004, p. 394).

Distinta, portanto, das responsabilidades apuradas no campo puramente administrativo, civil e penal, a responsabilidade política tem o seu fundamento em uma relação de matriz democrática. O agente político por excelência se sobressai e se particulariza em face de outras categorias de agentes públicos na

apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

⁷ Tradução nossa do original: “Todos os atos formalmente administrativos estão sujeitos a um controle jurisdicional” (GAUDEMET, 2001, p. 514).

⁸ Convém lembrar que a responsabilidade política encontra sua origem na inversão da forma de legitimação do poder ocorrida sob o influxo do pensamento constitucional democrático. Antes do advento do Estado de Direito, o poder estatal sob a tutela do príncipe era um poder encarnado em sua própria pessoa (“L’État c’est moi”), e o exercício do poder estava submetido a fórmulas do tipo *the king can do no wrong*, um poder que só se responsabilizava perante esferas místicas para além das relações humanas. Nesse sentido, dizia nossa Carta monárquica de 1824 em seu art. 99 que “a pessoa do imperador é inviolável e sagrada. Ele não está sujeito à responsabilidade alguma”. Consoante Pedro Lomba: “O princípio da responsabilidade política, adotado pelos regimes liberais e pelo constitucionalismo, remonta à preocupação da filosofia medieval com a moderação e legitimação do poder político. A sua implantação só se tornou possível com a revisão das concepções religiosas e teocráticas sobre a origem do poder político. Enquanto as comunidades políticas estiveram sob a autoridade e um *Rex Dei Gratia*, representante da vontade divina, a ideia de responsabilidade política não se pôde manifestar” (LOMBA, 2008, p. 26).

medida em que o acesso ao exercício de seu cargo se dá pelo combate político eleitoral periódico estabelecido pelo sistema de representação política. Como destaca Heller, “no regime democrático, determinados círculos mais amplos ou mais reduzidos do povo do Estado dispõem de um poder político eficaz que se revela praticamente, sobretudo, na nomeação, demissão e controle dos dirigentes políticos” (HELLER, 1968, p. 294). É o representante político, como agente mandatário da cidadania que responde politicamente por suas ações. Em termos históricos, a imagem categórica desse *status* de responsabilidade está no art. 15 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, ao ditar que: “La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration”.⁹

Elaboradas essas considerações, estamos habilitados a afirmar com alguma margem de segurança que a responsabilidade política primária ou originária está posta pelo processo eleitoral (Lomba, 2008, p. 79), sendo que o mecanismo da cassação de mandato por quebra de decoro, conforme previsto no art. 55, II, do Texto Constitucional, corresponde a uma forma secundária ou derivada de responsabilização política, já que nesse caso o agente responsabilizador não é o povo eleitor que atua mediante o seu “voto castigo” periódico, mas os próprios representantes políticos que eliminam determinado mandato em face da constatação de uma ofensa à moralidade institucional (Rey, 1991, p. 556). A princípio, o que há em comum entre esses dois tipos de responsabilidade política é o fato de que ambos se aplicam aos representantes políticos, ou seja, trata-se de uma responsabilidade afixada *ratione personae* conforme o status do agente (Cunha, 2008, p. 394), mas isso, conforme aponta Lomba, configura apenas um pressuposto da responsabilidade política, sendo insuficiente para caracterizar e impregnar no instituto a sua marca distintiva (Lomba, 2008, p. 70).

Nesse sentido, o ponto nevrálgico refere-se ao processo de cassação de mandato por conduta indecorosa. Por constituir uma forma de responsabilização política democrática secundária, tal processo se caracteriza como um cenário complexo no qual um agente político se submete a julgamento dentro de um órgão político a partir de considerações de ordem política de seus pares com vistas à aplicação de uma penalidade de natureza igualmente política, qual seja, eliminação do mandato democrático recebido pelo voto popular.

Ressalte-se que a decisão final tomada pelos membros do Legislativo no âmbito de um processo de cassação de mandato tem natureza jurídico-discricionária, no sentido de que o ordenamento jurídico concedeu aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal “um campo de liberdade e cujo interior cabe

⁹ Tradução nossa do original: “A sociedade tem o direito de pedir explicações a todo agente público pela sua administração”.

interferência de uma apreciação subjetiva” sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, significando dizer que há certa margem de liberdade interpretativa dos pares em estabelecer se determinada conduta corresponde ou não à quebra de decoro e em aplicar a penalidade (MELLO, 2003, p. 09). Fala-se, assim, em conveniência e oportunidade decisória.

Com efeito, pertinente reforçar que a responsabilização política de parlamentar em processo de cassação por quebra de decoro não impede a apuração e a sanção da mesma conduta em outras esferas de responsabilidade, notadamente as de caráter jurídico-penal, civil e, conforme o caso, até administrativo.¹⁰ Pertinente atentar a essa situação para uma análise mais exata quanto aos limites de aplicabilidade das imunidades parlamentares que trataremos em momento oportuno.

3 DISCURSO DE ÓDIO, DESIGUALDADE E VIOLÊNCIA

O conflito político nas sociedades democráticas liberais se dá pelo uso da comunicação, melhor dizendo, pela possibilidade de expressar ideias, pensamentos e posições quanto a questões públicas. Isso significa, antes de tudo, que vozes discordantes devem se colocar de maneira livre e “igual” nos cenários de luta política. Nessa conjuntura, ter garantida a liberdade de expressão é fundamental; afinal, ao menos idealmente, onde uma voz não pode se fazer presente, seja porque sofre censura ou por razões de medo de eventuais perseguições e punições, não há que se falar em pluralismo democrático. Somente a partir de uma perspectiva como essa é possível ler a posição de Gargarella (2011, p. 36), segundo a qual ao direito de liberdade de expressão deve se outorgar “um status especial dentro da estrutura constitucional e dentro da estrutura dos direitos. A crítica ao governo e aos funcionários públicos, então, aparece hiperprotegida dentro de uma categoria de direitos já hiperprotegidos”.

A Constituição brasileira de 1988, cujo espírito está marcado por uma transição controlada à democracia,¹¹ estabelece em seu art. 5º, IX, que é livre

¹⁰ É o que destacou Paulo Brossard, em julgado do Supremo Tribunal Federal, desdobrando precisamente essa questão: “Sem contradição, o parlamentar poderá ser absolvido no juízo criminal e ter seu mandato extinto por falta de decoro, decretada pela Câmara. Os pressupostos de uma e outra decisão são diferentes. [...] Desse modo, o parlamentar pode ser condenado sob o ponto de vista disciplinar e absolvido no juízo criminal, e a recíproca é verdadeira, tanto assim que, por não ter relação com o exercício do mandato, pode não sofrer a perda do mandato. Em outras palavras, se o parlamentar cometer um crime a Câmara não o processará nem o condenará por isso; é atribuição do Poder Judiciário fazê-lo; mas se o fato implicar em descompostura parlamentar, falta de decoro, a Câmara poderá aplicar-lhe a sanção disciplinar da perda do mandato, seguindo-se o processo criminal na esfera própria, que poderá estar instaurado ou vier a instalar-se” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1991, p. 272).

¹¹ A transição democrática brasileira foi provavelmente uma das mais longas na história política

a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença. Já em seu art. 220 determina que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado apenas o disposto no próprio Texto Constitucional. Já o § 2º desse artigo estabelece ainda ser vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Atuando sob esse contexto de liberdade constitucional, então, alguns cidadãos podem, por exemplo, manifestar-se a favor da adoção da pena de morte, outros contra; alguns podem tomar posição pela redução da idade de menoridade penal e outros simplesmente objetarem tal medida, e assim por diante. Cada qual, conforme opte por um ou outro posicionamento, está legitimado a utilizar livremente os meios disponíveis para propagar as suas ideias e influenciar nas decisões estatais. Da maneira como construímos esses exemplos hipotéticos temos uma manifestação política considerada legítima, embora possamos discordar completamente do seu conteúdo e até encontrar em suas razões últimas certo preconceito frente a grupos sociais fragilizados historicamente em seus direitos. Aqui não se pode falar do que vamos caracterizar como um discurso de ódio, ao menos não diretamente.

Impende, dessa forma, imaginar outra situação em que o uso da liberdade de expressão gera problemas na ordem democrática ao ferir o princípio da dignidade humana, a ponto de configurar a existência de um discurso de ódio. Pensemos em alguém que simplesmente afirme que a redução da menoridade penal é necessária, pois “na periferia só tem delinquente e vagabundo, negras e negros menores de idade, que continuamente alegam que são crianças, enquanto se sabe que esses macacos são já bem conscientes de seus atos e, por isso, merecem ser castigados penalmente como adultos”. A postura política que até então ostentava uma aparência de legitimidade agora ganha contornos distintos ao expressar de maneira cristalina o móvel da ação indicada, isto é, a razão psíquica última da proposta defendida,¹² cuja base é o preconceito, o racismo e a segregação.

contemporânea. Iniciada a ditadura em 1964, uma parte da historiografia tem considerado o seu fim em 1985, quando da posse do primeiro presidente civil (José Sarney). Outros estudiosos indicam a promulgação da Constituição de 1988 como o seu momento final, pois, a partir desse fato, o País teria se libertado efetivamente do “entulho autoritário”. Para uma terceira corrente, a transição democrática só se completou com a eleição direta de Fernando Collor em 1990. De toda sorte, o caminho rumo à democracia foi iniciado em 1979 com uma abertura gradual proposta por militares; assim, mesmo do ponto de vista mais otimista, a transição à democracia durou no mínimo 6 anos. Consoante Linz e Stepan, essa longa transição controlada se deve ao fato de que “o regime autoritário, que embora jamais tenha sido plenamente institucionalizado, era hierarquicamente controlado por uma organização militar que detinha poder suficiente para controlar o ritmo da transição e para extrair um alto preço por se retirar do poder” (LINZ; STEPAN, 1999, p. 205).

¹²No campo do direito público, é comum se falar em móvel do ato administrativo que seria a “representação subjetiva, psicológica, interna do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção)” (MELLO, 2014, p. 407).

No exemplo apresentado anteriormente, há uma rotulação pejorativa muito clara quanto às populações de adolescentes e crianças periféricas, utilizando-se especificamente de traços raciais. Waldron nos indica alguns elementos procedimentais que muitas vezes caracterizam a construção de um discurso de ódio: (i) uma imputação factual ao grupo, como afirmar que negras e negros são bandidos, que homossexuais são pedófilos, que muçulmanos são terroristas, que nordestinos são preguiçosos etc. (encontramos aqui comportamentos e situações típicas grupais); (ii) elencar atributos claramente distintivos negativos, por exemplo, vinculando as características de certas minorias a animais (WALDRON, 2010, p. 1.609). O aspecto central é o de que a imposição da diferença como ponto de partida se faz pela construção de traços indesejáveis no que diz respeito a determinado setor da sociedade, só que essas caracterizações aparecem como inerentes às pessoas que compõem o universo dos odiados e, assim, não seriam passíveis de correção (PAREKH, 2006, p. 214).

Essas narrativas difamatórias seletivas de minorias são comumente multiplicadas e, pensando no caso do Brasil, não é raro pessoas, sobretudo habitantes das zonas urbanas mais bem servidas de comodidades e utilidades materiais das capitais de estados do Sul e Sudeste da federação, falarem e emitirem opiniões do tipo: “nordestinos deviam ser castrados para pararem de ter filhos”, “mulher gosta mesmo é de apanhar”, “homossexuais deviam morrer” etc. De todo modo, o nosso propósito é apenas ter uma noção mínima sobre o que caracteriza um discurso de ódio.

Com efeito, trata-se de uma expressão claramente anti-igualitária, refletindo, na maioria das vezes, um processo de dominação e exploração historicamente existente em determinada sociedade.¹³ Nesse sentido, não de maneira exaustiva,

¹³ O discurso de ódio de forma alguma pode ser visto como uma maldade do tipo “infantil”, cuja expressão é emocional e esporádica. Pelo contrário, deve ser compreendido como elemento estrutural de dominação, tendo assim certa funcionalidade. Diga-se, a caracterização do outro de maneira a inferiorizar garante um determinado padrão de domínio. Vale trazer Freire para ver como tais questões estão interligadas: “Também é característico do regime patriarcal o homem fazer da mulher uma criatura tão diferente dele quanto possível. Ele, o sexo forte, ela o fraco; ele o sexo nobre, ela o belo. Mas a beleza que se quer da mulher, dentro do sistema patriarcal, é uma beleza mórbida. A menina de tipo franzino, quase doente. Ou então a senhora gorda, mole, caseira, maternal, coxas e nádegas largas. Nada do tipo vigoroso e ágil de moça, aproximando-se da figura de rapaz. O máximo de diferenciação de tipo e de traje entre os dois sexos. Talvez nos motivos psíquicos da preferência por aquele tipo de mulher mole e gorda se encontre mais de uma raiz, a econômica: principalmente o desejo dissimulado, é claro, de afastar-se a possível competição da mulher no domínio, econômico e político, exercido pelo homem sobre as sociedades de estrutura patriarcal. [...] Por essa diferenciação exagerada, se justifica o chamado padrão moralidade, dando ao homem todas as liberdades de gozo físico do amor e limitando o da mulher a ir para a cama com o marido, toda santa noite que ele estiver disposto a procriar. [...] O padrão duplo de moralidade, característico do sistema patriarcal, dá também ao homem todas as oportunidades de iniciativa, de ação social, de contatos diversos, limitando as oportunidades da mulher ao serviço e às artes

podemos considerar que o discurso de ódio “puts people down based on their race, gender, age, physical condition, disability, or sexual orientation”.¹⁴

Entretanto, é importante observar que essa articulação discursiva envolve um círculo vicioso em que os odiados são agredidos porque as características que carregam são inerentemente suas e, logo, a própria culpa da situação em que se encontram também, justificando o processo de demonização social. É sob esse prisma que o “Hate speech expresses, advocates, encourages, promotes or incites hatred of a group of individuals distinguished by particular feature or set of features”.¹⁵

Relevante compreender que a categorização hierárquica de indivíduos identificados a partir de coletividades específicas com base em certas rotulações simbólicas e estereótipos estigmatizantes leva a concluir que os direitos que possuem são distintos do resto do corpo social, justificando tratamentos não isonômicos, o que não seria possível em sociedades nas quais vigem os princípios de cidadania e da dignidade humana. Não se trata, como se evidencia, da expressão de um puro sentimento decorrente de uma situação desconfortável ou manifestação de desprestígio e desprezo compatível com qualquer pessoa independentemente de características particulares. Assim, quando Gramsci (2016, p. 19) utiliza a expressão “odeio os indiferentes”, não estamos diante daquilo que se pode considerar um discurso de ódio. A questão se desenvolve de maneira muito mais complexa. Para elucidar o ponto, vamos expor a seguir três situações que nos parecem reveladoras.

Pierucci, ao empreender pesquisas na cidade de São Paulo na década de 1980, identificou um perfil de morador em certas zonas dessa metrópole brasileira que utilizava em seu cotidiano uma lógica discursiva altamente segrega-

domésticas, ao contato com os filhos, a parentela, as amas, as velhas, os escravos” (FREYRE, 1981, p. 93). Logicamente, se um discurso de ódio declarar os odiados como inimigos e congruentemente com essa perspectiva extrema acarretar algum tipo de extermínio completo ou segregação absoluta, estaremos diante de uma espécie de exercício do domínio que elimina a dominação – podemos chamar isso de paradoxo da dominação. Weber, ao analisar a situação de imigrantes na Alemanha diante do pensamento conservador dos latifundiários, nos dá uma visão muito interessante do que queremos dizer. “Um latifundiário com ‘consciência de classe’ à frente do governo da Prússia exclui-os no interesse da conservação de nossa nacionalidade e o adversário dos proprietários de terra tolerou-os no interesse dos latifundiários, que são os únicos a ganhar com a sua imigração. Como vemos, nem sempre o ‘ponto de vista da classe econômica’ é decisivo nas questões da política econômica” (WEBER, 2014, p. 16-17). Com efeito, a afirmação de uma dominação que não pode se efetivar funcionalmente ou influenciar uma exploração encontrará problemas de ordem lógica.

¹⁴ Tradução nossa do original: “[...] deprecia as pessoas com base na sua raça, gênero, idade, condição física, deficiência ou orientação sexual” (CORTESE, 2006, p. 01).

¹⁵ Tradução nossa do original: “O discurso do ódio expressa, defende, encoraja, promove ou incita o ódio a um grupo de indivíduos que se distingue por uma característica particular ou por um conjunto de características” (PAREKH, 2006, p. 214).

cionista, cindindo a cidadania de modo a justificar, inclusive, tratamentos distintos no plano da legalidade. Não sem razão, nomeou essa lógica de protofascista (PIERUCCI, 2008, p. 67). Como exemplo, vale trazer o seguinte relato de entrevista:

Eu acho que os estados deveriam ter sua própria lei, porque o que serve para São Paulo não serve para Sergipe, o que serve para o Sergipe não serve para São Paulo, então eu acho que os estados deveriam ser independentes na parte da lei criminal. Cada estado tivesse a própria lei. Se cada estado fizesse sua própria Constituição, aí sim. Se muita gente de fora, de outros estados, não estivessem em São Paulo, por exemplo, se você pegar o presídio de São Paulo você vai ver, é o mínimo de paulistas presos. Você pega, vai no presídio, você levanta a descendência (sic) dos presos, você vê que a maior parte, a maior incidência é de nordestino. Gente de fora de São Paulo. [...] Se tivesse uma lei de São Paulo, sei lá, vamos dizer que dentro dessa lei tivesse pena de morte, banir do estado, deportar, por exemplo, ‘eu sou pernambucano, matei e estou aqui então eu vou responder minha pena lá no meu estado (Edécio, 41 anos, comerciante, Alto da Mooca) (PIERUCCI, 2008, p. 66).

A passagem dessa entrevista é no mínimo elucidativa, pois estamos diante de um discurso que imputa a pessoas oriundas da região Nordeste e que habitam a cidade de São Paulo (Sudeste) a perpetração de condutas tipicamente criminosas. Tal distinção leva à existência de um “eu” e um “eles” grupal, chegando-se à justificativa de legislações específicas para cada ente federativo. Como consequência, tem-se inevitavelmente a ideia de que, em um país de iguais, submetido a um mesmo estatuto de cidadania (Constituição da República de 1988), há sociedades de diferentes, ou seja, como “existe mais de um país”, deve haver mais de um direito regulando as relações humanas. A proposta da adoção do instituto da deportação entre entes federativos que compõem a mesma União política de brasileiros é o símbolo da desigualdade justificada e da cisão das cidadanias.

Em 1989, o documentário brasileiro *Os pobres vão à praia*, de Nelson Hoinneff, observou como a expansão do serviço público de transporte coletivo de passageiros no Rio de Janeiro para os longínquos subúrbios possibilitou, aos fins de semana, que uma massa de trabalhadoras e trabalhadores periféricos tivessem acesso às praias mais bem localizadas da cidade, como Copacabana e Ipanema. O transporte público deixava de ser simplesmente um meio de se chegar aos postos de emprego nas áreas mais nobres da cidade ou próximas a elas, em que muitos moradores das periferias se submetiam a trabalhos braçais e precários de baixís-

sima remuneração,¹⁶ para ser um meio de divertimento do núcleo familiar. O documentário acabou por mostrar o cruzamento e o conflito entre os diversos grupos e classes distintas que passam a ocupar o mesmo espaço urbano.

A democratização do espaço público da praia não é bem-vinda para muitos, que veem nos novos frequentadores uma ameaça e um sinal de decadência.

Em face desse cenário, não causa surpresa alguns comentários de ódio relatados. Por exemplo, diz uma entrevistada: “Porque é uma gente mal-educada, que fica falando grosseria pra gente, uma gente suja... Uma gente que você olha para a cara das pessoas e você tem vontade de fugir, entendeu? E eu tenho horror de olhar para essas pessoas e sacar que são do mesmo país que eu, são brasileiros, tenho horror. Não são brasileiros não cara, são sub-raça”. Essa fala é muito reveladora, sobretudo porque as pessoas a quem ela se refere eram, em sua maioria, negras e pardas.

Outros três entrevistados no documentário dão o tom de quais tipos de medidas podem ser pensadas para solucionar o “problema”, ou melhor, estabelecem um verdadeiro objetivo de ação política. O primeiro afirma: “Não é cobrando pedágio que você vai evitar de as pessoas virem, tem que dar um meio de divertimento para elas para não virem à praia”. Outro fala: “tem que ter uma coisa radical, uma coisa que agrida bastante, pra neguinho tomar uma atitude, pra neguinho ver que a coisa tá incomodando mesmo, sacou?”. Por fim, uma entrevistada expressa a segregação em termos diretos: “Eu achava que tinha que ter uma área demarcada”.

Situações como essa podem ir ainda mais longe, não justificando somente uma proposta de política instituidora de desigualdades não compatíveis com o

¹⁶ No documentário, parece claro que estamos diante de uma categoria de pessoas à qual Singer classifica como subproletariado, “proletários que não encontram quem lhes compre a força de trabalho pelo piso legal e por isso sobrevivem vendendo diretamente seus serviços ou o produto de um trabalho sub-remunerado. São os trabalhadores a domicílio, os peões da construção civil, vendedores de rua, carregadores, etc. Da mesma forma, os ‘empregados’ no extrato com menos de um salário mínimo de renda devem estar principalmente nas empresas de fundo de quintal, que não lhes asseguram os direitos trabalhistas, ou então no serviço doméstico (onde o salário mínimo tampouco vigora)” (SINGER, 1986, p. 20). Provavelmente, a intensidade do discurso de ódio contra esse agrupamento social é inversamente proporcional ao papel que desempenham na exploração capitalista, senão vejamos: “os serviços realizados à base de pura força de trabalho, que é remunerada a níveis baixíssimos, transferem, permanentemente, para atividades econômicas de corte capitalista, uma fração do seu valor, ‘mais-valia’ em síntese. Não é estranha a simbiose entre a ‘moderna’ agricultura de frutas, hortaliças e outros produtos de granja com o comércio ambulante? Qual é o volume de comércio de certos produtos *industrializados* – o grifo é proposital – tais como lâminas de barbear, pentes, produtos de limpeza, instrumentos de corte, e um sem-número de pequenos objetos, que é realizado pelo comércio ambulante das ruas centrais de nossas cidades? Qual é a relação existente entre o aumento da frota de veículos particulares e circulação e os serviços de lavagem de automóveis realizados braçalmente?” (OLIVEIRA, 2006, p. 57-58).

plano da cidadania, mas legitimando ações concretas praticadas como exercício de um direito. Quando alguns jovens brancos de classe média ateiam fogo em um índio que está dormindo em um ponto de ônibus no Distrito Federal e, ao serem presos, alegam em defesa que não sabiam que era um índio e pensaram que se tratava de um mendigo,¹⁷ estamos frente a um fenômeno dos mais relevantes enquanto resultante de uma categorização social que estabelece *status* distintos a grupos a ponto de atribuir a faculdade de exercício da violência. Fala-se, nesse sentido, de “legitimidade da hierarquia das desigualdades” (PINTO, 2011, p. 40): (i) homens brancos, jovens, de classe média-alta; (ii) índio; (iii) mendigo – isso corresponde a uma linha descendente no plano dos direitos.

Como se observa, o discurso de ódio não se refere a um sentimento de raiva puramente momentânea e pessoal exposta contra qualquer pessoa por questões quaisquer, mas está, em larga medida, relacionado à esfera estrutural de domínio e exploração de uma dada sociedade. Por tal razão, Tsesis afirma que “The very purpose of intimidating hate speech is to perpetuate and augment existing inequalities”.¹⁸

Estamos perante um discurso que visa consolidar socialmente a distinção a ponto de justificar ações e tratamentos desiguais violadores da dignidade humana e da cidadania. A construção de estereótipos grupais surge, nesse sentido, para influenciar um tratamento hostil (TSESIS, 2009, p. 503).

Com efeito, trata-se em não aceitar certos grupos minoritários como membros da sociedade (PAREKH, 2006, p. 217). Nas palavras de Waldron, a dignidade “it is a matter of status – one’s status as a member of society in good standing. It validates the legal position of the ordinary individual both as an equal and (paradoxically) as the possessor of a very high-ranking status”.¹⁹

Observe-se que a violência é a consequência lógica do discurso de ódio, sendo um elemento implícito ao seu conteúdo (PAREKH, 2006, p. 217). Há, assim,

¹⁷ “O índio pataxó Galdino Jesus dos Santos morreu nesta madrugada no Hospital da Asa Norte de Brasília. Na madrugada de sábado para domingo, cinco rapazes atearam fogo em Santos com um líquido inflamável. O índio teve 95% do corpo queimado. Os jovens colocaram fogo em Santos quando ele dormia em um ponto de ônibus depois de uma festa do Dia do Índio. Quatro dos rapazes estão presos: Max Rogério Alves, Antonio Novelty Cardoso de Vilanova, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves de Oliveira. Um adolescente, G.N.A., de 16 anos está na Delegacia do Adolescente. Eles alegaram não saber que se tratava de um índio, mas de um mendigo” (FOLHA DE S.PAULO, 1997).

¹⁸ Tradução nossa do original: “O propósito de fato do discurso de ódio intimidador é perpetuar ou aumentar as desigualdades já existentes” (TSESIS, 2009, p. 505).

¹⁹ Tradução nossa do original: “[A dignidade] é uma questão de *status* – o *status* de um indivíduo enquanto membro idôneo da sociedade. A dignidade valida a posição legal do indivíduo convencional tanto como um igual quanto (paradoxalmente) como o detentor de um *status* superior” (WALDRON, 2010, p. 1.610-1.612).

no discurso de ódio uma perspectiva de ação embutida, ainda que esta não seja iminente ou não se coloque de maneira direta, ou mesmo que de pronto não pareça nem um pouco nociva.

Nesse sentido, de um ponto de vista teórico, devemos desde já afirmar que nos afastamos de um conceito restrito como o advogado por Dharmapala e McAdams, que identificam e definem o fenômeno do discurso de ódio como um “speech that identifies oneself as approving of serious crimes, particularly crimes of violence, against individuals on the basis of certain traits”.²⁰ Considerado o discurso de ódio dessa forma, somente com uma vinculação direta com uma conduta tipificada como crime violento seria possível o seu enquadramento como tal.

Cabe destacar que em normativas internacionais e ordenamentos estatais não existe um consenso sobre o que de maneira efetiva e inequívoca constitui um discurso de ódio. Em um informe da Alta Comissão das Nações Unidas sobre incitação ao ódio racial e religioso e promoção da tolerância, apresentado perante o Conselho de Direitos Humanos em 20 de setembro de 2006, identificava-se a falta de clareza dos conceitos de “incitação”, “ódio” e “discurso de ódio” (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 25); todavia, observou-se que a noção de incitação teria ao menos três sentidos:

a) incitación a un acto ilegal que tiene lugar (por ejemplo, genocidio, violencia, discriminación), b) incitación a un acto ilegal que no tiene lugar, pero que crea en la mente del destinatário el deseo requerido de cometer un acto ilegal, y c) la creación de cierto estado de ánimo – odio racial, racismo – sin vinculación *com um acto ilegal preciso*.²¹

Para finalizar esta parte, convém ressaltar que o discurso de ódio se utiliza da liberdade de expressão como fonte de legitimidade. O argumento, então, poderia ser o de que, em um regime democrático, mesmo as manifestações de despreço mais segregadoras, pejorativas e incitadoras da violência, tendo como alvos agrupamentos sociais específicos, seriam aceitáveis. Não parece ser essa uma posição razoável, como alerta Parekh, “free speech is certainly the lifeblood of democracy; but it is difficult to see how hate speech facilitates or sustains de-

²⁰ Tradução nossa do original: “[...] discurso que identifica uma pessoa como alguém que aprova o cometimento de crimes graves, em particular crimes de violência contra indivíduos baseados em certas características destes” (DHARMAPALA; MCADAMS, 2005, p. 111).

²¹ Tradução nossa do original: “a) a incitação a um ato ilegal que é praticado (por exemplo, genocídio, violência, discriminação), b) a incitação a um ato ilegal que não ocorre, mas que cria na mente do destinatário o desejo implícito de cometer um ato ilegal, c) a criação de certo estado de ânimo – ódio racial, o racismo – sem vinculação com um ato ilegal de fato” (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 14).

mocracy. In fact it does the opposite by vulgarizing public discourse and discouraging the participation of target groups".²²

Em realidade, devemos aceitar que o discurso de ódio constitui uma forma de comunicação contrária ao princípio democrático (TSESIS, 2009, p. 501). Mais adiante, vamos analisar como o exercício das liberdades parlamentares deve encontrar um limite nessa modalidade de discurso.

4 DISCURSO DE ÓDIO E A PRETENSÃO DE EFICÁCIA CONSTITUCIONAL

Se determinada ação está sempre posta no horizonte de um discurso de ódio, devemos observar que a sua visibilidade e forma de expressão tem uma funcionalidade arregimentadora inegável. Dito isso, exploremos melhor esse aspecto.

A Constituição brasileira de 1988 institui uma República democrática indicando como fundamento o princípio de cidadania e a dignidade humana.²³ Sob esse prisma, a Carta Política também determina como objetivo do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promotora do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁴ Não se requer muito esforço para verificar que a realidade está longe da situação desejada. Dessa constatação, podemos dizer que o Texto Constitucional brasileiro tem caráter aspiracional no sentido de que mira o futuro a partir de um conjunto de ilusões constitucionais quase radicalmente ausentes no presente (VILLEGAS, 2013, p. 79). E é do contraste entre normatividade e efetividade que nasce um conjunto de perspectivas.²⁵

Se, como afirma Hesse, toda carta constitucional traz em si uma "pretensão de eficácia" (HESSE, 1991, p. 14), podemos ver no Texto brasileiro de 1988 um intento

²² Tradução nossa do original: "A liberdade de expressão é certamente a força vital da democracia, mas é difícil perceber como o discurso de ódio facilitaria ou sustentaria a democracia. De fato, ele faz o oposto, ao vulgarizar o discurso público e desencorajar a participação de grupos-alvo" (PA-REKH, 2006, p. 219).

²³ São 5 os fundamentos da República inseridos no art. 1º da Constituição: "I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político."

²⁴ "Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

²⁵ Na visão de Ferrajoli (2014, p. 135), esse distanciamento é sempre inevitável: "*Esta divergencia deontológica entre normatividade y efectividad de la democracia constitucional es, pues fisiológica, al existir siempre, dentro de ciertos límites, algún grado de ineffectividad de las garantías. Pero, más allá de estos límites, puede convertirse en patológica, cuando alcanza un punto de crisis o, lo que es peor, de ruptura*".

de consolidar um ambiente reprovador quanto ao discurso de ódio e afirmador dos direitos humanos. Levando em conta essa perspectiva, percebe-se porque os direitos humanos são recebidos com grande repulsa por parte da sociedade,²⁶ e isso não tem a ver, como se poderia imaginar, simplesmente com questões de ordem penal que vincula os direitos humanos a regalias para pessoas encarceradas no sistema prisional, mas se revela como a expressão própria de um conservadorismo mais profundo na sociedade que busca uma reprodução das relações sociais de poder. Nessa mesma direção é que também nos deparamos, não raras vezes, no Brasil, com um discurso elogioso a um passado idílico, quando supostamente não existia criminalidade, as escolas públicas eram boas, havia mais “homens de bem” e todos respeitavam as leis. Não é requerido muito esforço intelectual para verificar que, uma vez girada a roda da história para trás (reacionarismo), encontramos, em última instância, diante da reposição da ordem social escravagista e da reiteração de elementos oligárquicos. No mais, um passado em que não havia qualquer imposição de universalização de serviços públicos, como a educação e a saúde, deixará sempre certo sentimento nostalgia para aqueles que, de alguma forma, tiveram a oportunidade de gozar desses serviços.

Feita essas considerações, logo se vê que muitos comportamentos e discursos não encontram lugar legítimo em uma sociedade fundada na valorização no discurso dos direitos humanos. A afirmação genérica de Harvey aplica-se, então, à realidade brasileira: “vivemos em uma época em que os ideais dos direitos humanos passaram para o primeiro plano tanto política quanto eticamente” (HARVEY, 2014, p. 27). Nesse ambiente, e aqui falamos do aspecto das vivências sociais, será produzido um desconforto naqueles que tendem, conscientemente ou não, a replicar diversos tipos de discursos, falas e manifestações depreciativas quanto a coletividades e grupos, sobretudo em relação às minorias. Para deixar claro esse ponto, vale reproduzir e analisar o testemunho de Pierucci (2008, p. 92-93):

O mais surpreendente desde o início das entrevistas foi a sem-cerimônia, a naturalidade e a cabeça fria com que os entrevistados enunciavam, a respeito dos migrantes nordestinos, coisas que, se eu me flagrasse pensando, quanto mais dizendo, imediatamente me censuraria. No mínimo, por mau gosto. O caráter explícito e sem censura do preconceito contra os baianos foi desde logo a primeira revelação.

²⁶ Essa constatação pode ser feita a partir de noticiários de televisão no Brasil ou comentários cotidianos da população, bem como é verificada em críticas de analistas. Tem a sua expressão em todas as classes sociais. Pierucci nota essa situação muito bem em suas entrevistas: “Querer vê-los tendo arrepios, é pronunciar as palavras *direitos humanos*. ‘O que o senhor ou a senhora acha dos direitos humanos?’ Diante de uma pergunta dessas, eles e elas se inflamam, se abespinnham, se enfurecem. É interessante e ao mesmo tempo decepcionante que a associação primeira do sintagma direitos humanos sejam com a ideia de ‘inversão de valores’, cuja expressão concreta, ainda que imaginária, está na acusação de ‘mordomia para os presos’[...]” (PIERUCCI, 2008, p. 60).

Nessa passagem, evidencia-se um constrangimento e um desconforto de Pierucci ao se defrontar durante as suas entrevistas com pessoas que, de maneira muito natural, direta e sem rodeios expressavam discursos de preconceito e ódio contra setores sociais. Pierucci constata ainda que, se fosse flagrado pensando daquela maneira, automaticamente se censuraria. O fato é que os entrevistados, ao emitirem suas opiniões e pontos de vista, quebravam o pacto tácito de sociabilidade de uma comunidade de iguais, em que determinados modos de agir e discursos não são aceitáveis e, por isso, são censuráveis. Minar essas regras tácitas e transformar o discurso de ódio em algo aceitável em um ambiente democrático é uma finalidade implícita à própria prática discursiva.

Dentro do horizonte do discurso de ódio, há uma valoração do “falar o que se pensa”,²⁷ o que, em última análise, significa falar sem pensar e enfrentar o politicamente correto. Esse fenômeno é com certa facilidade identificável nos dias de hoje; nesse sentido, Žižek observa que “o que era simplesmente indizível em um debate público algumas décadas atrás, pode agora ser enunciado impunemente” (ŽIŽEK, 2017).

Se as análises desenvolvidas até esse momento têm o mínimo de plausibilidade, a aparição e visibilidade do discurso de ódio, por qualquer meio (placas, *banners*, vestimentas, piadas, músicas, vídeos, discursos etc.) gera implicações importantes no plano do combate político para a imposição de uma sociedade democrática e igualitária valorizadora de uma cultura de direitos humanos, isto é, apresenta-se como uma contraofensiva conservadora com vistas a neutralizar aspectos da pretensão de eficácia constitucional. Significa isso dizer que o ódio emanado procura sedimentar um ambiente de acolhida aos que “falam o que pensam”, o que se dá pela busca de solidariedade. Waldron, quanto a esse aspecto, vai no centro do problema:

Hate speech does not just seek to undermine the public good of implicit assurance. It also seeks to establish a rival public good as the wolves call to one another across the peace of a decent society. The publication of hate speech, the appearance of these symbols and scrawls in places for all to see, is a way of providing a focal point for the proliferation and coordination of the attitudes that these actions express, a public manifestation of hatred by some people to indicate to others that they are no alone in their racism or bigotry.²⁸

²⁷ Sobre esse ponto, vale lembrar que já no final de 2015, buscando explicar por que Donald Trump, apesar de todo o seu discurso de ódio, era admirado por muitos eleitores nos Estados Unidos, Dean Debnam, presidente do Public Policy Polling, afirmava que “Donald Trump está dizendo coisas que muitas pessoas pensam, mas são vistas como impróprias de serem ditas em público” (FELLET, 2015).

²⁸ Tradução nossa do original: “O discurso de ódio não busca enfraquecer o bem comum de garantias

Colocar em evidência com grande visibilidade o discurso de ódio tem o potencial de acionar formas de pensar conservadoras imanentes à determinada sociedade, já que ideias não operam no vácuo, estando sempre ligadas a interesses e à estrutura de poder dominante (PAREKH, 2006, p. 219). Nesse sentido, não há que se falar em um debate democrático de ideias a favor e contra como maneira mais salutar de restabelecer as regras tácitas de convivência cidadã. “When racist and xenophobic ideas are an integral part of a society’s culture, they appear self-evident, commonsensical, obvious, and enjoy a built-in advantage over their opposites”.²⁹

Aqui, torna-se notório todo apelo que pode ter um discurso populista conservador emitido por um representante político que procura encorajar e arregimentar seguidores, principalmente em períodos de crise econômica.³⁰ Com efeito, em um solo já amplamente semeado de “ódios”, defender mais debate democrático torna-se problemático.

Por fim, cria-se uma zona de conforto para o discurso de ódio, que passa a ser valorado como exercício legítimo da liberdade de expressão, e não como abuso de direito. Dessa forma é que “over time, popular prejudices can become normal features of local or even national discourse”.³¹

5 DISCURSO DE ÓDIO E DECORO PARLAMENTAR

Não resta dúvida de que a manifestação de um discurso de ódio pode redundar em responsabilidade civil e penal de quem assim proceder – tudo depende do modo como determinado ordenamento jurídico tratou a questão. Nosso objetivo, contudo, é verificar se um deputado ou senador, ao agir de tal maneira, poderia ter a sua respectiva conduta enquadrada como ofensiva ao decoro parlamentar e, por isso, ser submetido a um processo de cassação de

implícitas. Ele também busca estabelecer um bem comum rival à medida que os lobos chamam uns aos outros através da paz de uma sociedade decente. A disseminação do discurso de ódio, a aparição desses símbolos e rabiscos em lugares públicos, é uma forma de proporcionar um ponto focal para a proliferação e coordenação das atitudes que essas ações expressam, uma manifestação pública de ódio por alguns indivíduos para indicar aos outros que eles não estão sozinhos em seu racismo ou intolerância” (WALDRON, 2010, p. 1.631).

²⁹ Tradução nossa do original: “Quando ideias racistas e xenofóbicas são uma parte integrante da cultura de uma sociedade, elas aparecem como evidentes, sensatas, óbvias e possuem uma vantagem inerente sobre os seus opositores” (PAREKH, 2006, p. 219).

³⁰ Sobre esse ponto, Tsesis observa que “*The risks associated with hate speech are particularly acute during times of economic crisis, when scapegoating becomes a common reaction for the loss of jobs or financial instability*” (TSESIS, 2009, p. 504-505).

³¹ Tradução nossa do original: “[...] ao longo do tempo, preconceitos populares podem se tornar elementos habituais de um local ou mesmo de um discurso nacional” (TSESIS, 2009, p. 514).

mandato parlamentar nos termos do art. 55, II, da Constituição de 1988. Dito de outra forma, o discurso de ódio consiste em quebra de decoro?

Sabe-se que a ideia de decoro, assim como a de moralidade, constitui um conceito jurídico indeterminado, na medida em que não nos remete imediatamente a uma conduta ou situação humana particular e bem delimitada (MELLO, 2003, p. 17). Com efeito, o conceito de decoro alberga diversos comportamentos, não se podendo de antemão arrolar taxativamente quais seriam estes. Deve-se dizer ainda que há quem considere problemática a construção de um conceito cuja característica seja a indeterminação, pelo simples fato de que a representação simbólica de um “conceito” já se apresenta como um elemento aglutinador de determinados fenômenos. Assim se diz que “qualifier un concept comme étant flou, une notion comme étant indéterminée, ce n’est certes pas affirmer une absence de sens”.³² Razão há nessa constatação e devemos ressaltar que todo conceito jurídico indeterminado, por si só, carrega “certa densidade mínima” de sentido e compreensão – é o que ocorre com a noção de decoro (MELLO, 2003, p. 29).

Ao ditar que um mandato parlamentar poderá ser eliminado em caso de prática ofensiva ao decoro, o art. 55, II, da Constituição brasileira não está afirmando que por qualquer tipo de conduta poderão os integrantes da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal acionar esse mecanismo. Assim, as questões que se colocam são: como melhor compreender as condutas consideradas indecorosas? Como encontrar uma densidade mínima para o decoro?

Para uma resposta minimamente satisfatória das perguntas anteriores, impõe-se observar que a indeterminação e a fluidez da ideia ou noção de decoro têm precisamente a função de abrir a possibilidade de submeter a interpretações diversas as condutas parlamentares ao longo do tempo. Uma tipificação cerrada e precisa do decoro refletida em um rol de condutas poderia acarretar a perda de sua funcionalidade. Expliquemos: a reprovação moral em uma sociedade está em constante alteração; por exemplo, no passado, se um governante eleito nomeasse um parente próximo para um cargo público, talvez tal atitude não gerasse uma repulsa social intensa, mas nos dias atuais dificilmente alguém a aceitaria sem julgá-la imoral.³³ Por esse motivo, o conceito de decoro tem natureza sócio-histórica, de tal modo que “precisa se referir aos valores de uma época e de um grupo.

³² Tradução nossa do original: “[...] qualificar um conceito como vago, uma noção como indeterminada, certamente não é afirmar uma ausência de sentido” (ROLLAND, 2005, p. 535).

³³ Thompson faz análise similar ao falar da corrupção: “Mas o grau de censura moral associado a determinadas formas e casos de corrupção irá variar consideravelmente de um contexto social e histórico para outro, e os políticos poderão ter surpresas quando, em contextos onde há alto grau de sensibilidade à corrupção, até mesmo deslizes relativamente pequenos podem se tornar motivo de renúncia” (THOMPSON, 2002, p. 48).

Daí sua necessária imprecisão, sua natureza avessa à plena tradução em atos especificados juridicamente” (TEIXEIRA, 1998, p. 70).

Com efeito, temos que a fluidez atribuída ao conceito de decoro está posta para cumprir as finalidades particulares do instituto da cassação de mandato, qual seja, a defesa da moralidade pública das condutas parlamentares. Essa moralidade, entretanto, mesmo devendo ser considerada historicamente diante de um contexto específico, está sobredeterminada pela defesa da institucionalidade democrática. Em outros termos, o decoro é uma ideia encampada pela ordem constitucional brasileira a partir de certa perspectiva política. Apesar de o decoro ser, como já salientamos, um conceito de caráter claramente sócio-histórico, o seu conteúdo não é passível de ser preenchido por qualquer elemento moralizante, menos ainda os de caráter privado ou puramente subjetivista. Como ressalta Bastos, “não se trata de coisas que se passam no foro íntimo de cada um, mas de comportamentos, de atitudes que, pelo seu caráter incompatível com o bom proceder de um parlamentar, acabam por depor contra a própria reputação da instituição” (BASTOS; MARTINS, 1999, p. 236).

Dessarte, impende afirmar que a situação política que de início não cause constrangimento objetivo à imagem do parlamento nem possa levar razoavelmente a tal interpretação, não pode ser considerada ofensiva ao decoro. A conduta indecorosa de um deputado ou senador é aquela “capaz de desmerecer a Casa dos representantes” (REALE, 1969, p. 89), dizendo respeito à compatibilidade entre a dignidade pessoal e a dignidade da função que se exerce, da posição que ocupa (DORIA, 1960, p. 235).

Não há necessidade de estender as análises nem adentrar nos pormenores da Constituição ou das regras infraconstitucionais que tratam da tipificação das condutas indecorosas para verificar que o discurso de ódio emitido por um parlamentar pode ser enquadrado como ofensivo à moralidade institucional. Por óbvio, estamos pensando a questão dentro de um parâmetro democrático e republicano, pois esses são os elementos que dão legitimidade à atuação estatal. Nesse sentido, basta imaginar um exemplo extremo: que todos os homens na Câmara dos Deputados afirmem, ao longo de um debate sobre a aprovação de uma lei que protege mulheres contra a violência masculina, de que, na verdade, a referida lei é excessiva, pois “mulher gosta de apanhar”. Qual imagem restará do Poder Legislativo frente a essa situação? Por acaso, a dignidade institucional não terá sido atingida? É isso que esperamos de nossos representantes?³⁴

³⁴ Aliás, vale lembrar que, quando o eurodeputado polônes Janusz Korwin-Mikkle, em 1º de março de 2017, afirmou durante um debate que “as mulheres devem ganhar menos do que os homens, pois são mais fracas e menos inteligentes”, pouco tempo depois o Presidente do Parlamento Europeu, Antonio Tajani, ao impor sanções ao deputado pela manifestação de desprezo total pelas

Logicamente, diante do exemplo hipotético apresentado anteriormente, alguém poderia dizer: mas não é isso o que pensa o povo? O representante que assim se expressa não estaria, na verdade, representando a vontade de parte da sociedade? Não seria esse o sentido da democracia? O problema desse tipo de objeção é que não se parte de pressupostos de uma sociedade democrática, ao menos substancialmente, mas de elementos que poderíamos chamar de oligárquicos e patriarcais, o que está fora do horizonte constitucional de 1988. Consoante já destacamos, a Constituição brasileira de 1988 tem caráter republicano, pluralista, democrático, cidadão e igualitário, procurando se impor como valor em uma sociedade com traços claros de desigualdades e segregações. Que agrupamentos sociais pensem de uma forma ou outra é uma constatação, mas disso concluir que todo tipo de manifestação e discurso compõe o universo democrático não parece ser razoável. Os legisladores atuam em um ambiente institucional democrático, e não em outro.

6 RESPONSABILIDADE POLÍTICA PARLAMENTAR POR DISCURSO DE ÓDIO

No tópico anterior, concluímos que a manifestação de ódio agride a institucionalidade democrática a ponto de configurar conduta incompatível com o decoro parlamentar. O questionamento que devemos fazer agora é: pode ser aplicada a pena de cassação de mandato prevista no art. 55, II, da Constituição brasileira ao parlamentar que expõe o seu discurso de ódio? Em todos os casos? Para responder a indagação impõe-se primeiro observar que o órgão Legislativo corresponde a uma arena decisória política de combate e este se faz por meio de debates e negociações. Garantir a liberdade de expressão nesse cenário institucional é tão necessário quanto na sociedade. Um parlamentar que tenha medo de sofrer represálias em face da defesa de suas posições políticas legítimas acaba por não exercer o seu poder de representação popular de maneira devida. Como salienta Prelôt, “Le député ou le sénateur doit pouvoir exprimer et défendre la conception propre de l’intérêt général sans redouter les conséquences personnelles de ses actes publics”.³⁵

mulheres, identificou de maneira muito clara a violação da dignidade institucional: “Não tolerarei um comportamento destes, em particular vindo de alguém que é suposto desempenhar com a devida dignidade as suas funções enquanto representante dos povos da Europa. Ao ofender todas as mulheres, o deputado mostrou desprezo pelos nossos valores mais fundamentais” (DIÁRIO DE NOTÍCIAS, 2017).

³⁵ Tradução nossa do original: “O deputado ou o senador deve poder exprimir e defender a concepção própria do interesse geral sem ter medo das consequências pessoais de seus atos públicos” (PRÉLOT, 1963, p. 708).

Diante desse quadro, ressalte-se que os membros da Câmara e do Senado gozam de certas prerrogativas no exercício de suas funções, as quais, em um plano mais amplo, são elementos que compõem o universo próprio de seu estatuto político constitucional.³⁶ Uma dessas prerrogativas conferidas ao agente parlamentar diz respeito às imunidades materiais, que, a teor do art. 53, *caput*, da Constituição brasileira, são tratadas como hipóteses de inviolabilidade quanto à emissão de palavras, opiniões e votos. Tal regra torna essas manifestações não passíveis de darem ensejo a uma ação judicial de caráter civil ou penal de quem se sinta lesionado em seus direitos.

Pertinente observar que existem na Constituição regras de imunidade quanto à prisão e ao desenvolvimento de processo contra membros do Congresso. Trata-se de imunidades de natureza processual, e não material. Com efeito, isso não torna imune a conduta do parlamentar como ocorre no caso da emissão de palavras e votos, mas impõe disciplina específica para os casos de prisão e trâmite de processo criminal. Assim, o art. 53, § 2º, determina, por exemplo, que, após o recebimento do respectivo diploma, deputados e senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, sendo possível ainda, nesse último caso, ocorrer decisão por parte da respectiva Casa parlamentar a que pertence o congressista sobre a manutenção da prisão.³⁷ Na hipótese de o Supremo Tribunal Federal receber denúncia criminal contra membros do Congresso, os pares da respectiva Casa a que pertencer o denunciado poderão suspender a tramitação da ação.³⁸

Retomando o ponto que nos interessa, convém reter a seguinte ideia: as imunidades materiais ou inviolabilidades correspondem a “privilégios de irresponsabilidade” que protegem o agente parlamentar contra processos penais ou de qualquer outra natureza por ações realizadas no exercício de suas funções (LOEWENSTEIN, 1986, p. 255). Com efeito, “visam, em última análise, preservar a independência do Parlamento” (MIRANDA, 2003, p. 342), constituindo regras de garantia institucional, cuja razão de existência, antes de tudo, é funcional, e não subjetiva. Com efeito, não se pode afirmar que estamos diante de regras violadoras da igualdade democrática.

Uma indagação relevante que poderia ser elaborada relaciona-se à aplicabilidade da imunidade material parlamentar em face de discursos de ódio.

³⁶ Encontramos na Constituição brasileira de 1988, em seus arts. 53 a 56, as regras aplicáveis a deputados e senadores, prerrogativas e sujeições que exorbitam o direito comum visando atender às necessidades inerentes ao *status* político que gozam.

³⁷ Art. 53, § 2º, da Constituição brasileira de 1988.

³⁸ Art. 53, § 3º, da Constituição brasileira de 1988.

Em outras palavras, a imputação de características negativas difamadoras a segmentos da sociedade já fragilizados no plano das garantias dos direitos com claro intuito de agredir e segregar estaria acobertada pela cláusula da irresponsabilidade parlamentar quanto à esfera penal e civil? Infelizmente, não poderemos nesse artigo procurar resposta a esse questionamento e tecer as considerações devidas, pois que nos desviaria do foco proposto.

O que importa é investigar se a inviolabilidade parlamentar (imunidades materiais) abrange a prática de condutas indecorosas ou, dizendo de outra forma, é possível um congressista se submeter a um processo cujo resultado poderá acarretar a extinção de seu mandato por ofensa ao decoro institucional quando se tratar de manifestação de ódio? Ou estaria essa conduta imune ao referido processo? Formalmente, parece-nos que a Constituição resolve o problema: dita o seu art. 53 que os parlamentares “são invioláveis civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Em nenhum momento a Carta Política põe no campo das imunidades a responsabilidade política, que, como já observamos, corresponde à natureza jurídica dos processos de cassação de mandato por quebra de decoro.

Com efeito, o integrante do Legislativo que manifestar por qualquer forma ou meio um discurso de ódio violando os preceitos de dignidade do Poder Legislativo poderá ter o seu mandato cassado por quebra de decoro nos termos do art. 55, II, da Constituição de 1988. Acreditamos que se o constituinte, por ventura, tivesse indicado no *caput* do art. 53 da Carta Política que a imunidade teria aplicabilidade nos processos de responsabilização política, tal regra não acobertaria o discurso de ódio, isso porque o direito a um embate democrático de ideias tem limite.

Conforme vimos ao longo do desenvolvimento deste texto, o discurso de ódio reflete, em última análise, uma agressão aos princípios de cidadania, igualdade e dignidade humana. Como consequência, isso o transforma em uma violência contra os próprios valores democráticos, gerando o que alguns teóricos chamam de “paradoxo democrático” (YONG, 2011, p. 399), o qual remeteria, por exemplo, à possibilidade de um povo democraticamente livre escolher não ser mais democrático nem gozar de liberdade.³⁹ A nosso ver, esse paradoxo deve ser resolvido a partir da seguinte perspectiva:

³⁹ Parece-nos que Ferrajoli lida exatamente com esse paradoxo ao propor o seu modelo de democracia constitucional: “*Por otra, en ausencia de cualquier limite sustancial relativo a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede – o, cuando menos, puede no – sobrevivir al ser siempre posible en principio la supresión por mayoría, con métodos democráticos, de los métodos democráticos mismos: no solo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los propios derechos políticos, el pluralismo...*” (FERRAJOLI, 2011, p. 30).

Indeed, it seems that as a general principle in democratic theory, when faced with a choice between respecting the outcomes of democratic procedures, and the non-violation of clear and foundational democratic values, it is reasonable to give priority to values over procedures.⁴⁰

Impõe destacar que o representante político tem, em regra, alta visibilidade social, de tal maneira que isso potencializa a contaminação do ambiente pelo discurso de ódio a partir da arregimentação de seguidores. Se a solução do “paradoxo democrático” se der em sentido contrário ao visto anteriormente, isto é, permitindo que toda e qualquer expressão política de um legislador seja imune a responsabilidades, poderemos nos encontrar um dia no futuro diante de uma situação similar à narrada por Loewenstein quanto à República de Weimar: “Measures aimed at curbing political excesses were futile when every radical deputy could, under the protection of sacrosanct parliamentary immunities, employ the platform to undermine the Republic”.⁴¹ Ao não acionar qualquer tipo de mecanismo repressivo quanto ao discurso de ódio, pode se estar incentivando o desenvolvimento de um verdadeiro “ovo da serpente”.⁴²

Uma observação: é evidente que o ponto de partida interpretativo adotado pode acarretar, inclusive, em certas circunstâncias, a relativização das imunidades materiais previstas no art. 53, abrindo a probabilidade de que deputados e senadores sejam punidos civil e penalmente por discursos de ódio.

De toda sorte, como princípio, não se pode abrir mão de apurar e punir qualquer tipo de discurso de ódio parlamentar, do mais ténue e aparentemente inofensivo ao mais violento e discriminatório. Não significa, evidentemente, que todo e qualquer discurso de ódio mereça a punição com a perda do mandato nos termos do art. 55, II, da Constituição. Os contextos e as formas como essas manifestações são emitidas podem refletir maior ou menor gravidade e reprovação; por isso, deve-se procurar prever e aplicar penalidades de maneira a garantir proporcionalidade entre a conduta e a pena.

⁴⁰ Tradução nossa do original: “De fato, afigura-se que, enquanto um princípio geral na teoria democrática ou da democracia, ao ser confrontado com a escolha entre respeitar os resultados dos procedimentos democráticos e a não violação de valores democráticos claros e fundamentais, é razoável priorizar os valores em detrimento dos procedimentos” (YONG, 2011, p. 399).

⁴¹ Tradução nossa do original: “Medidas direcionadas à restrição de excessos políticos foram estérteis, já que cada membro radical poderia, sob a proteção inviolável das imunidades parlamentares, empregar a plataforma para comprometer a República” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 427).

⁴² É esse o nome do filme de Ingmar Bergman (*Das Schangenei*, EUA/Alemanha Ocidental, 1977). Nessa produção cinematográfica, Bergman retrata a Alemanha republicana de Weimar anos antes da ascensão do nazismo e Hitler, mostrando como o ambiente caótico de crise e repleto de ódio social desse período era um prelúdio e condição do que ocorreria mais tarde no país.

CONCLUSÃO

Do encadeamento analítico estruturado anteriormente, constata-se que o discurso de ódio emanado por um agente parlamentar não somente está apto a ofender diretamente a dignidade institucional do Poder Legislativo, configurando ofensa o decoro, como também pode conduzir à instauração de processo político-jurídico de cassação de mandato, conforme estabelecido no art. 55, II, da Constituição brasileira. Dito de outro modo, por discurso de ódio o deputado ou senador poderá ser submetido a processo de responsabilidade política. Assim, não compõe o universo de sua liberdade de expressão a atuação política tendente a esvaziar a substância cidadã do Texto Constitucional, contribuindo para engendrar um ambiente social que, em última análise, legitimaria segregações, violências e a introdução de políticas públicas nesse sentido.

Deve-se deixar claro que na análise quanto à existência de um discurso de ódio e sua configuração como conduta violadora da dignidade parlamentar, deve-se levar em conta principalmente a estrutura de dominação e/ou exploração existente na sociedade, pois que no discurso de ódio está implícita quase sempre a manutenção de certo *status quo* que compõe o ambiente social. Quando um representante político parlamentar, ao fazer referência a comunidades negras, utiliza o termo “arroba”,⁴³ que notoriamente é utilizado para indicar peso de animais, o ódio toca em segregações históricas sedimentadas na sociedade brasileira, cuja funcionalidade está na exploração e dominação política, econômica, social, sexual, cultural etc.

Diante do cenário traçado, o drama que se encadeia quando se constata que um parlamentar expressou um claro pensamento de ódio diz respeito à decisão de instaurar um processo de cassação de mandato e efetivar uma punição. Compete aos próprios representantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal tomar discricionariamente essas decisões. Dessarte, há grande probabilidade de que mesmo frente a circunstâncias em que não há dúvida quanto à manifestação do discurso de ódio por parte de parlamentar, bem como quanto à sua gravidade, os pares do agente acusado decidam por nem sequer apurar a situação. Essa será provavelmente a tendência, sobretudo se considerarmos a existência de: (i) um espírito de corpo forte entre os legisladores; (ii) uma incompreensão da gravidade de se permitir que um representante do povo assim se expresse; e (iii) a presença de certa solidariedade conservadora consciente ou inconsciente em relação à legitimidade da manifestação que deveria ser reprimida.

⁴³ No dia 03 de abril de 2017, o Deputado Federal Jair Bolsonaro (PSC-RJ), ao proferir um discurso no Clube Hebraica na cidade do Rio de Janeiro, afirmou: “Eu fui num quilombo. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada. Eu acho que nem pra procriador ele serve mais. Mais de R\$ 1 bilhão por ano é gasto com eles”. (DOLZAN, 2017).

Logo se vê que o quadro desenhado não é dos mais promissores. O mecanismo da cassação de mandato por quebra decoro é, como já dissemos, um instrumento excepcional e deve ser utilizado em face da defesa da ordem democrática. O princípio da excepcionalidade em sua aplicação não pode representar uma impossibilidade concreta de sua utilização quando necessária à defesa dos valores da igualdade democrática e dos direitos humanos estabelecidos no ordenamento constitucional.

Nessa ordem de ideias, dois desafios parecem surgir de toda a leitura realizada. O primeiro diz respeito à urgência de que parlamentares e partidos políticos comprometidos com a ordem democrática de 1988 não hesitem em apurar e aplicar sanções, inclusive de cassação de mandato, quando constatado que representantes do Legislativo tenham proferido discurso de ódio. Já o segundo impõe que, com base em uma visão razoável, se coloque fora do alcance da imunidade parlamentar o discurso de ódio contra minorias.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4, t. I.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Consulta n. 001/2007. Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, n. 4. Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Manole, 2011.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948. v. II.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada al odio racial y religioso y promoción de la tolerância: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HCR/2/6, 20 de septiembre de 2006, p. 25. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/2session/A_HRC_2_6_sp.doc>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CORTESE, Anthony. *Opposing hate speech*. London: Praeger, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

DHARMAPALA, Dhammika; MCADAMS, Richard H. *Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech)*. *The Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 1 p. 93-136, January 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1086/425599>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Punido eurodeputado que acha as mulheres “menos inteligentes”. Lisboa, 14 mar. 2017. DN Mundo. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/punido-eurodeputado-que-acha-as-mulheres-mais-fracas-e-menos-inteligentes-5723505.html>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I.
- DOLZAN, Marcio. “Não podemos abrir as portas para todo mundo”, diz Bolsonaro em palestra na Hebraica. Estadão Política, São Paulo, 03 abr. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nao-podemos-abrir-as-portas-para-todo-mundo-diz-bolsonaro-em-palestra-na-hebraica,70001725522>>. Acesso em: 02 jul. 2017.
- DORIA, A. de Sampaio. *Direito constitucional: comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 2.
- FELLET, João. *Por que Donald Trump é popular entre os conservadores nos EUA – e fora deles*. BBC Brasil, 25 dez. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151224_donald_trump_popularidade_jf_rb>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FOLHA DE S.PAULO. Morre índio atacado por adolescentes. São Paulo, 21 abr. 1997. Folha Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/ge21041.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2017.
- FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.
- GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y libertad de expresión. In: ORDOÑEZ, María Paz Ávila; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; GERMANO, Gustavo Gómez (Eds.). *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 2011. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215627s.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.
- GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001.
- GRAMSCI, Antonio. *Odio a los indiferentes*. Tradução de Cristina Marés. Madrid: Ariel, 2016.
- HARVEY, David. *Cidades rebeldes: o direito à cidade à revolução urbana*. Tradução de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HELLER, Herman. *Teoría do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.
- LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. Democracy and fundamental rights, I. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 417-432, Jun. 1937. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1948164>>. Acesso em: 28 jun. 2017.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

- LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco. *Crítica da razão dualista o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- OS POBRES vão à praia. Direção: Nelson Hoineff. 1989. (27 min.), color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kOzGFJZZVe8>>. Acesso em: 14 maio 2017.
- PAREKH, Bhikhu. Hate speech. Is there a case for banning? *Public Policy Research*, v. 12, n. 4, p. 213-223, Feb. 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1070-3535.2005.00405.x/abstract>>. Acesso em: 22 jun. 2017.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Editora 34, 2008.
- PINTO, Célia Regina Jardim. *A banalidade da corrupção*. Uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011.
- PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1963.
- REALE, Miguel. *Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- REY, Juan Carlos. La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 74, oct.-dic., p. 533-578, 1991. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=231>>. Acesso em: 08 mar. 2017.
- ROLLAND, Louise. Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers. *Revue Générale de Droit*, v. 35, n. 4, p. 533-551, 2005. Disponível em: <<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2005-v35-n4-rgd01574/1027180ar.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.
- SINGER, Paul. *Repartição da renda*. Pobres e ricos sob o regime militar. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS n. 21.443 Rel. Min. Octávio Gallotti. *RDA*, v. 189, p. 272, 1991.
- TEIXEIRA, Carla Costa. *A honra da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998.
- THOMPSON, John B. *O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- TSESIS, Alexander. Dignity and speech: the regulation of hate speech in a democracy. *Wake Forest Law Review*, v. 44, p. 497-532, May 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1402908>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- VILLEGAS, Mauricio García. Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria*, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 15, n. 29, p. 77-97, Prim. Sem. 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28225781004>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. *Harvard Law Review*, v. 123, n. 7, p. 1.596-1.657, May 2010. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40648494>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

WEBER, Max. *O Estado-nação e a política econômica*. São Paulo: Martins Fontes, 2014

YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? *Res. Publica* 17:385, p. 385-403, 2011. Disponível em: <<https://link-springer-com.ez67.periodicos.capes.gov.br/article/10.1007/s11158-011-9158-y>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

ŽIŽEK, Slavoj. O que a vitória de Corbyn ensina. *Outras Palavras*. São Paulo, 20 jun. 2017. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/outrasmidias/capa-outras-midias/zizek-o-que-a-vitoria-de-corbyn-ensina/>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

**DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO MIGRATÓRIA:
O TRABALHO INFANTIL NO CONTEXTO DA MIGRAÇÃO
ENTRE OS PAÍSES DO TRIÂNGULO NORTE
DA AMÉRICA CENTRAL E OS ESTADOS UNIDOS**

***HUMAN RIGHTS AND MIGRATION: CHILD LABOUR IN THE
CONTEXT OF MIGRATION IN THE COUNTRIES OF NORTH
CENTRAL AMERICA AND THE UNITED STATES***

Ismael Franciso de Souza

Doutor em Direito pela UNISC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Johana Cabral

Mestranda em Direitos Humanos e Sociedade pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Submetido em: 22/09/2017

Aprovado em: 22/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.4933>

Resumo: O presente artigo trata do trabalho infantil no contexto migratório de crianças centro-americanas desacompanhadas apreendidas nas fronteiras entre o México e os Estados Unidos da América. Tem por objetivos analisar o vínculo existente entre a migração e o trabalho infantil dessas crianças, oriundas dos países do Triângulo Norte da América Central, a partir dos dados de apreensões ocorridas no período de 2012 a 2014, segundo relatório de 2016 da Organização Internacional do Trabalho. Objetiva também apresentar o cenário da migração da América Central em direção aos Estados Unidos e estudar o trabalho infantil no contexto migratório, identificando, dentre outras, as vulnerabilidades da criança migrante trabalhadora. Por fim, far-se-á uma contribuição para a temática a partir da teoria crítica dos Direitos Humanos, tendo como referência dois de seus principais pensadores: David Sánchez Rubio e Joaquín Herrera Flores. O método de procedimento foi o monográfico e o de abordagem, o dialético, utilizando-se, para tanto, da pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Criança; Direitos Humanos; Migração; Trabalho infantil.

Abstract: *This article deals with the theme of child labour in the context of migration of unattended Centro-American children arrested in the border between Mexico and the United States of America. Based on data of arrests taken place during the period of 2012-2014 according to the 2016 report of the International Labour Organization, I aim at analyzing the link between migration and child labour of children coming from countries of the Central America's North Triangle. This paper also aims at presenting the scenery of the Central America migration movement towards the United States and studying child labour in the migratory context, as well as identifying, among other things, the vulnerability of the laboring migrant children. Finally, I offer some contribution for the theme from the perspective of the critical theory of the Human Rights, using as reference two of its main thinkers: David Sánchez Rubio and Joaquin Herrera Flores. The research method used was the monographic and the approach, the dialectic, in a documental and bibliographic research.*

Keywords: *Children; Human Right; Migration; Child Labour.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fluxos e rotas da migração da América Central para os Estados Unidos da América. 3. Trabalho infantil no contexto migratório. 4. Contribuições a partir da teoria crítica dos Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), o número de migrantes internacionais no mundo atingiu a marca de 244 milhões no ano de 2015. Esse dado representa todas aquelas pessoas que passaram a viver em um país diferente daquele em que nasceram, o que corresponde a 3,3% da população mundial (ONU, 2016). Em 2016, foram registrados “65.6 milhões de deslocados forçadamente em todo o mundo como resultado de perseguição, conflito, violência ou violações de direitos humanos.” (UNHCR, 2017, p. 2, tradução nossa). Destes, 22.5 milhões encontravam-se na condição de refugiados (UNHCR, 2017).

De acordo com o IPPDH, “La migración o el acto de migrar es el desplazamiento desde un territorio de un Estado hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo. Se refiere a cualquier movimiento de población, independentemente de su tamaño, composición o causas” (IPPDH, 2017, p. 20). Nesse sentido, a migração pode ser internacional (quando parte-se de um país para outro) ou interna (quando o deslocamento ocorre dentro do próprio país). Ela pode ser também voluntária ou forçada. O migrante voluntário é aquele que decide migrar, seja por uma oportunidade melhor de trabalho, seja para reencontrar seus familiares ou, de modo geral, pela busca por melhores condições de vida. Por sua vez, a migração pode se dar de maneira forçada, como no caso dos refugiados, dos deslocados por desastres naturais, dentre outros. Nessa modalidade migratória,

a busca é tão somente pela manutenção da própria vida. A migração pode se dar, ainda, de forma permanente (quando não se conhece a data do retorno) ou mesmo temporária (IPPDH, 2017).

Os fenômenos migratórios são complexos, possuem causas variadas e estão cada vez mais intensos, especialmente nas últimas décadas. Segundo Wenden (2016, p. 18), “[n]os últimos trinta anos, essas migrações se globalizaram”. Aí está o primeiro aspecto a ser destacado: a migração tornou-se um fenômeno globalizado (WENDEN, 2016). Embora os deslocamentos humanos não sejam fato novo, a globalização intensifica a mobilidade humana. Estudioso dos processos da globalização, Santos (2011, p. 26) ressalta que estamos diante de “um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo.”. Nas palavras do autor, as características que predominam na globalização são justamente as características da globalização hegemônica, dos países dominantes (SANTOS, 2011). Do mesmo modo aponta Sánchez Rubio, ao frisar que “Los modos occidentales que utilizamos para interpretar y para actuar en la realidad nos salen de dentro con una especial tendencia y una especial disposición a dominar, marginar a otras y a otros, [...]” (SÁNCHEZ RUBIO, 2015, p. 136). Como destaca Wenden:

As migrações internas e internacionais afetam quase todas as regiões do mundo. Se as categorias de migrantes e de países se tornaram mais fluidas ao globalizar-se, a globalização das migrações se faz acompanhar também, e paradoxalmente, de uma regionalização dos fluxos migratórios. Em escala mundial, as migrações organizam-se geograficamente em sistemas migratórios complexos em torno de uma mesma região, onde se constroem complementaridades entre zonas de partida e de acolhida que correspondem a proximidades geográficas; vínculos históricos, linguísticos e culturais; redes transnacionais construídas pelos migrantes; e encontro de fatores de oferta (“pull”) e procura (“push”) de mão de obra que formam um espaço formal ou informal de circulação, acompanhado ou não de facilidades institucionais de passagem (WENDEN, 2016, p. 19).

A expectativa de encontrar acolhida em outro país, após se distanciar de suas histórias, raízes e culturas, reside na serenidade e encanto de ao menos se encontrar respeito aos direitos humanos (FRANÇA; PIRES; BERNER, 2016, p. 758). No entanto, migrantes ao redor do mundo têm enfrentado situações de xenofobia, racismo, discriminação, dificuldades de integração local, violências e exploração cada vez mais intensas (SÁNCHEZ RUBIO, 2015; LUSSI, 2015).

No que tange aos fluxos migratórios, as pesquisas apontam a Europa como o local que mais recebe imigrantes no mundo (WENDEN, 2016), apesar do mo-

vimento de fechamento das fronteiras e da situação de crise econômica por todo o continente. O segundo maior receptor de imigrantes são os Estados Unidos da América, que abarca inclusive o fluxo advindo da América Central. No ano de 2015, foram contabilizados cerca de 43.3 milhões de imigrantes nos Estados Unidos, sendo que, desse total, aproximadamente 3.4 milhões eram centro-americanos. Analisando-se especificamente os imigrantes centro-americanos que se encontram nos Estados Unidos, cerca de 85% deles são originários do Triângulo Norte (LESSER; BATALOVA, 2017). Esse dado nos leva à outra informação, que constitui a temática central do presente trabalho: a expressiva quantidade de crianças¹ migrantes desacompanhadas, apreendidas nas fronteiras entre o México e os Estados Unidos.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), no relatório *“En la ruta de las ilusiones: adolescentes trabajadores migrantes de 14-17 años en los países del Triángulo Norte de Centroamérica – Caracterización y recomendaciones para la acción”*, houve, entre 2012 e 2014, um considerável aumento no número de apreensões de pessoas menores de idade, migrando desacompanhadas, oriundas dos países do Triângulo Norte, que visavam ingressar irregularmente nos Estados Unidos. No ano de 2014, foram apreendidas 69.000 crianças nessa situação, sendo possível que os anos seguintes (de 2015 e 2016) tenham apresentado cifras ainda maiores (OIT, 2016a).

O Triângulo Norte da América Central compreende os países de Guatemala, Honduras e El Salvador. A região é caracterizada pelos níveis extremos de violência, destacando-se, na atualidade, por conter uma das mais altas taxas de homicídio do mundo (UNODC, 2012). Nesses países, “[...] el impacto violento de las drogas y de la delincuencia sólo representa una parte de los problemas de la región” (UNODC, 2012, p. 9). Para além do fluxo de drogas (cocaína), do empoderamento dos correspondentes grupos criminosos e da violência que lhes associam, foram identificados o comércio ilícito de armas de fogo e o tráfico ilícito de imigrantes e de seres humanos (UNODC, 2012). Ou seja, vive-se uma profunda crise humanitária em tal região, o que justifica o expressivo número de emigrantes e, por conseguinte, de crianças apreendidas na fronteira dos Estados Unidos.

Tanto as situações de migração e refúgio trazem consequências prejudiciais para a vida das pessoas que estão a elas submetidas, quanto o trabalho infantil o traz para a vida de crianças. Migrantes, refugiados, crianças e adolescentes precisam de proteção especial dos Estados, visto que se encontram em situação

¹ Utilizar-se-á no presente trabalho o conceito de criança adotado pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, qual seja: todo ser humano com menos de dezoito anos (art. 1º).

de vulnerabilidade e são presas fáceis da exploração laboral. É certo que “[a] circunstância intrínseca à migração, consistente no deslocamento do indivíduo do seu local de origem, leva-o a uma condição de risco, uma vez que não conhece os mecanismos que lhe possibilitem sair de uma situação de abuso” (COLOMBO, 2015, p. 92).

Apesar da existência de instrumentos internacionais e regionais de proteção aos direitos humanos (o chamado direito positivo), as pesquisas têm revelado que as migrações e explorações no continente americano continuam aumentando, em total violação àqueles direitos.

O presente trabalho objetiva, portanto, analisar o vínculo existente entre a migração e o trabalho infantil de crianças oriundas da América Central, especialmente dos países do chamado Triângulo Norte, apreendidas entre as fronteiras do México e dos Estados Unidos, tomando por base o relatório da OIT, elaborado em 2016. Para tanto, num primeiro momento será apresentado o cenário da migração da América Central em direção aos Estados Unidos da América, abordando-se os fluxos e as rotas percorridas, as questões de soberania nacional, bem como a proteção internacional correspondente. Em seguida, pretende-se estudar o trabalho infantil no contexto migratório: identificar os dados contidos no relatório, as motivações, as principais cooptações, as vulnerabilidades e os riscos a que estão submetidos na experiência migratória e laboral, bem como as consequências do trabalho infantil. Por fim, buscar-se-á contribuir com a temática, a partir de uma visão crítica dos direitos humanos.

2 FLUXOS E ROTAS DA MIGRAÇÃO DA AMÉRICA CENTRAL PARA OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os Estados Unidos recebem anualmente milhares de pessoas migrantes originárias da América Central e de todo o mundo. De acordo com o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (UN DESA), no ano de 2015, a população estrangeira no país representava 14,49% da população total de residentes (IOM, 2017). Desde 2010, os Estados Unidos e o México juntos apreenderam cerca de 1 (um) milhão de migrantes centro-americanos da Guatemala, El Salvador e Honduras, bem como procederam a deportação de mais de 800.000 desses migrantes (DOMINGUEZ-VILLEGAS; RIETIG, 2015). Como apontado pela OIT :

Los flujos migratorios en Centroamerica y México se han complejizado. En la subregión se identifican corredores migratorios principales entre Honduras - El Salvador - Guatemala (“Triángulo Norte”), principalmente hacia México y los Estados Unidos (EE.UU), y otro menor entre Ni-

caragua - Costa Rica - Panamá (“Triángulo Sur”, por analogía). Existen, además, flujos migratorios más específicos de migrantes regionales y extracontinentales (OIT, 2016a, p. 3).

No processo migratório internacional, a emigração ou a saída do país de origem é o primeiro passo a ser dado pelo emigrante. Muitas vezes, para chegar ao local de destino, o migrante terá de passar por outros países, os quais recebem o nome de países de trânsito (IPPDH, 2017). Assim, embora o México venha recebendo cada vez mais pedidos de asilo de migrantes do Triângulo Norte da América Central (AMNESTY INTERNATIONAL, 2017), no contexto da migração centro-americana para os Estados Unidos da América, ele constitui-se em um país de trânsito.

Dentre as possíveis rotas, as mais utilizadas para atravessar o território mexicano são as terrestres, sendo predominante o uso da ferrovia. Os trens de carga percorrem várias linhas em direção ao norte. Contudo, como não há vagões para passageiros (exatamente por serem de carga), os migrantes percorrem o trajeto na parte de cima dos trens, expondo-se aos mais diversos perigos: quedas, amputações e até mortes (DOMINGUEZ-VILLEGAS, 2014).

Andrade Rubio e Izcará Palacios (2015, p. 34) promoveram um estudo sobre as rotas e duração do trânsito de migrantes centro-americanos até os Estados Unidos. Para tanto, entrevistaram, no período de 2012 a 2014, uma amostra de 150 migrantes deportados dos Estados Unidos e perceberam que 68% dos cruzamentos realizados se deram pelo Estado de Tamaulipas. Assim, “el estado de Tamaulipas constituye la principal puerta de entrada a Estados Unidos para los migrantes centroamericanos”. Os Estados de Chihuahua e Baixa Califórnia também são caminhos de rota em direção aos Estados Unidos, embora menos utilizados (ANDRADE RUBIO; IZCARA PALACIOS, 2015). A pesquisa apontou ainda que se leva mais tempo para chegar até os Estados fronteiriços mexicanos do que para realizar o cruzamento na fronteira México-Estados Unidos e chegar ao local de destino, bem como que muitos transmigrantes centro-americanos acabam presos no México por longos períodos, reféns da ação de grupos criminosos (quando não incorporados às linhas do crime organizado), ou mesmo perdem suas vidas a caminho (ANDRADE RUBIO; IZCARA PALACIOS, 2015), situação diretamente relacionada com a política migratória adotada na região.

O acirramento das políticas de segurança na fronteira-sul dos Estados Unidos pode ser verificado desde o final dos anos 1970 (pós-Guerra Fria), especialmente a partir dos atentados terroristas às torres gêmeas do World Trade Center em 11 de setembro de 2001 (SOBRINO, 2016), uma vez que todos os terroristas que participaram daquele evento haviam entrado legalmente nos Estados Uni-

dos, através do visto temporário de turista (CUNHA, 2012). “Como consequência dos atentados, a agenda política americana voltou-se radicalmente para a segurança do país. Isso trouxe implicações diretas à questão migratória” (CUNHA, 2012, p. 77). Para tanto, foram realizados:

[...] pesados investimentos na construção da infraestrutura física, tais como muros, cercas e afins, equipamentos de vigilância e controle, treinamento e deslocamento de um contingente cada vez maior de forças policiais e militares para as regiões de fronteira, com o intuito de evitar, a qualquer custo (humanitário, inclusive, em vários casos) que imigrantes sem prévia autorização legal (“indocumentados”) consigam adentrar ao território do respectivo Estado, mormente em busca de trabalho e condições de vida minimamente dignas (SOBRINO, 2016, p. 1).

No entanto, o fechamento das fronteiras, como política de segurança adotada pelos Estados Unidos, não impede que milhares de pessoas invistam na experiência migratória, ainda que sem a documentação necessária, submetendo-se às mais variadas situações de risco e violências que circundam uma migração irregular. Para Almeida (2012, p. 43), as “[...] políticas migratórias restritivas provocam o aumento dos migrantes indocumentados, que muitas vezes está na base dos processos de exploração e do próprio tráfico de pessoas”.

As crianças sempre integraram os fluxos migratórios: muitas acompanhadas de suas famílias ou de algum adulto responsável, outras vivenciando a experiência migratória sozinhas. A esse tipo de migração dá-se o nome de migração desacompanhada, sendo também comum falar-se em crianças desacompanhadas (OIT, 2016a). Há ainda uma outra classificação proposta pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), que as distingue em: desacompanhadas e separadas. Por essa peculiar diferenciação, as crianças desacompanhadas são aquelas que, além de estarem separadas de seus pais ou parentes, não estão acompanhadas de qualquer outro adulto legal ou costumeiramente responsável (tutor). Já as crianças separadas são aquelas que não estão sob os cuidados de seus pais, parentes ou adulto legalmente nomeado, mas podem estar acompanhadas de outras pessoas, como coites e traficantes (RAMIREZ ROMERO et al., 2009). Assim, “[...] es necesario destacar que el mayor riesgo que corren estos niños tiene que ver tanto con el hecho de que viajen solos como con el hecho de que quienes los acompañen sean traficantes o personas que pongan en riesgo su vida” (RAMIREZ ROMERO et al., 2009, p. 23).

Como já mencionado, a OIT evidenciou, no relatório “*En la ruta de las ilusiones*” (2016), que o número de crianças centro-americanas que migram desacompanhadas tem aumentado cada vez mais, desde 2014, ano em que se atingiu o registro recorde de 69.000 crianças apreendidas na rota em direção aos Estados

Unidos. Vale ressaltar que os dados disponíveis acerca da migração desacompanhada são deficientes, pois não demonstram a dimensão real do problema. Isso porque as informações que se tem, tratando-se de uma migração de natureza irregular (sem documentos para a entrada no país de destino), são aquelas colhidas a partir da detenção e repatriação da criança migrante. No entanto, muitas conseguem cruzar e chegar ao local de destino, o que permite concluir que a quantidade de crianças migrantes desacompanhadas pode ser muito maior do que a oficialmente conhecida (OIT, 2016a).

Das crianças que são detidas nas fronteiras entre o México e os Estados Unidos, boa parte é encaminhada para centros de detenção de migração. Os centros de detenção de migrantes do México, por exemplo, são considerados inadequados para alojar crianças. Apesar de sua lei expressamente proibir a detenção de crianças, somente no ano de 2016, foram contabilizadas 40.542 crianças apreendidas nos respectivos centros (AMNESTY INTERNATIONAL, 2017, p. 32), em total descumprimento ao princípio da proteção integral dos direitos da criança.

Essas questões ligadas à migração internacional indocumentada (comumente chamada de irregular ou ilegal), que ocasionam reconhecidas e graves violações aos direitos humanos e que atingem tanto adultos quanto crianças, acontecem porque não existe uma regulamentação internacional sobre o direito a imigrar. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assegura, no seu artigo 13, que “[t]odo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (ONU, 1948). Verifica-se, portanto, que é assegurado o direito de emigrar, de sair do país (bem como o de retorno), mas não o direito de ingressar em outro país. Isso faz com que a imigração seja tratada a partir do conceito de soberania nacional: cada Estado decide o tratamento jurídico a ser dado para a temática, regulando o ingresso, a permanência e a expulsão dos estrangeiros. Dessa forma, o imigrante fica sujeito ao regime jurídico interno de cada país (ANDRADE RUBIO; IZCARA PALACIOS, 2015), situação diferente da dos refugiados, que encontram respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 14), na Convenção de Genebra de 1951 (Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados) e seu Protocolo Adicional de 1967.

Os Estados Unidos da América são omissos no reconhecimento dos direitos humanos. Não têm ratificado nem respeitado a maioria dos tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, a exemplo da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que pode ser considerada o “instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal” (UNICEF). A Convenção enuncia que a criança necessita de proteção e cuidados especiais e

que os Estados devem assegurar a todas as crianças sujeitas à sua jurisdição o respeito aos direitos nela elencados, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, idioma ou origem (o que demanda tratamento igual ao prestado às crianças nacionais). Contudo,

[n]os Estados Unidos, considerações sobre a proteção de crianças são deixadas de lado em favor de uma abordagem focada na repressão da imigração ilegal. O tratamento jurídico e administrativo dado a essas crianças, portanto, as diferencia das crianças americanas na medida em que as considera primeiro como imigrantes em situação irregular. No binômio entre proteção e autonomia, a proteção mais importante é a das fronteiras (RIBEIRO; FERREIRA, 2015, p. 120).

Assim, inexistente qualquer acordo bilateral entre os Estados Unidos e o México, visando trabalhar melhor a situação do fluxo de crianças migrantes desacompanhadas apreendidas em suas fronteiras. Portanto, na falta de um olhar protetivo para a infância, a preocupação do país americano restringe-se a duas ações primordiais: detenção e repatriamento dessas crianças. Não foi por acaso que a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o Parecer Consultivo nº 21, tratando exclusivamente dos “[d]ireitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional”, com implicações de norte a sul do continente americano, em que pese a inexistência de sanção para o caso de descumprimento. Dessa forma, estabeleceu “padrões para a proteção internacional” da criança migrante, como: a prevalência dos direitos da criança sobre o *status* migratório, a proteção internacional com tratamento adequado e individualizado, a garantia do devido processo legal, a proibição da privação da liberdade da criança migrante, o respeito aos direitos humanos e à proteção integral, a oferta de espaços de alojamentos adequados, a atenção ao princípio da não devolução (aplicável à toda criança migrante, não apenas àquelas que solicitam a proteção através do refúgio), a efetivação do direito à vida familiar, dentre outros (IPPDH, 2014).

3 TRABALHO INFANTIL NO CONTEXTO MIGRATÓRIO

O relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), intitulado “*En la ruta de las ilusiones: adolescentes trabajadores migrantes de 14-17 años en los países del Triángulo Norte de Centroamérica – Caracterización y recomendaciones para la acción*”, aponta que das 69.000 crianças do Triângulo Norte da América Central apreendidas na fronteira entre o México e os Estados Unidos no período de 2012 a 2014, que viajaram desacompanhadas, em situações precárias e perigosas, expondo-se a todo tipo de risco e violência, a maioria tinha o objetivo

muito claro de conseguir um trabalho que lhes oportunizasse melhores condições de vida, bem como a possibilidade de ajudar a família (OIT, 2016a).

Aunque las legislaciones nacionales de los países del Triángulo Norte establecen los 14 años como la edad mínima de admisión al empleo, las alternativas realmente existentes de trabajo protegido para personas menores de 18 años son ínfimas, lo que empuja a muchas de ellas a buscar la migración como una opción (OIT, 2016b, p. 1).

A OIT estima que esse êxodo continue a níveis elevados, porque as ações promovidas até o momento estão direcionadas para a identificação e atenção a essas crianças pelo viés da proteção (nos casos em que a proteção ocorre), ficando de lado o enfoque preventivo, que atinja diretamente as causas que provocam o movimento migratório de crianças desacompanhadas (OIT, 2016b). Assim, não são pensadas as ações de prevenção nos países de origem (Guatemala, El Salvador e Honduras), nem mesmo as possibilidades de reinserção, também nos países de origem, daquelas crianças que foram apreendidas e repatriadas.

Para adentrar às causas que motivam a migração infantil, é preciso primeiro identificar quem são essas crianças centro-americanas que compõem a estatística das apreensões: em sua maioria meninos, muitos deles provenientes de povos indígenas (maya, chortí, lenca, garífuna e misquita) e populações afrodescendentes, pertencentes a camadas sociais de níveis médio-baixo e baixo, afastados do ambiente escolar, muitos residentes em zonas rurais ou de famílias que mudaram recentemente do campo para a cidade e, em número expressivo, vítimas de atos de violência perpetrados por grupos criminosos locais (OIT, 2016b, p. 2; OIT, 2016a).

Há todo um contexto econômico e social que leva as crianças do Triângulo Norte da América Central a deixarem seus países e migrarem forçadamente rumo aos Estados Unidos. As causas motivadoras são diversas e vão além da inexistência de trabalho protegido nos países de origem. Compreendem as limitadas oportunidades de acesso à educação, de capacitação técnico-profissional, as discriminações em razão da etnia ou da cor da pele, as situações de violência familiar, de insegurança e violência comunitária com os grupos (*pandillas*) e gangues (*mara salvatrucha*), a exclusão social e os altos níveis de criminalidade em geral (OIT, 2016b). Quando questionadas sobre os motivos que as levaram a migrar, em sua grande maioria alegaram a busca por melhores condições de vida, a reunificação familiar, a violência, ameaça, extorsão e insegurança geradas pelas *maras* e pela ação dos grupos criminosos (OIT, 2016a). A todos esses motivos soma-se o “sonho americano”, a ilusão de que nos Estados Unidos poderão “começar de novo”, em situação muito melhor do que a vivenciada no Triângulo Norte (OIT, 2016a, p. 23).

A criança migrante, mormente a que faz o trajeto desacompanhada, fica nas mãos dos atravessadores tal qual os adultos. Está sujeita a uma série de riscos e privações que, se já eram identificados no país de origem, serão intensificados na travessia. O cruzamento das fronteiras ocasionará um desgaste físico e psicológico muito grandes. Na viagem, enfrentará cansaço, fome, sede e condições climáticas extremas, que pode lhe provocar doenças ou mesmo a morte (SILVA QUIROZ; CRUZ PIÑEIRO, 2013). Como destaca Ramirez Romero:

Las historias son innumerables sobre la falta de información acerca de lo que les espera, el abandono de los coyotes, los asaltantes que se encuentran en el camino, los días y noches de camino, los riesgos físicos de permanecer en las zonas desérticas (deshidratación, picaduras, ampollas, sangrados) o perdidos entre los cerros, las violaciones a las mujeres, entre otras (RAMIREZ ROMERO et al, 2009, p. 63-64).

Quando se analisa a questão do trabalho no contexto migratório, é preciso tecer algumas considerações. A primeira delas está relacionada com a vulnerabilidade do migrante trabalhador. Mesmo o migrante indocumentado adulto, ao longo de todo o processo migratório, apresenta expressivo grau de vulnerabilidade: constitui mão de obra barata para o país receptor, tem grandes chances de vivenciar o trabalho explorado ou escravo e dificilmente terá acesso aos sistemas de saúde e educação naquele país (COLOMBO, 2015; PÉREZ VICHICH, 2015).

Silva Quiroz e Cruz Piñero (2013, p. 32-22) salientam que “*La literatura sobre la vulnerabilidad de los grupos migrantes conduce a su entendimiento, como una condición social multidimensional y multideterminada*”. Apontam eles, portanto, a existência de várias vulnerabilidades: natural (na exposição a zonas de cruzamento), física (ligadas à saúde física e mental), social, econômica, técnica, educativa, a vulnerabilidade institucional e política (devido ao excesso de trâmites e procedimentos). De modo geral, os migrantes indocumentados “[...] são muito mais propensos a serem explorados, a aceitarem salários mais baixos, a não receber qualquer proteção social, a não promover greves ou reivindicar melhores salários ou mais direitos” (ALMEIDA, 2012, p. 45).

A criança trabalhadora migrante apresenta uma situação de tripla vulnerabilidade, em razão: da condição de criança, da condição de migrante e da condição de exploração no trabalho.

A primeira vulnerabilidade, portanto, advém da própria condição de ser criança. A criança não possui os meios para se defender sozinha, justamente porque encontra-se na condição peculiar de desenvolvimento. Ela é estruturalmente mais frágil e, com maior facilidade, pode ser objeto de vitimação

(VERONESE, 1998, p. 32). Depende do adulto física, econômica e afetivamente para sobreviver. Como destaca Rossel, Nieves Rico e Filgueira (2015, p. 87), “*Una muestra clara de esta vulneración ocurre en el momento del nacimiento y se refleja en los indicadores de mortalidad*”.

Quando se trata de uma criança na condição de migrante, a vulnerabilidade é ainda maior, pois, essas crianças estarão expostas a maiores níveis de agressão e violação de direitos. No caso da migração irregular, as vulnerabilidades se acentuam em virtude das situações já apontadas acima, que as colocam em risco ao longo de todo o processo migratório. Assim, aos riscos físico-biológicos enfrentados nas zonas de travessia, somam-se as violências sexuais que podem ocorrer no caminho, muitas vezes perpetradas pelos próprios atravessadores ou mesmo por agentes do Estado (especialmente quando na migração desacompanhada), além das violências psicológicas, ocasionadas pelas situações de xenofobia, separação familiar, desconhecimento da língua e dificuldades de integração no país de destino.

Por fim, crianças migrantes trabalhadoras acrescentam-se ainda outras vulnerabilidades, relacionadas com a exploração de sua mão de obra e submissão, bem como sujeição a atividades perigosas e insalubres, que afetam profundamente o seu desenvolvimento físico e psicológico, mormente porque a criança não consegue avaliar os impactos do ingresso precoce no mercado de trabalho sobre o seu desenvolvimento integral (CUSTÓDIO, 2007). De modo geral,

[o] trabalho infantil é determinado principalmente pelo entrelaçamento de um conjunto de fatores complexos que envolvem múltiplos fatores: interesses do mercado, pobreza e miséria de um grande contingente de famílias, baixo custo da mão-de-obra infantil, docilidade e disciplina infantil, reforços culturais e ideológicos, tradição, reprodução das posições ocupacionais, ausência de alternativas de lazer e recreação, migração, composição familiar, desvalorização da educação, ausência de escolaridade em período integral, bem como, a própria luta pela sobrevivência (CUSTÓDIO, 2007, p. 192).

O relatório “*En la ruta de las ilusiones*” (OIT, 2016b) apontou que as principais cooptações dessas crianças migrantes são para trabalhos informais, de grande invisibilidade e temporários, como: venda de rua, abastecimento de mercados e trabalhos agrícolas nas fazendas (principalmente em períodos de colheita). As características da informalidade, invisibilidade e temporalidade desses trabalhos faz com que dificilmente sejam identificados pelos mecanismos de fiscalização e controle. A isso soma-se a falsa percepção, verbalizada pelas próprias crianças migrantes centro-americanas, de que o trabalho seria a única forma de acessar a educação (OIT, 2016a), quando, na verdade, o trabalho infantil ocasiona o afasta-

mento escolar, bem como a reprodução do ciclo intergeracional da pobreza (SOUZA, 2016; CUSTÓDIO, 2007). Também foi identificado, quando da análise das dinâmicas migratórias das crianças guatemaltecas, um elemento cultural muito forte presente na cosmovisão da tribo maya, para a qual o trabalho precoce de meninos e meninas, quando em atividades adequadas ao seu desenvolvimento, traduz-se num elemento fundamental para os processos da criança (OIT, 2016a).

A Organização Internacional do Trabalho é a agência das Nações Unidas responsável, dentre outras atribuições, por promover a proteção internacional de crianças contra a exploração do trabalho infantil e escravo. Assim, tem como objetivo a abolição efetiva do trabalho infantil. “Historicamente, a OIT tem editado convenções e recomendações aos países membros para ajustarem suas legislações internas como forma de prevenir e erradicar o trabalho infantil [...]” (SOUZA, 2016, p. 109). Dentre elas, destacam-se duas fundamentais: a Convenção n. 138, de 1973 (não ratificada pelos Estados Unidos) e a Convenção n. 182, de 1999.

A Convenção n. 138 da OIT estabelece a idade mínima para admissão ao emprego em quinze anos (ou nunca inferior à idade em que cessa a obrigação escolar), bem como a proibição antes dos dezoito de qualquer trabalho que, por sua condição ou natureza, possa ser perigoso à saúde, segurança ou moralidade da criança. A presente convenção tem por finalidade a abolição total do trabalho de crianças, razão pela qual solicita o comprometimento dos Estados membros na implementação de uma política nacional que assegure a pretendida abolição e eleve progressivamente a idade mínima de admissão ao trabalho, visando o desenvolvimento físico e mental mais completo às crianças (OIT, 1973).

Já a Convenção n. 182 da OIT dispõe sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, convocando os Estados membros a adotarem medidas imediatas e eficazes (mediante elaboração e implementação de programas de ação), para proibir e eliminar, em caráter de urgência, o trabalho infantil em suas piores formas, que abrange:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- e, d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança (OIT, 1999).

Analisando-se as piores formas de trabalho infantil, identifica-se que boa parte delas, como a escravidão, a servidão, o tráfico de crianças, o trabalho forçado, a prostituição e o tráfico de entorpecentes, afeta a vida das crianças migrantes centro-americanas do Triângulo Norte. Importante destacar que, em que pese a luta seja pela abolição total do trabalho infantil, a pretensão da Convenção n. 182 da OIT, ao elencar as piores formas de trabalho infantil, é a de “[...] estabelecer prioridades de ação para aquelas formas que necessitam de uma ação enérgica e imediata, pois, se estas não forem tomadas, poderão provocar prejuízos irreversíveis ao desenvolvimento das crianças” (CUSTÓDIO, 2007, p. 201).

As consequências do trabalho infantil são as mais diversas: físicas, psicológicas, econômicas, sociais e educacionais. Além de refletir no baixo nível de escolarização e no alto índice de evasão escolar, o trabalho infantil reforça o ciclo intergeracional da pobreza, retirando da criança as possibilidades de participação e integração social (CUSTÓDIO, 2007). Dessa forma, o trabalho de crianças (e aqui incluímos as crianças trabalhadoras migrantes) “[...] não constitui fato isolado, ele permeia o mundo das relações e do espaço alicerçado naquilo que se valora enquanto dimensão humana” (SOUZA, 2016, p. 155). As crianças, nesses casos, perdem completamente a condição de sujeito de direitos e, principalmente, a perspectiva do respeito à proteção integral.

Verifica-se, portanto, que a migração, além de possuir um componente laboral, está entre suas principais causas e consequências (OIT, 2016a). Segundo Veronese (1998, p. 42), “[a] criança é pessoa em processo de desenvolvimento, e por isso sua formação física, moral e psíquica merece ser prioritariamente resguardada. O trabalho infantil é uma mazela social a ser erradicada, em virtude das graves consequências a que pode levar”.

4 CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentado todo o contexto das migrações de crianças desacompanhadas da América Central para os Estados Unidos da América em busca de trabalho e de uma vida digna, verifica-se que tanto as migrações quanto as explorações dessas crianças continuam crescendo, o que indica que as soluções a essas questões se aproximam mais de uma visão crítica do que positiva dos direitos humanos.

Com essa afirmação, não se está negando a importância dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos. Contudo, questiona-se: como se pode repensar esse olhar dos direitos humanos para uma contribuição mais rica do que a que se tem até hoje? Como é possível estabelecer

contribuições efetivas e duradouras para os processos migratórios de crianças nas regiões fronteiriças do Triângulo Norte?

Sánchez Rubio (2014) já alertava que nossa cultura de direitos humanos concentra-se em uma dimensão pós-violada. Dessa forma, as dimensões preventivas ou pré-violadoras dos direitos são ignoradas. É como se, basicamente, pudesse afirmar que os direitos humanos agem depois das tragédias.

A complexidade do mundo contemporâneo está colocando o Estado em situação de crise. Assim, há uma ameaça e diminuição da soberania política jurídica estatal em razão da progressiva perda de controle da coerência sistemática de suas leis. Dessa forma, as normas tradicionais, que se pretendem homogêneas e impessoais, são muito simples diante da pluralidade das situações sociais, econômicas e culturais existentes. Ou seja, o direito estatal é insuficiente, deficiente, diante dos novos sujeitos, das novas fontes de direito locais, regionais e globais, que desafiam a todo momento sua unicidade e hegemonia, razão pela qual defende a necessidade da adoção do paradigma do pluralismo jurídico (SÁNCHEZ RUBIO, 2014).

Um dos mais proeminentes desafio (sic) do pluralismo é a questão da imigração. Este é um daqueles típicos processos globais que também coloca à prova todas as sociedades, em particular, as de direito e democráticas. O movimento transfronteiriço de pessoas, como um fato relacionado ao multiculturalismo, desafia nosso senso ético de convivência e ideia de reconhecimento da dignidade humana. Faz com que a busca de uma concepção coerente de cidadania se estenda aos direitos humanos. A imigração evidencia as insuficiências e os limites de nossa cultura ocidental legal de direitos humanos e noção de cidadania, propiciando uma gama de possibilidades e opções para construir um mundo mais justo. O ato de criar espaços de humanidade e de humanização abertos a todos, respeitando as diferenças e sempre defendendo a vida vale sempre a pena em qualquer ambiente social e cultural. Para isso, o direito pode se transformar em ferramenta de reconhecimento e segurança (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 46).

Sánchez Rubio (2014) sugere a criação de espaços de humanidade e de humanização, de modo a estabelecer aproximações com Herrera Flores (2009) ao promover a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana. O autor entende que o mero reconhecimento jurídico não torna os direitos universais. A universalidade será atingida com o fortalecimento dos indivíduos, grupos e organizações que construirão um marco de ação que permita a criação das condições que garantam o acesso igualitário aos bens, oportunizando a experiência de uma vida digna.

Segundo Herrera Flores (2009), é preciso reformular os direitos humanos, reinventá-los, superando a racionalidade capitalista (fomentada pelo liberalismo político e econômico, que se nutre da ideologia baseada no individualismo, na competitividade e na exploração), para o compromisso com uma visão crítica e emancipadora dos direitos humanos, que os aproximem da problemática vivenciada pela sociedade nos dias atuais e guiem a uma nova racionalidade mais atenta aos desejos e às reais necessidades humanas, que em nada se assemelha às necessidades e expectativas geradas pelo capital e seu benefício imediato, bases de uma ideologia de mercado. Consoante ressaltado por Wolkmer e Bravo (2016, p. 41), “Por isso, a adesão e compromisso com um referencial crítico dos direitos humanos em sua dimensão de resistência, de libertação, de descolonização e de interculturalidade”.

Assim, quais são as reais necessidades da população da região do Triângulo Norte da América Central? Quais as necessidades humanas das crianças migrantes desacompanhadas apreendidas nas fronteiras entre o México e os Estados Unidos? Certamente perpassam por uma melhor distribuição da renda, a maiores oportunidades de acesso e proteção. Precisamos nos familiarizar com a ideia de que “[t]odos somos responsáveis pela tarefa de suscitar uma reação contrária ao avanço da violência, do descaso com os Direitos Humanos mais elementares” (VERONESE, 1998, p. 12).

A interculturalidade consiste em importante elemento na busca por esse novo olhar sobre os direitos humanos. Ela trata da intersecção entre culturas e formas de saber, a partir do reconhecimento de que as culturas são incompletas e possuem significados capazes de transformar constantemente as relações sociais, institucionais e culturais. Assim, “[p]ara este tipo de interculturalidade considera-se que cada cultura é impregnada por várias culturas e racionalidades, e que devemos defender a igualdade na diferença, combinando ambos os princípios em toda situação que produza a desigualdade” (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 47). Portanto, a solução das controvérsias será feita a partir de critérios de emancipação, com base nos contextos das pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade, subordinação e vitimação (SÁNCHEZ RUBIO, 2014).

A perspectiva jurídica pluralista, portanto, vem construindo e consolidando uma perspectiva crucial no interior do pensamento jurídico crítico, pois, ao ampliar o leque de fontes normativas, dando especial atenção às lutas dos movimentos populares em busca das suas necessidades humanas fundamentais, compreende o fenômeno jurídico a partir de uma sociologia do conflito e o reinsere numa perspectiva histórico-dialética (WOLKMER; BRAVO, 2016, p. 53).

Os direitos não se confundem e não podem reduzir-se às normas que os regulam, sendo preciso um uso alternativo do jurídico, que os interpretem ou apliquem tendo por base os interesses e as expectativas das maiorias sociais. Para Herrera Flores (2009), quem melhor conduzirá ao caminho para a emancipação em relação aos valores e processos hegemônicos são as ações sociais “de baixo” (a partir dos movimentos sociais), uma vez que mais próximas da realidade e das necessidades sociais. Nesse sentido, define os direitos humanos como processos de luta pelo acesso aos bens, de modo que, quando se fala em direitos humanos, fala-se de dinâmicas sociais, de práticas sociais que concederão os meios e instrumentos necessários à construção das condições materiais e imateriais necessárias à vida (HERRERA FLORES, 2009).

A busca é por uma alternativa a partir do pensamento jurídico crítico. Dessa forma, quanto à questão migratória, em uma dimensão contra hegemônica “[s] e abandona el enfoque exclusivo de seguridad y control para adoptar una perspectiva integral donde el migrante es el eje de las políticas públicas y el destinatário de las normas que las instrumentan” (PÉREZ VICHICH, 2015, p. 112). Por essa mesma perspectiva, a criança é criança em qualquer lugar do mundo. Portanto, deve-lhe ser garantida a proteção integral e assegurado o seu melhor interesse. Os direitos humanos “[...] devem ser concebidos como um conjunto de princípios que garantem a dignidade humana, princípios voltados para a não-agressão, a não-degradação da espécie humana” (VERONESE, 1998, p. 9).

As pessoas, cada vez mais, circulam pelo mundo, são sujeitos do mundo. Assim, onde quer que estejam, têm que estar protegidas, ter seus direitos reconhecidos e assegurados pelos Estados. A perspectiva crítica dos direitos humanos, a partir das contribuições de Sánchez Rubio, de Herrera Flores e de tantos outros autores importantes, aponta para a necessidade de reconhecimento do outro como pessoa humana, de tratar o outro com dignidade, o que demanda um contínuo exercício, individual e coletivo, de solidariedade e alteridade.

CONCLUSÃO

Os movimentos migratórios estão cada vez mais intensos, possuindo causas variadas e diferentes modos de configuração. Há cada vez mais pessoas deslocando-se forçadamente ao redor do mundo, vítimas de perseguição, desastres naturais, violência ou violação aos direitos humanos. Essas pessoas não vislumbram possibilidades para permanecer em seus países de origem, razão pela qual migram em busca da proteção da própria vida e de suas famílias.

No continente americano, há um forte fluxo de pessoas que se deslocam da América Central para os Estados Unidos da América. São, em sua maioria, migrantes oriundos dos países de Guatemala, El Salvador e Honduras, que compreendem o chamado Triângulo Norte da América Central, região que se encontra em uma profunda crise humanitária, devido às desigualdades sociais e alto índice de violência, que afetam também a vida de crianças.

A Organização Internacional do Trabalho, no relatório *“En la ruta de las ilusiones: adolescentes trabajadores migrantes de 14-17 años en los países del Triángulo Norte de Centroamérica – Caracterización y recomendaciones para la acción”*, apontou a apreensão de 69.000 crianças centro-americanas nas fronteiras entre o México e os Estados Unidos no período de 2012 a 2014. Essas crianças viajavam desacompanhadas e aspiravam a realização de um trabalho no país norte-americano.

O artigo permitiu concluir que o trabalho infantil está diretamente relacionado com as práticas migratórias, transitando entre suas causas e consequências. O fechamento das fronteiras e o acirramento das políticas de segurança implementadas pelos Estados Unidos não impedem o aumento do fluxo migratório na região. Ao contrário, aumenta-se a migração indocumentada, que coloca esses migrantes em situação de total vulnerabilidade.

Verificou-se, ainda, que a criança migrante trabalhadora vivencia uma situação de tripla vulnerabilidade: pela condição de criança, condição de migrante e condição de exploração no trabalho. As consequências do trabalho infantil são múltiplas e atingem o aspecto físico, psicológico, econômico, social e escolar da vida da criança, reforçando o ciclo intergeracional da pobreza.

Por fim, constatou-se que o direito positivo não se basta para conter as violações aos direitos humanos, uma vez que tanto as migrações quanto as explorações dessas crianças centro-americanas continuam aumentando. Assim, é preciso um novo olhar sobre os direitos humanos, razão pela qual se invoca a importância da perspectiva crítica.

A partir das contribuições de teóricos como Sánchez Rubio e Herrera Flores, constata-se a necessidade de se criar espaços de humanidade, de humanização e de luta pela dignidade humana. É preciso fomentar uma nova racionalidade, mais atenta às reais necessidades humanas e aberta à atuação dos movimentos sociais. Por isso a importância de uma perspectiva jurídica pluralista que permita o acesso aos meios e instrumentos indispensáveis à construção das condições materiais e imateriais necessárias à vida.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paulo Sérgio de. Migração e tráfico de pessoas. In: *Cadernos de debates refúgio, migrações e cidadania*, v. 7, n. 7. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012. p. 43-49.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *Facing Walls: USA and Mexico's violations of the rights of asylum-seekers*. London: Amnesty International, 2017. Disponível em: <<https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2017/06/USA-Mexico-Facing-Walls-REPORT-ENG.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2017.
- ANDRADE RUBIO, Karla Lorena; IZCARA PALACIOS, Simón Pedro (Coords.). *Migrantes, Transmigrantes, Deportados y Derechos Humanos: um enfoque binacional*. México: Fontamara, 2015.
- BARROS, Patrícia Ramos. A problemática dos deslocamentos humanos em tempo de epidemia: restrições à migração à luz dos direitos humanos. In: GALINDO, George R. B. (Org.). *Migrações, deslocamentos e direitos humanos*. 1. ed. Brasília: IBDC; Grupo de Pesquisa C&DI, 2015. p. 92-105.
- COLOMBO, Marcelo. A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Org.). *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 89-93.
- CUNHA, Filipe Brum. *Imigração aos Estados Unidos da América: análise histórica e tendências no início do século XXI*. 2012. Dissertação (Mestrado em Estudos Estratégicos Internacionais) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- CUSTÓDIO, André Viana. Trabalho infantil: instrumentos para superação de uma cultura social e econômica de exploração da criança. In: ANNONI, Danielle (Coord.). *Direitos humanos & poder econômico: conflitos e alianças*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 187-211.
- DOMINGUEZ-VILLEGAS, Rodrigo. *Strengthening Mexico's protection of central american unaccompanied minors in transit*. Washington: Migration Policy Institute, 2017.
- _____; RIETIG, Victoria. *Migrants deported from the United States and Mexico to the Northern Triangle: a statistical and socioeconomic profile*. Washington: Migration Policy Institute, 2015.
- _____. *Central American Migrants and "La Bestia": the route, dangers, and government responses*. Washington: Migration Policy Institute, 2014.
- FRANÇA, Julia Monteath de; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Os estudantes africanos no Brasil na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 2, p. 757-787, Rio de Janeiro, 2016.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- IOM – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World Migration*. 2017. Disponível em: <<https://www.iom.int/world-migration>>. Acesso em: 31 ago. 2017.
- IPPDH – INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR. *Derechos humanos de personas migrantes: manual regional*. Argentina: IPPDH/OIM, 2017.

_____. *Parecer consultivo 21*: a pedido do MERCOSUL, a Corte Interamericana determina o limiar de proteção às crianças migrantes. Artigo de divulgação. IPPDH, 2014. Disponível em: < <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/12/Nota-de-difus%C3%B3n-OC-21-Por-alta-1.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

LESSER, Gabriel; BATALOVA, Jeanne. *Central American Immigrants in the United States*. Washington: Migration Policy Institute, 2017.

LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia USP*, v. 26, n. 2, p. 136-144, São Paulo, 2015.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 138*. (1973). Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. *Convenção n. 182*. (1999) Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. *En la ruta de las ilusiones: adolescentes trabajadores migrantes de 14-17 años en los países del Triángulo Norte de Centroamérica – Caracterización y recomendaciones para la acción*. San José: OIT, 2016a. Disponível em: <http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_IPEC_PUB_29115/lang-es/index.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. *En la ruta de las ilusiones: adolescentes trabajadores en el contexto migratorio del Triángulo Norte de Centroamérica*. San José: OIT, 2016b. Disponível em: <<http://iniciativa2025alc.org/sites/default/files/ti-migracion-adolescentes14-17-resumen.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *244 million international migrants living abroad worldwide, new UN statistics reveal*. 2016. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2016/01/244-million-international-migrants-living-abroad-worldwide-new-un-statistics-reveal/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2017.

PÉREZ VICHICH, Nora. Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas e desafíos. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Org.). *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 107-126.

RAMÍREZ ROMERO, Silvia Jaquelina et al. *Mas allá de la frontera, la niñez migrante: son las niñas y niños de todos – estudio exploratorio sobre la protección de la niñez migrante repatriada en la frontera norte*. México: Caminos Posibles S. C., 2009.

RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos; FERREIRA, Luisa Teresa Hedler. Crianças migrantes desacompanhadas nas Américas: a base jurídica da Corte Interamericana e o estudo de caso do Brasil e dos EUA. In: GALINDO, George R. B. (Org.). *Migrações, deslocamentos e direitos humanos*. 1. ed. Brasília: IBDC; Grupo de Pesquisa C&DI, 2015. p. 106-122.

ROSSEL, Cecilia; NIEVES RICO, María; FILGUEIRA, Fernando. Primeira infância e infância. In: CECCHINI, Simone et al. *Instrumentos de protección social: caminos latinoamericanos hacia la universalización*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2015.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução Ivone Fernandes Morcillo Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Org.). *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 127-162.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA QUIROZ, Yolanda; CRUZ PIÑEIRO, Rodolfo. Niñez migrante retornada de Estados Unidos por Tijuana. Los riesgos de su movilidad. *Región y Sociedad*, Sonora, v. 25, n. 58, p. 29-56, set./dez. 2013.

SOBRINO, Marcelo da Silva. *Migrações e segurança: a fronteira Estados Unidos-México e a dinâmica da securitização da questão migratória*. 2016. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Global trends: forced displacement in 2016*. Geneva: UNHCR, 2017.

UNICEF – FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

UNODC – OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe: una evaluación de las amenazas*. Viena: UNODC, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Entre violentados e violentadores?* São Paulo: Cidade Nova, 1998.

WENDEN, Catherine Withol. As novas migrações: por que mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde elas estão indo? *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 13, n. 23, p. 17-28, jul. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado. Horizontes para se repensar os direitos humanos numa perspectiva libertadora. In: LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado (Org.). *Direitos humanos na América Latina*. Curitiba: Multideia, 2016. p. 39-64.

DIREITOS HUMANOS, COMUNIDADES TRADICIONAIS E BIODIVERSIDADE: DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

HUMAN RIGHTS, TRADITIONAL COMMUNITIES AND BIODIVERSITY: CHALLENGES FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Joseliza Alessandra Vanzela Turine

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Biotecnologia e Biodiversidade da
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS.
Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Maria Ligia Rodrigues Macedo

Pós-doutora junto a UNICAMP, ESALq e Universidad Complutense de Madrid.
Professora Titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS.

Submissão em: 04/12/2017

Aprovado em: 07/12/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5313>

Resumo: O uso dos recursos naturais como forma de promover o desenvolvimento sustentável enseja discussões em nível global e nacional. É atual a investigação de diretrizes para minimizar o antagonismo aparente entre o uso da biodiversidade para finalidades econômicas e o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste trabalho, é analisada a relevância da justa repartição de benefícios do proveito econômico da biodiversidade às comunidades que detenham o conhecimento tradicional associado à biodiversidade, para a justiça ambiental e a efetivação do direito humano ao desenvolvimento. Busca-se, por meio de uma pesquisa exploratória, descritiva, bibliográfica e documental, demonstrar a possibilidade de diálogo entre interesses econômicos, preservação do meio ambiente, desenvolvimento e justiça social, num processo de discussão acerca dos mecanismos para a concretização eficaz do marco legal da biodiversidade, com a participação do governo, da sociedade e das comunidades tradicionais.

Palavras-chave: Biodiversidade; Direitos Humanos; Repartição de benefícios; Desenvolvimento territorial; Justiça ambiental.

Abstract: *The use of natural resources as a way to promote sustainable development leads to discussions at global and national levels. The investigation of the directives to minimize the apparent antagonism between the use of biodiversity for economic purposes and the human right to an ecologically balanced environment is a current theme. In this work, the relevance of the fair distribution of the economic benefits derived from biodiversity to the communities that hold traditional knowledge associated to biodiversity is analyzed, so as to guarantee environmental justice and the realization of the human right to development. Through an exploratory, descriptive, bibliographic and documentary research, it is sought to demonstrate the possibility of a dialogue between economic interests, preservation of the environment, development and social justice, in a process of discussions concerning the mechanisms for the effective implementation of the legal framework of biodiversity, with the participation of the government, society and traditional communities.*

Keywords: *Biodiversity; Human Rights; Repartition of benefits; Territorial development; Environmental justice.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos Humanos, Ciência e Biodiversidade. 3. Comunidades Tradicionais e Desenvolvimento Sustentável. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea trafega em busca de um modelo de desenvolvimento em que se concretizem os direitos humanos, em que o homem possa ter garantia de vida digna, com saúde e meio ambiente equilibrados, e todos os direitos de cidadão plenamente garantidos, buscando alcançar um modelo de desenvolvimento sustentável, com a implementação de políticas públicas que confluem para a concretização de direitos.

No campo do acesso à biodiversidade, as discussões no campo global e nacional buscam alcançar a proteção dos recursos naturais e a justiça na remuneração dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, como forma de se garantir o desenvolvimento sustentável, nos pilares ambiental, social e econômico.

As inovações promovidas na biotecnologia e a revolução ecotecnológica trouxeram um novo paradigma à temática da utilização dos recursos naturais e do desenvolvimento, reclamando atenção dos setores da sociedade, na medida em que pode se concretizar em um mecanismo para promoção da justiça ambiental e da redução de desigualdades, aliando-se ao desenvolvimento sustentável e biodiversidade.

A possibilidade do uso econômico da biodiversidade vem sendo apontada em nível global. Especificamente, com relação a produtos e a processos biotecnológicos, estudos internacionais realizados pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) demonstram o impacto na economia global da biotecnologia, que, possivelmente, contribuirá para o desenvolvimento

e a produção de quase todos os produtos farmacêuticos em 2030. A contribuição dos fármacos não biotecnológicos para a economia mundial deverá decrescer e, provavelmente, atingirá 20% do total, enquanto os produtos biotecnológicos constituirão o restante dos 80% do mercado mundial (OCDE, 2009).

O Brasil é um dos países mais megadiversos e um dos principais negociadores internacionais no âmbito da CDB (FIORILLO; DIAFERIA, 2012). Abriga 12% da biodiversidade mundial, sendo o país com maior diversidade macro e microbiológica terrestre, existente em seus diversos biomas. Considerado o domínio da Floresta Amazônica, estima-se que na Amazônica brasileira encontra-se 16% das 500 mil espécies de plantas existentes nos ecossistemas terrestres. Menos de 10% foram estudadas quimicamente, e apenas um pequeno número teve suas propriedades biológicas caracterizadas. Metade dos 25 medicamentos mais vendidos no mundo tem origem em princípios ativos de plantas (LIMA, 1999; BONACELLI; SALLES-FILHO, 2000; ASSUMPÇÃO, 2001; BARBOSA, 2001).

A utilização de recursos da biodiversidade deverá ser estrategicamente dimensionada para um modo de utilização sustentável, ante o potencial de contribuir para inovação e geração de novos produtos que possam culminar na distribuição da riqueza obtida nesse processo. A biodiversidade brasileira pode ser utilizada como recurso para redução de desigualdades em um contexto atual de difusão da biotecnologia. Diante disso, torna-se relevante regulamentar o acesso aos recursos naturais, às permissões e aos limites adequados para uso e à forma de manejo que permite a justa repartição de benefícios. Com isso, é possível realizar a justiça ambiental, que até então não norteou o desenvolvimento econômico e o separou do desenvolvimento social das comunidades que detêm o conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

A Convenção de Diversidade Biológica define biodiversidade como variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo ecossistemas diversos, como o terrestre, o marinho, o aquático e os complexos ecológicos de que fazem parte. A biodiversidade, com seu patrimônio genético, constitui um potencial de medicamentos e de matrizes alimentares, capaz de prover a espécie humana de vestuário, habitação, mobiliário, cosméticos e outros recursos para tantas necessidades diferentes (MILARÉ, 2015).

A utilização dos recursos do meio ambiente deve ser permitida ao homem dentro de certos limites, em prol do homem e com responsabilidade ambiental. Considerando que da biodiversidade pode advir recursos que concretizem os direitos fundamentais, a comunidade tem o direito de exigir do Estado uma ambientação jurídica para a plena efetividade de seus direitos, seja no campo da pesquisa, no campo da utilização e até no campo da universalização do acesso

aos produtos oriundos da biodiversidade, cumprindo ao Estado uma obrigação positiva (BOBBIO, 2004).

O marco legal da biodiversidade contou em sua elaboração com a participação de diversos atores: governo, sociedade, cientistas e representantes de comunidades tradicionais. Configurou-se um importante passo para o progresso científico e social nacional baseado nos recursos naturais nacionais. Para as comunidades tradicionais, buscou-se obter a justa repartição de benefícios de seu patrimônio maior, o conhecimento associado aos recursos da biodiversidade. Mas a dificuldade de identificação da origem desse conhecimento poderá configurar-se em um limitador ao critério de justiça ambiental estipulado na Lei n. 13.123/2015. Espera-se que a maturidade do tema possa superar tal obstáculo, traduzindo-se, assim, às comunidades tradicionais o direito ao desenvolvimento.

Se é certa a necessidade de formar um ambiente jurídico adequado para uso da diversidade biológica, afigura-se como imprescindível que os direitos fundamentais sejam observados de forma plena nesse percurso. Neste artigo pretende-se estabelecer a relação entre o uso da biodiversidade e a preservação de direitos humanos e fundamentais por intermédio do desenvolvimento territorial local amparado na justa remuneração dos conhecimentos tradicionais associados, num contexto de efetivação da justiça ambiental, garantindo-se a eficácia plena dos direitos fundamentais, que têm a natureza de princípios e mandamentos de otimização (ALEXY, 2014).

Com relação ao procedimento metodológico, será realizada uma pesquisa exploratória e descritiva, na qual serão apresentadas questões jurídicas que demonstram a essencialidade da eficácia da repartição de benefícios do conhecimento tradicional da biodiversidade para concretizar os direitos fundamentais das comunidades tradicionais. Também será realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, a partir de material coletado essencialmente em livros, artigos científicos, dissertações, teses de doutorado, revistas científicas e legislações.

Este trabalho faz reflexões científicas que contribuem para a Agenda Universal 2030 da ONU em relação aos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que destaca, no Objetivo 15, as metas para fomentar iniciativas de educação ambiental associada à valoração da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos com vistas à sua conservação; assegurar a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização de recursos genéticos, respeitados o patrimônio e o conhecimento dos povos indígenas e comunidades tradicionais; e desenvolver incentivos positivos para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade pelo setor produtivo, bem como estimular o setor produtivo a considerar o valor da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos na prática e na contabilidade empresariais.

2 DIREITOS HUMANOS, BIODIVERSIDADE E CIÊNCIA

Com o aumento da população humana, elevou-se a disposição dos recursos naturais, passando o homem a adotar um modo de vida impactante ao meio ambiente. Espécies foram domesticadas e populações nômades deslocavam seres vivos, alterando as condições naturais da biodiversidade. Ao se fixarem em um território, populações modernizaram as técnicas da agricultura, provocando modificações no solo e cursos de água. As atividades desenvolvimentistas mostraram-se mais interferentes no meio natural com a Revolução Industrial, ante a irrelevância que detinham as questões ambientais frente aos paradigmas científico e de desenvolvimento admitidos naquele momento histórico.

As discussões sobre as demandas ambientais entraram em pauta somente na segunda metade do século XX, como decorrência do processo de reconhecimento dos direitos humanos, da necessidade do ambiente preservado para a vida e da finitude dos recursos naturais. A preservação ambiental é intimamente ligada aos direitos do homem, que passaram a ser fortalecidos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

O processo de implantação de tais direitos ocorreu de modo dinâmico, já que os direitos humanos não nasceram todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004), e foram se construindo e reconstruindo de forma constante (ARENDE, 2012). Esses direitos já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público, estando inscritos em tratados ou costumes internacionais e constituem, desde a Segunda Guerra mundial, um dos temas mais importantes do Direito Internacional contemporâneo.

Os direitos humanos são classificados em dimensões ou gerações (SARLET, 2012; BONAVIDES, 2015; PIOVESAN, 2015; SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010). Os de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos; os de segunda geração aos direitos relacionados ao Estado social, os direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos (de igualdade); os de terceira geração os relacionados à fraternidade, como direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento; e os de quarta geração os direitos humanos que resultem do processo de globalização em seu processo de estreitamento das relações internacionais, principalmente em relação ao incremento do comércio internacional e da velocidade da comunicação.

A proteção internacional dos direitos humanos, no período pós-guerra, dá ênfase na universalização, com integração por tratados internacionais que refletem nova consciência ética e axiológica sobre temas centrais de direitos humanos. Em paralelo, surgem sistemas globais e regionalizados para proteção dos direitos humanos, estes considerando determinadas áreas geográficas. Conteú-

dos protetivos mínimos passam a ser coativamente observados pelo Estado que pretende reconhecimento de legitimidade.

Essa visão sobre os direitos do homem como integrais, interdependentes e indivisíveis, universalizados e internacionalizados, reflete-se em todos os direitos civis e sociais, caracterizando-se o século XX por um período de conquista e concretização de direitos, que tem sequência no século atual. O desenvolvimento deverá considerar que os direitos sociais são direitos fundamentais, com previsão constitucional, garantidos e limitados no espaço e tempo, devendo ser implementados, promovidos e protegidos.

No texto constitucional brasileiro são expressados tais direitos ante o compromisso assumido com a prevalência dos direitos humanos. Essas normas constitucionais estão em constante processo de busca de efetivação e, uma vez incorporadas no texto, passam a ser intituladas direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais são normas constitucionais com eficácia plena e aplicabilidade imediata e a elas todos devem observância, seja o Poder Público, seja a sociedade, como garantia de validade de tais normas, que condicionam a proteção dos direitos individuais e a própria existência da Constituição (FERREIRA FILHO, 2007).

A efetivação dos direitos fundamentais pode ser exigida no caso de descumprimento. As normas constitucionais definem direitos, como as que consagram direitos fundamentais, hipótese em que o descumprimento das prestações positivas ou negativas gera ao titular do direito a possibilidade de postular, via ação judicial, o cumprimento do direito violado (BARROSO, 2013).

O direito constitucional contemporâneo vem trazendo um grande avanço na efetividade dos direitos fundamentais implícitos e explícitos na Constituição Federal. Os tratados internacionais de proteção à pessoa humana têm uma grande contribuição nessa mudança de paradigma.

As normas constantes de tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte têm aplicabilidade imediata e se acrescem às normas constitucionais, por previsão expressa no art. 5º, da Constituição Federal, e por força de ter a Carta de 1988, num processo inicial de redemocratização do país, erigido como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art 4º, II), iniciando a abertura do sistema jurídico nacional para o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, institui a Carta de 1988 princípios jurídicos ao sistema jurídico brasileiro que devem ser levados em conta na interpretação, por servirem como suporte axiológico (MAZZUOLI, 2013).

O direito ao desenvolvimento, não obstante colocado como direito de terceira geração, relaciona-se com os direitos econômicos, sociais e culturais, contemplando três dimensões centrais: justiça social, com igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, como saúde, alimentação, trabalho, moradia e distribuição de renda; participação, como componente democrático; e políticas nacionais e cooperação internacional (PIOVESAN, 2010). Todos devem participar dos benefícios do desenvolvimento, para que ele alcance real concretude.

Nessa ótica, o desenvolvimento deve estar em consonância com os direitos fundamentais e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de garantir o desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades sociais e construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, consoante disposto na Constituição Federal.

Os recursos da biodiversidade podem atuar como coadjuvante nesse processo desenvolvimentista, com legislação adequada que permita a justa repartição de benefícios. Pode-se afirmar ser possível e necessária a utilização de produtos da biodiversidade pelo ser humano, realizada com fundamento na preservação dos direitos fundamentais e objetivos fundamentais prescritos na Constituição, para todas as finalidades que possibilitem sua utilidade para melhor condição da vida humana.

O meio ambiente passou a ser considerado como condição inafastável para o desenvolvimento saudável da vida humana e a saúde ambiental essencial para a saúde humana. Porém, o estudo do ambiente está dentro de um contexto complexo em que a questão ambiental é parcial, setorial, não podendo ser abarcada em todas as suas dimensões de forma satisfatória, em que estão presentes interesses diversos, dos seres humanos, cidadãos, homens da ciência e de fé, restando mescladas as questões de direito e de ética ambientais. A evolução não é previsível, inexistindo dados seguros sobre qual caminho deve ser seguido, num paradoxo entre desenvolvimento atual e preservação das gerações não nascidas, em que a solução é estarem lado a lado economia e ecologia. Ao direito do ambiente cumprirá a função de ser o ordenador das relações da sociedade humana e das leis naturais (MILARÉ, 2015).

Nesse contexto, torna-se imprescindível pensar no conhecimento científico como necessário para promover a sustentabilidade e como meio para a preservação da biodiversidade e para o desenvolvimento de comunidades que tradicionalmente tenham como parte de sua vida esse ambiente natural. Novas tecnologias de caráter sustentável têm aptidão para representar uma alternativa para a manutenção dos recursos naturais e para a igualitária repartição dos proveitos de sua utilização, causando impacto positivo no desenvolvimento local de comunidades tradicionais, com respeito à diversidade e à resiliência dos domínios.

A própria forma de se ver e pensar a ciência e suas consequências evolui. Gusdorf (1982) faz uma síntese da revolução científica anterior à época de Galileu, em que o mundo dos valores, formado por mitos, tradições e crenças religiosas que formavam a moral humana era idêntico ao da realidade, para o da ciência moderna, que traz como independentes e conflitantes a realidade e os valores, já que, para o estudo do cientista, a ciência é indiferente ao bem e ao mal e as respostas encontradas ocupam um espaço infinito.

Segundo Hironaka (2009), a ciência faz com que exista a ideia de superioridade, em que o saber científico é o único capaz de solucionar todos os problemas humanos. A ciência, estando com a técnica e com toda a aptidão para produzir as inovações necessárias à vida do ser humano, é detentora da certeza de que poderá resolver todas as dificuldades técnicas ligadas à vida humana. Os cientistas, nesse momento, podem não absorver barreiras ou limites, sejam éticas, morais, religiosas, físicas ou naturais.

A produção científica, como uma realização humana e com sua propensão para atuar com caráter duplice frente à biodiversidade, traz a imprescindibilidade da intervenção do direito. O contexto multifacetado da apropriação dos recursos naturais pelo homem traz como uma de suas consequências essenciais a realização da justiça na repartição dos prejuízos e dos benefícios que são causados ao ambiente ou dele advém. A argumentação sobre a forma como deverá se dar essa divisão do produto das pesquisas científicas passa, necessariamente, pela regulação, eis que normas jurídicas deverão dispor sobre os direitos e obrigações de cada um dos atores, buscando-se a realização da sustentabilidade, com fundamento na Constituição.

Nesse processo de interpretação das normas constitucionais, a participação de diversos setores representativos da sociedade tem sido observada na elaboração das normas legais e infralegais, no contexto de sociedade aberta (HÄBERLE, 2002), construindo-se uma forma democrática de utilização de um bem que a todos pertence, desde a forma de acesso à biodiversidade pela ciência, até o reconhecimento do direito à repartição dos benefícios do uso da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais desta. Nessa proposta, as comunidades tradicionais e a ciência podem se valer da biodiversidade para gerar benefícios à sociedade, fortalecendo-se o objetivo do desenvolvimento sustentável.

A relação entre direito ambiental e a ciência é indissociável. O direito ao meio ambiente é um direito fundamental do ser humano, sendo dever do Estado e dos indivíduos garantir que toda atividade científica se desenvolva de modo a realizar a utilização sustentável dos recursos naturais em prol do desenvolvimento humano. A regulação deve ser apta a promover o desenvolvimento da

ciência e da sociedade, com ações fortalecedoras de inclusão, gerando riqueza e garantindo desenvolvimento do país e da comunidade que detenha o conhecimento associado à biodiversidade.

A ideia da equidade, com sua potencialidade de evitar desvirtuamentos das análises, levando em consideração o interesse dos que estarão envolvidos, minimizando a interferência de benefícios próprios, preconceitos ou prioridades pessoais, num ambiente de imparcialidade (SEN, 2009), é apta a direcionar a correta disciplina da utilização dos recursos naturais, diante de uma construção num ambiente democrático e participativo que garanta acordos justos quanto à utilização desse bem fundamental e que possam ser aceitos pelas pessoas envolvidas no processo, sendo relevante, nesse aspecto, a participação global dos envolvidos.

A economia da natureza é a economia primária e consiste na produção de bens e serviços utilizando-se os recursos naturais, riqueza que deve ser considerada para o bem comum, não se sujeitando à exploração descontrolada ou que não apresente retorno ao indivíduo local, devendo-se buscar a justiça, a liberdade humana, a dignidade e a sobrevivência ecológica. Uma política democrática do planeta Terra é um modo de atingir a paz, justiça e sustentabilidade, com a conexão entre o particular e o universal, entre o diverso e o comum, e entre o local e o global (SHIVA, 2016).

Diversidade é termo usado como sinônimo de riqueza de espécies, que o homem deverá fazer uso e preservar para presentes e futuras gerações. E saber a diversidade de espécies numa determinada área é fundamental para a compreensão da natureza e, por extensão, para otimizar o gerenciamento da área em relação a atividades de exploração de baixo impacto, conservação de recursos naturais ou recuperação de ecossistemas degradados (MELO, 2008).

O reconhecimento da importância de se conhecer a diversidade tem estimulado a criação nos últimos anos de diversos tipos de inventários, tanto para conservação quanto para avaliação ambiental, com intensa produção científica. Nesse processo, uma grande fonte de informação será o integrante da comunidade tradicional que conhece a biodiversidade local. Dentro de um contexto normativo de justa repartição de benefícios, a justiça social ambiental poderá ser realizada, com desenvolvimento das comunidades envolvidas.

A produção científica deve estar atrelada a estes parâmetros, eis que a ciência se justifica para o incremento de boas práticas para a vida humana, e como tal deve levar em conta a dignidade humana e a continuidade da biodiversidade como condição de sobrevivência das espécies, mas, em uma avaliação final, de sobrevivência da própria espécie humana. As condutas científicas éticas devem

se atrelar ao desenvolvimento humano, econômico, social e ambiental, com respeito ao mote de desenvolvimento das comunidades locais.

Nesse cenário, surge uma preocupação global com o uso dos recursos naturais, ensejando discussões com objetivo específico de refletir sobre o uso da diversidade biológica, o desenvolvimento sustentável, a biossegurança, o papel das comunidades tradicionais que detenham o conhecimento associado da biodiversidade. Tais discussões são travadas, também, no âmbito do Direito Internacional Ambiental, cujos desdobramentos têm influências diretas e indiretas para o Direito Ambiental interno.

Dentro dessa visão de busca da sustentabilidade que vem sendo formada, nos planos nacional e internacional, fundada na consciência da possibilidade do esgotamento dos recursos naturais e do direito do ser humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para uso pelas gerações atuais e futuras, a questão da justiça ambiental mostra-se relevante. O uso dos recursos naturais merece distribuição de forma igualitária ao homem em relação aos ganhos e perdas ambientais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações, passou a ser reconhecido como um direito do homem, frente ao reconhecimento de uma realidade em que os recursos naturais se esgotariam caso o desenvolvimento continuasse na mesma escalada. E o problema se agravaria caso os países em desenvolvimento utilizassem os recursos naturais com a mesma voracidade que os países já desenvolvidos tinham deles se utilizado no caminho do “desenvolvimento”. Surgia daí a necessidade de que todo desenvolvimento, a partir de então, fosse realizado de forma sustentável por ser o meio ambiente direito do homem, que dele pode se utilizar, e dever do homem, que tem a obrigação de cuidar dos recursos naturais.

Esse direcionamento foi tomado pelo direito ambiental nacional. O status de direito fundamental ao direito ao meio ambiente decorre do Princípio 1 da Declaração de Estocolmo de 1972, quando se reconheceu que o homem tem o direito fundamental ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente que lhe permita levar uma vida digna, gozando de bem-estar, devendo proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (MAZZUOLLI, 2013).

O conceito de meio ambiente vem da Lei nº 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, definindo, em seu artigo 3º, I, meio ambiente 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”, considerando o meio ambiente como patrimônio público de uso coletivo (art. 2º, I).

A preocupação legal já incluiu a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, proteção à dignidade da vida humana, como condições para o desenvolvimento sócio-econômico do país (art. 2º, caput). O reconhecimento de que o meio ambiente tem utilização econômica já se mostrou desde a edição da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981, sob a égide da Constituição de 1967, e da EC nº 1 de 1969.

Como parte da agenda mundial, a questão da exploração econômica da biodiversidade e os regramentos nacionais não podem se divorciar de tal realidade. As necessidades ambientais e econômicas estão interligadas. O direito econômico e o direito ambiental detêm as preocupações com a busca da melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo, distinguindo-se na perspectiva de abordagem legislativa. O direito econômico busca atender aos preceitos da ordem econômica constitucional e o direito ambiental se traduz na proteção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado disponível a toda a coletividade. Como relata Derani (2008, p. 58):

A despeito da existência de dois fundamentos orientando a formação do direito econômico e direito ambiental, ambos almejam, em suma, atender àquele conjunto de atividades e estados humanos substantivados na expressão qualidade de vida. Tal expressão traz o condão de traduzir todo o necessário aparato interno e externo ao homem, dando-lhe condições de desenvolver suas potencialidades como indivíduo e como parte fundamental de uma sociedade.

Nesse contexto de desenvolvimento sustentável, o meio ambiente passa a ser considerado como condição inafastável para o desenvolvimento saudável da vida humana e a saúde ambiental essencial para a saúde humana (MILARÉ, 2015).

Essa visão conduz à possibilidade de utilização sustentável da biodiversidade, num norte em que as inovações científicas produzidas pelo homem devam atuar simultaneamente em favor do próprio homem e com a responsabilidade que detêm de preservar o meio ambiente para presentes e futuras gerações. Torna-se imprescindível pensar no conhecimento científico como meio para a preservação da biodiversidade e para a utilização do conhecimento de comunidades que tradicionalmente tenham como parte de sua vida esse ambiente e dele possam extrair a retribuição em seu desenvolvimento pela utilização de seus conhecimentos.

Novas tecnologias têm aptidão para representar uma alternativa para a manutenção dos recursos naturais e para a igualitária repartição dos proveitos de sua utilização, causando impacto positivo no desenvolvimento local de comu-

nidades tradicionais, com respeito às diferenças. Nesse universo, a forma de se pensar a ciência deve ser em prol do ser humano coletivo, com benefícios estendidos a todos os atores, e justiça na utilização dos recursos ambientais, regulamentando-se os efeitos das inovações na vida humana.

O direito, como ciência social, deve considerar o que já existiu, o que existe e o que existirá, de modo a constituir um sistema de previsões prováveis e seguras, que se possam reproduzir e interferir no campo fenomênico. Os fenômenos humanos devem ser compreendidos e valorados em seu sentido, acrescentando-se à explicação o ato de compreender (FERRAZ JÚNIOR, 2014).

O avanço científico com uso da biodiversidade se insere nesse contexto de necessidade de regulação. É questão que demanda discussões nos cenários internacional e nacional. Quando se fala em uso da diversidade biológica há que se lembrar que as novas tecnologias irão trazer conhecimento para proteção e utilização do meio ambiente, bem de todos e que deve ser preservado para presentes e futuras gerações. Daí a necessidade de se interpretar, segundo as regras jurídicas, quais devem ser os parâmetros de tal utilização, que somente poderá ser feita em prol do ser humano, mas tendo o próprio homem a responsabilidade de manutenção do meio ambiente equilibrado e de observar a justiça na repartição dos benefícios, com equilíbrio e proporcionalidade dos valores envolvidos.

3 COMUNIDADES TRADICIONAIS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A preservação da biodiversidade e a repartição de benefícios oriundos do conhecimento tradicional associado da biodiversidade é mecanismo essencial para promover o desenvolvimento do território em que se localize o recurso natural a ser utilizado. O conceito de desenvolvimento local reporta-se às oportunidades sociais e à viabilidade e competitividade da economia local em prol das comunidades tradicionais, ao pleno exercício da cidadania, e aos aspectos relacionados à manutenção do equilíbrio dinâmico dos ecossistemas.

As sociedades locais devem ser priorizadas para que não se vejam usurpadas de seu conhecimento e do meio ambiente que as cerca, por vezes o único produto de conteúdo econômico apto a garantir seu progresso ou a própria subsistência. A normatização, em nível nacional, da utilização da biodiversidade pela ciência deve considerar que o produto dela oriundo, que seja a pedra fundamental da produção científica, uma vez comercializado, atenda aos interesses da comunidade interna. Os pilares econômico e social guardam importância equivalente, de forma que as empresas com atuação em área ligada à exploração de recursos da biodiversidade detêm responsabilidade ambiental e social.

As novas tecnologias influenciam os processos produtivos, os modos de regulação dos processos socioeconômicos e a organização do trabalho, trazendo a necessidade de repensar o espaço como suporte geográfico, por ser necessária a introdução de inovações no tecido produtivo com nova forma de ação das administrações públicas, para beneficiar o fomento produtivo e a negociação estratégica entre atores em busca do desenvolvimento econômico e social em nível territorial. Pode-se pensar o território em termos de espaços organizados com seus ativos e recursos, suas capacidades para materializar inovações, com sinergias positivas entre a comunidade e os responsáveis pela atividade produtiva (PIRES; MÜLLER; VERDI, 2006).

As comunidades tradicionais ocupam territórios com recursos naturais e detêm conhecimentos associados à biodiversidade com grande aptidão para se transformarem em produtos, processos e inovações tecnológicas. Esse conhecimento é um patrimônio da comunidade para trazer benefícios diretos ao seu desenvolvimento, sujeito à justa remuneração, mediante repartição de benefícios. Para tanto, há que se identificar a origem de tais conhecimentos e, assim, realizar a justiça ambiental e social, devolvendo a comunidade a retribuição do seu saber, trazendo também a essa comunidade local os benefícios que outras sociedades, por vezes distantes, obterão em razão de seus conhecimentos.

Se o desenvolvimento só tem razão de ser quando traz benefícios ao homem, por certo todas as situações que envolvem o ser humano, como o meio ambiente de que faz parte (natural e artificial), suas aptidões e necessidades como capacidade para o trabalho, saúde, alimentação, educação, não de ser consideradas, inclusive em termos locais. Nenhum desenvolvimento é sustentável se não garantir a segurança alimentar de todos os habitantes do território em que ocorre (MANCINI, 2004). A consideração das situações locais pode fornecer subsídios para que o homem retire de sua vivência essa segurança.

A CDB, regulamentada pelo Decreto nº 2/1994 e internalizada pelo Decreto Executivo nº 2.519/1998, reconheceu essa peculiaridade ao disciplinar o direito à repartição dos benefícios pelas comunidades tradicionais, situação que vai ao encontro da preservação ambiental e da possibilidade do desenvolvimento territorial local, ao trazer frutos aos que contribuem com seu conhecimento, inteligência cognitiva local, considerada como maior riqueza.

Como instrumentos para inserção produtiva e atenuação das desigualdades sociais, são utilizadas a mobilização dos atores locais e a formação de redes entre os organismos e instituições locais e uma maior cooperação entre empresas situadas em um mesmo território (ALBAGLI; MACIEL, 2004).

Apesar de a atuação em redes ser uma realidade no mundo globalizado, verifica-se que a figura do indivíduo aparece cada vez com mais força, ressaltando

a importância do âmbito local. As respostas mais efetivas são aquelas dadas pelas pessoas que conhecem a cultura do local, conhecimento que tem valor inestimável e que é inegável no contexto do uso da biodiversidade. Esse conhecimento é apto a gerar inovação e benefícios e, num sistema produtivo, deve interagir com empreendimentos, governo e instituições de apoio para que possa trazer benefícios, tanto locais como geograficamente distantes.

A inovação é vista como um processo do desenvolvimento, que necessita conhecimento. Desenvolvimento volta para sua origem etimológica: sair do envolvimento. Não é um fim, mas uma busca de bem estar. É um processo complexo e que deve despertar interesse, para que um território possa saber conhecer a realidade externa, adaptar sua realidade àquela e promover transformação, denominando-se, então, território inteligente.

Atualmente, quando se fala em utilização da biodiversidade, esse conhecimento apresenta peculiar relevância, em um contexto de finalidades e limitações de uso possíveis para se manter o meio ambiente para presentes e futuras gerações. Nesse ponto, é importante que se discuta a repartição de benefícios e como seus efeitos podem impactar o desenvolvimento local, num sistema de redes que considere o indivíduo local com preponderância, em razão de seu conhecimento que deve ser valorizado e individualizado, pois somente assim poderá ter justa retribuição.

Milton Santos (2005, p. 255-256), ao explicitar a necessidade de se olhar para o território, em lições absolutamente compatíveis com a prescrição da repartição de benefícios, escreve:

Mais uma vez, devemos insistir na relevância, hoje, do papel da ciência, da tecnologia e da informação. Tratando de território, não basta falar de mundialização ou globalização, se desejamos aprofundar o processo de conhecimento desse aspecto da realidade total. O território são formas, mas o território usado são objetos e ações, sinônimo de espaço humano, espaço habitado. [...] Devemos ter isso em mente, ao pensar na construção de novas horizontalidades que permitirão, a partir da base da sociedade territorial, encontrar um caminho que nos libere da maldição da globalização perversa que estamos vivendo e nos aproxime da possibilidade de construir uma outra globalização, capaz de restaurar o homem na sua dignidade.

As comunidades tradicionais devem deter autonomia local, como fator que irá permitir o desenvolvimento nessa escala de território, diminuindo a distância entre governo e atores locais, o que agilizará e flexibilizará as decisões referentes às políticas públicas, que poderão ser, também, melhor controladas. O desenvolvimento territorial local acaba por resultar em solução para altas taxas de desem-

prego e redução de desigualdades, o que deve ser um dos objetivos econômicos do Estado. Ao ser transportado para o direito, o desenvolvimento local acaba sendo um meio de garantia dos direitos fundamentais e, trazida para o contexto ambiental, traz a urgência de se garantir a justa retribuição dos conhecimentos das comunidades tradicionais como forma de propiciar o desenvolvimento humano e social.

Essa situação foi reconhecida no contexto do Direito Ambiental Internacional firmando-se a necessidade de interações sociais como estratégia para o desenvolvimento de comunidades tradicionais, em nível local, como contraponto à globalização, em consonância com o avanço da ideia do desenvolvimento local que, a partir das décadas de 80 e 90, começou a gradualmente tomar o lugar do antigo “desenvolvimento regional” (LEVY; JOYAL, 2011). A autonomia das coletividades passou a se transformar em objetivo da maioria dos países, associando-se a ela uma cultura empreendedora e inovadora.

O desenvolvimento territorial local é uma alternativa para um desempenho ambiental sustentável. Sob o ponto de vista ambiental, as soluções nacionais passaram a ocorrer por meio de redes de cooperação política, nos campos nacional e internacional. A evolução do conceito de desenvolvimento local estabelece consonância com a repartição de benefícios, prevista na CDB e representada no direito nacional pela Lei nº 13.123/2015, tornando possível que se estabeleça um verdadeiro sistema produtivo que traga desenvolvimento a todos os atores, com interligação e interdependência que capte toda a unidade da rede a ser estabelecida.

Diante da competitividade globalizada atual em rede e das grandes ameaças dadas pelas questões ambientais, os sistemas produtivos das empresas ficaram altamente dependentes do conhecimento e das inovações e já não conseguem mais depender somente de esforços individuais e das lógicas tradicionais de desempenho. Se esse conhecimento advier de uma comunidade tradicional, ele deverá ser adequadamente remunerado, para se concretizar a justiça social. E essa retribuição aos conhecimentos tradicionais dos recursos naturais, já prevista na CDB, deve ser corretamente tratada na legislação nacional, em nível legal e regulamentar, para que possa ser tida como justa.

Busca-se nas convenções internacionais, direito nacional e doutrina de direito ambiental definir desenvolvimento sustentável, chegando-se a propor o abandono dessa expressão por força de ambiguidade e susceptibilidade que não permitem operatividade no direito ambiental contemporâneo (LEITE; CAETANO, 2010). O desenvolvimento pode trazer características de insustentabilidade, mas considerando-se sua essencialidade para a vida humana, deve se submeter aos direcionamentos necessários para que a sustentabilidade se opere, garantindo-se integralmente a preservação dos direitos humanos.

Os direitos do homem devem estar no centro das preocupações com o desenvolvimento, como já foi proclamado no Princípio 1 da Declaração final da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992.

O marco legal do uso da biodiversidade deveria garantir de modo simultâneo a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico e social, com o qual se relaciona o conhecimento associado da biodiversidade por comunidades tradicionais e a repartição de benefícios decorrentes da utilização desse conhecimento. A justa repartição dos benefícios como condição para o desenvolvimento local das comunidades que detenham os conhecimentos tradicionais para o acesso à diversidade biológica insere-se no contexto dos direitos do homem e deve, assim, ser priorizada.

No momento atual a preponderância de interesses meramente econômicos não mais pode ser admitida diante da necessidade de desenvolvimento sustentável. Temas como economia, desenvolvimento, direitos humanos, preservação ambiental, uso do meio ambiente, valorização dos conhecimentos tradicionais da biodiversidade não de ser conjugados.

A evolução dos direitos humanos ocorrida principalmente após a Segunda Guerra mundial trouxe uma nova visão do homem e dos seus direitos. Os Estados devem buscar mecanismos para promoção do desenvolvimento visando a redução das desigualdades sociais, e tais mecanismos devem constar de regulação. A utilização dos recursos da biodiversidade com controle e participação das comunidades tradicionais representa uma importante formatação desse desenvolvimento, com a correta retribuição econômica em razão desse conhecimento tradicional associado.

O desenvolvimento territorial das comunidades tradicionais deve ser importante fator de redução de desigualdades sociais e de impactos no ambiente, concretizando os direitos humanos ao desenvolvimento e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado para presentes e futuras gerações, necessitando contar com um marco legal de uso da biodiversidade que individualize a origem de conhecimentos tradicionais, propiciando justa retribuição.

CONCLUSÃO

Com a mudança da consciência ambiental quanto aos limites do uso e finalidade dos recursos naturais, iniciou-se a discussão global da temática ambiental, a contar da década de 60, vindo o conceito de sustentabilidade a alcançar maior amplitude na Rio-92, com o paradigma de desenvolvimento sustentável e Agen-

da Universal da ONU, que definiu, em 2015, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) a serem implementados por todos os países do mundo durante os próximos 15 anos, até 2030.

A questão sobre o uso e limites ao uso dos recursos naturais e biodiversidade é relevante como forma de concretizar o direito humano ao desenvolvimento, utilizando o meio ambiente em favor do ser humano e promovendo o desenvolvimento das comunidades tradicionais.

Este modelo de utilização do meio ambiente de modo sustentável tem a aptidão de concretizar a justiça ambiental, buscando a redução das desigualdades, e também de realizar o direito das comunidades que detêm o conhecimento tradicional associado à biodiversidade. A interferência no meio ambiente pelo homem é justificável em benefício de um bem maior, efetivando um direito humano, com sopesamento de direitos fundamentais. O objeto da discussão deve ser o equilíbrio e a avaliação dos valores envolvidos (SILVA, 2011).

A promoção da sustentabilidade pode partir do estímulo do uso de recursos naturais como forma de implementar o desenvolvimento das comunidades tradicionais que detenham o conhecimento associado da biodiversidade e dele retirem sua manutenção. Com suporte em justa remuneração a esse patrimônio, pode ser realizada a justiça ambiental, a diminuição das desigualdades e a estabilização econômica dessas comunidades, garantindo-se a sustentabilidade ambiental, social e econômica. Tais comunidades atuam com responsabilidade ambiental, minimizando os danos nos ambientes que ocupam, respeitando a resiliência ambiental, em detrimento a seu próprio desenvolvimento.

Defende-se neste trabalho que qualquer modelo utilizado deve incluir, como ponto primordial, as condições humanas, sociais e ambientais. À ciência é dado um papel sobremaneira importante, eis que detém competências para promover a verdadeira prosperidade da raça humana e, em nível local, especificamente com os produtos da biodiversidade. Pesquisas científicas trarão um conhecimento da biodiversidade para incrementar o desenvolvimento das comunidades tradicionais.

Neste processo estratégico de discussão da forma de utilização dos recursos naturais, há que se buscar uma regulação que minimize os efeitos do modelo de atuação globalizada das grandes corporações, que por sua atuação ampla e capacidade migratória, podem não guardar responsabilidade sustentável com o território de sua atividade. Se a globalização pode causar a divisão ou a união (BAUMAN, 2012), na regulação de atividades de acesso aos recursos naturais pode-se buscar o caminho que compatibilize as necessidades econômicas com as possibilidades que a ciência aponta ao desenvolvimento das comunidades tradicionais.

Os esforços participativos dos setores envolvidos podem estampar uma política pública que viabilize o conceito de desenvolvimento sustentável, permitindo e promovendo a utilização sustentável dos recursos do meio ambiente, o desenvolvimento de inovações que ampliem as competências das comunidades tradicionais que detenham o conhecimento tradicional associado da biodiversidade, trazendo-lhes prosperidade. Para tanto, devem ser preenchidas as lacunas da Lei n. 13.123/2015, para melhor se identificar a origem dos conhecimentos tradicionais, estabelecendo a justa repartição de benefícios.

REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lucia. Informação e conhecimento na inovação e no desenvolvimento local. *Ci. Inf.* Brasília, v. 33, n. 3, p. 9-16, set./dez. 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ASSUMPCÃO, Eduardo. *Notas sobre patentes e biotecnologia*. Centro de Documentação e Informação Tecnológica – CEDIN. Rio de Janeiro: Instituto Nacional da Propriedade Industrial (w.inpi.gov.br), p. 1-30, 2001.

BARBOSA, Francisco Benedito da Costa. A biotecnologia e a conservação da biodiversidade Amazônica, sua inserção na política ambiental. *Cadernos de Ciência & Tecnologia*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 69-94, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONACELLI, Maria Beatriz Machado; SALLES FILHO, Sergio Luiz Monteiro. Estratégias de inovação no desenvolvimento da moderna biotecnologia. *Biotecnologia em Discussão - Cadernos Adenauer*, n. 8, p. 19-47, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. *Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 16 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, D.O.U. 191-A, p.1, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

CDB – CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA. *Tratado da Organização das Nações Unidas. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*

(CNUMAD), Rio de Janeiro, 05 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>>.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade, patrimônio genético e biotecnologia no direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSDORF, Georges. *A agonia da nossa civilização*. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1982.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: Revolução Biotecnológica, Perplexidade Humana e Prospectiva Jurídica Inquietante. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 9, nº 898, 13 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/51-artigos-jul-2009/5850-bioetica-e-biodireito-revolucao-biotecnologica-perplexidade-humana-e-prospectiva-juridica-inquietante>.

LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. As facetas do significado de desenvolvimento sustentável - uma análise através do estado de direito ambiental. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P. (Coord.). *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, p. 249-277. 2010.

LEVY, Charmain; JOYAL, André. Desenvolvimento local: histórico dos conceitos de desenvolvimento e governança local. In: TREMBLAY, Gaetan; VIEIRA, Paulo Freire (Org.). *O papel da universidade no desenvolvimento local*. Florianópolis: APED: Secco, 2011.

LIMA, André R. Acesso e proteção à biodiversidade. *Biotecnologia, Ciência & Desenvolvimento*, Brasília, ano 2, n. 8, p. 24-27, jan./fev. 1999.

MANCINI, Euclides André. *Fome zero e economia solidária: o desenvolvimento sustentável e a transformação estrutural do Brasil*. Curitiba: Instituto de Filosofia da Libertação: Editora Gráfica Popular, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Adriano Sanches. O que ganhamos “confundindo” riqueza de espécies e equabilidade em um índice de diversidade? *Biota Neotrópica*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 21-27, jul./set. 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OECD - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *The Bioeconomy to 2030 – Designing a policy agenda*. OECD Environmental Outlook to 2030. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/40220494.pdf>>.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P. (Coord.). *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 95-116.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRES, Elson L. S.; MÜLLER, Geraldo; VERDI, Adriana Renata. Instituições, territórios e desenvolvimento local: delineamento preliminar dos aspectos teóricos e morfológicos. *Geografia*, Rio Claro, v. 31, n. 3, p. 437-454, set./dez. 2006.

SANTOS, Milton. O retorno do território. In: *OSAL : Observatório Social de América Latina*. año 6, n. 16, p. 250-261, jun. 2005. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal16/D16Santos.pdf>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Ed. eletrônica. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SHIVA, Vandana. *Earth democracy: justice, sustainability and peace*. Ed. Eletrônica. London: Zedbooks, 2016.

SILVA, Vírgilio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUSTENTABILIDADE E DECOLONIALIDADE: BASES FUNDANTES DE UM ESTADO PLURINACIONAL

SUSTAINABILITY AND DECOLONIALITY: FOUNDATIONS OF A PLURINATIONAL STATE

Roberto José Covaia Kososp

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

José Edmilson de Souza Lima

Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Submissão em: 18/08/2017

Aprovado em: 07/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.4317>

Resumo: O presente artigo investigou, a partir de um enfoque bibliográfico e interdisciplinar, como o Estado brasileiro, mesmo agregando no texto constitucional a sustentabilidade como uma das matrizes, necessita revalorar a racionalidade do discurso ambiental. Para tanto, reconhecendo os limites do conceito de sustentabilidade adotado pelo campo jurídico, o estudo demonstrou como, por intermédio de um saber decolonial, ou seja, aquela realidade à margem do eurocentrismo, é possível teorizar uma figura estatal que veja a sustentabilidade sob seu enfoque plural e, conseqüentemente, permita a formação de uma base sadia a germinar um Estado, verdadeiramente, sustentável.

Palavras-chave: Sociologia Jurídica; Pós-Modernidade; Modernidade Múltipla.

Abstract: *The present work investigated, from a bibliographical and interdisciplinary approach, since it needed to search in sociology studies certain answers to the problematic raised here, like the Brazilian State, even adding on the constitutional text sustainability as one of the nuances, demonstrates the necessity to reevaluate the rationality of the ambiental speech. To do so, recognizing the limits of the concept of sustainability adopted by the legal field, the study showed how, through a decolonial knowledge, that is, that reality on the fringes of Eurocentrism, it is possible to theorize a state figure that sees sustainability under its focus Plural, and consequently allows the formation of a sound basis for twinning a truly sustainable State.*

Keywords: *Sociology of Law; Sustainability; Decolonization.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Paradigma pós-moderno. 3. Os limites da sustentabilidade no estado contemporâneo. 4. Do saber decolonial. 5. Rumo a um estado plurinacional e sustentável. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Fruto do Iluminismo, a modernidade germinou transformações substanciais tanto na ética individual quanto na coletiva. Reforçando suas intenções na valorização da Lei e do Ordenamento, houve um desenraizamento da ética autoritária, dos costumes e da religião. Assim, a capacidade da razão e a convicção de que o homem se potencializa a partir do seu exercício foram demonstradas como as bases da metafísica racionalista moderna.

Entretanto, a pós-modernidade latino-americana se apresenta diversa, sob um ótica epistemológica, daquelas intenções de liquidez ou de ser tida como um fenômeno tardio. Em um complexo cenário de crise e reestruturação da ordem econômica, a modernização adquire uma relevância especial em interrogar aspectos do passado, pensando um presente sob a ótica múltipla.¹

As transformações trazidas no século XX serviram para demonstrar como o ser humano estava despreparado para assumir um novo manto humanista. Evidentemente, as consequências são visíveis: exaustão do meio ambiente, o aumento da pobreza e a sensação de desencanto com o Direito são alguns destes exemplos.

O processo de relativização dos conceitos, provocado, naturalmente, pela emancipação racional do sujeito, produz um pensamento crítico aos costumes até então imperantes, exigindo, portanto, posturas inovadoras acerca dos grandes temas éticos, sejam eles os direitos humanos, o equilíbrio contratual, a autoafirmação ou a posição do Estado frente aos sujeitos.

¹ Em que pese o presente artigo não se debruçar no fenômeno da modernidade múltipla, tal conceito merece ser introduzido como um ponto fundante do debate crítico acerca das interrogações eurocêntricas, pois permite que haja, a partir “da margem” e do centro do debate latino-americano, uma criação regional que vislumbre a própria realidade, com emergentes atores plurais que se relacionam na construção de um campo que uma discursos de validade e eficácia, seja econômica ou jurídica. Pensar em uma modernidade múltipla permite que se possibilite pensar que, mesmo na modernidade que facilite o acesso a fenômenos globalizantes, nem todos os sujeitos conseguem desfrutar dos benefícios dos tempos modernos. Assim, possível afirmar que, dentro de um sistema, pungem subsistemas sociais, com realidades distintas, que anseiam obter uma voz ativa diversa daquela que impera por intermédio dos centros epistemológicos europeus. A fim de uma concepção, pode-se utilizar o conceito de Reigadas (2017, p. 5), que afirma: “[...] *una sociedade multicultural mundial que es una nueva formación cultural que se ha desacoplado por igual de todas las civilizaciones tradicionales, incluyendo a occidente, a través de una dinámica global de modernización. (generalización y comparación). O sea: una sociedade multicultural, diversa y plural pero ya post-tradicional*”.

Dadas estas características, o presente artigo tem o intuito de pensar a figura estatal e sua relação com a sustentabilidade. Verificando sob um enfoque multidimensional e decolonial, tem-se que o atual discurso constitucional encontra certos limites, deixando de fora de seu enfoque alguns objetos essenciais ao verificar sustentabilidade sob diversas matizes.

A experiência jurídica proposta se coaduna com permitir que o direito vigente, em especial a hermenêutica constitucional e a ciência política, tal como o campo jurídico a vê, aspire maiores concepções de justiça, aproximando interesses distintos e guardando os pressupostos de cidadania desvinculada do seu caráter individualista e reducionista.

A partir de um estudo bibliográfico, ressaltando o aporte interdisciplinar, buscar-se-á no saber decolonial, não somente seu conceito, mas enaltecê-lo como fonte de estudo crítico e inspiração para uma aproximação da teoria geral do estado com a sustentabilidade.

2 PARADIGMA PÓS-MODERNO

A cultura² jurídica, expressada em todas as suas potencialidades, é a força motriz a demonstrar os envolvimento do indivíduo com o ambiente coletivo, expondo, categoricamente, os limites auto-impostos. O sujeito aprende com os seus erros, mesmo que esteja vivenciando um período histórico sublime no tocante ao desenvolvimento científico, em especial, sua posição perante aquilo que pretende compreender. Ou seja, “verifica-se um esforço para superar a concepção clássica da dicotomia abstrata sujeito/objeto, pela constatação de que não há afirmação teórica sem linguagem, ou práxis social comunicativa” (MENDES, 2008, p. 51).

Não somente ações de integração, mas há uma transformação na maneira do campo jurídico interpretar seu objeto, reconhecendo uma coexistência sadia

² A cultura tem um significado extremamente amplo, entretanto, sua base é clara: “é aquele pelo qual significa a formação do homem, o seu melhorar-se e refinar-se” (ABBBAGNANO, 1970, p. 209). Logo, seus modos de viver e seus produtos são componentes da cultura. O Direito, por sua vez, não deixa de ser um produto cultural do homem, de forma que, no presente texto, ao se referir à “cultura” estamos também tratando de cultura jurídica em suas generalidades. O vocábulo permite esta interpretação extensiva a fim de facilitar o entendimento. “Afinal, a palavra ‘cultura’ entrou em nosso vocabulário dois séculos atrás como portadora de um significado totalmente oposto: como antônimo de ‘natureza’, denotando características humanas que, em clara oposição aos obstinados fatos da natureza, são produtos, resíduos ou efeitos colaterais das escolhas dos seres humanos. Feitas pelo homem, teoricamente podem ser por ele desfeitas” (BAUMAN, 2005, p. 67). Dito isto, ao passo crítico que o presente trabalho se posiciona, tem-se como cultura o conceito trazido por Bosi (1992, p. 16): “é o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social”.

entre o agir e o ser, pois, de acordo com Mendes (2008), há uma quebra com o ato “solipsista” de interpretar.

No mais, a filosofia jurídica verifica que o campo jurídico³ ainda se encontra influenciado por um modelo hermenêutico antigo, baseando-se naquela dicotomia de sujeito/objeto. Necessariamente, gera-se uma crise de legitimação pela “falta de eficácia dos procedimentos jurídicos, cujos sintomas estão à vista de todos” (MENDES, 2008, p. 52).

Várias implicações ideológicas necessitam ser denunciadas, sob pena de que haja uma perda de visão das correlações entre os fundamentos dogmáticos do direito e aqueles filosóficos que demonstram características de críticas. Não se pode confundir a intenção de apontar limites com aquela de deslegitimar o campo como um fenômeno epistêmico.

A reflexão hermenêutica torna-se, tanto para o sujeito quanto para o estado, uma necessidade para transformar a ciência, de um objeto estranho em algo familiar, comensurável e próximo. Aponta Santos que

[...] não falando a língua de todos os dias é capaz de nos comunicar as suas valências e os seus limites, os seus objetivos e o que realiza aquém e além deles, um objeto que, por falar, será mais adequadamente concebido numa relação eu/tu (a relação hermenêutica) do que numa relação eu/coisa (relação epistemológica) e que, nessa medida, se transforma num parceiro da contemplação e da transformação do mundo (SANTOS, 2002, p. 11).

Boaventura de Sousa Santos (2002) deixa claro que se trata de compreender a prática social do conhecimento jurídico, ou seja, perceber a constante necessidade de diálogo com o mundo material, percebendo as lutas e as opressões que compõem as relações jurídicas. “Em suma, a subjetividade social é cada vez mais o produto da objetivação científica” (SANTOS, 2002, p. 13).

Neste sentido, Stengers (2002, p. 64) esclarece que um paradigma seria “uma maneira de fazer, uma maneira não apenas de avaliar os fenômenos, de lhes conferir um significado teórico, mas também de intervir”. Logo, um paradigma inspira processos de construção do conhecimento, porém, ainda pode associar-

³ Ao reivindicar o Direito como um “campo”, tem-se a intenção de verificá-lo a partir de uma situação global cuja influência de seus fenômenos é sentida em partes com características diversas, sendo que, nesta situação, são apreciados inúmeros aspectos que formam estruturas sociais distintas. Assim, “a teoria do campo jurídico é a aplicação, no mundo das leis e da ciência do direito, das instituições da psicologia da forma (Gestalt), com vistas a superar as visões apenas dogmáticas ou críticas do direito, procurando compreendê-lo em perspectiva envolvente e dinâmica, como uma estrutura simbólica da sociedade, destinada a dar segurança e estabilidade a determinados interesses” (MENDES, 2008, p. 57).

-se, muitas vezes, à ideia de conquista de outrem. “Se aceitarmos como premissa o fato de que todo ato de conhecer é um ato relacional, vez que sempre o Outro está presente, resta indagar se esta conquista implica a morte ou conservação do outro” (SOUZA LIMA, 2015, p. 155-156).

Tratando de uma episteme crítica, a intenção paradigmática pós-moderna, neste tocante, evidencia uma tendência dialógica entre o Estado e a Sustentabilidade. O espaço investigativo deve ser plural, abraçando a tendência política e epistemológica decolonial⁴ que será aprofundada no presente discorrer.

Se o conceito de natureza for o conceito que permite construir um único repertório hierárquico de todos os seres humanos e não-humanos, a ecologia política emergente não pode embarcar nesta armadilha, vez que, em termos concretos, suas diversas manifestações tendem não ao reforço de tal ideia, mas à destruição radical desta ideia hegemônica de natureza (SOUZA-LIMA, 2015, p. 160).

A alteração dos campos sociais é fundamento para defender a necessidade de criação de entendimentos que refletem a realidade do coletivo, seja física ou racional. Os vetores sociais e os fenômenos jurídicos são singulares, entendidos, como o jargão do Direito expõe, “caso a caso”. A cultura jurídica deve servir à produção de vida digna em uma coletividade, buscando se diferenciar dos demais conteúdos históricos obsoletos ou diferentes do objeto primal ao desenvolvimento epistemológico. O saber individualizado para um certo ambiente é meio de dialogar com as linguagens científicas múltiplas. Assim: “[...] há um objeto muito mais amplo e prolífico que a mera norma positivada ao alcance do cientista jurídico, cujo estudo se vê negligenciado por conta de pré-noções herdadas da tradição estruturalista” (FADUL; SOUZA-LIMA, 2014, p. 73).

Esta dimensão hermenêutica reconhece a apropriação do conhecimento jurídico como meio para desvelar níveis sociais que rodeiam o campo jurídico, em especial, a dissociação entre a figura do Estado e o conceito de sustentabilidade, em que pese o ordenamento pátrio o contemplar, não o exerce em suas totais potencialidades. Ainda, busca-se noções interpretativas modernas e eficientes para a produção de entendimentos jurisprudenciais consonantes ao centro esperado.

Os estudos críticos voltaram a figurar uma posição exemplar para apontar as instabilidades sociais e governamentais. A promoção de desenvolvimento

⁴ Importante estabelecer que, conforme Walsh (2009), o termo aqui empregado será *decolonial*, suprimindo o “s” para mancar a intenção de distinguir-se com o conceito clássico de descolonização. Portanto, “quer salientar que a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento pós-colonial. A intenção é provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua” (COLAÇO, 2012, p. 7-8).

passou a ser realizada por reformas reacionárias de suas tarjetas, pois a Modernidade trouxe uma necessidade de catalogação histórica e epistemológica, no tocante à precisão dos conceitos. Por sua vez, “a concepção de uma ciência pós-moderna insere-se no movimento de desdogmatização da ciência” (SANTOS, 2002, p. 27). As reflexões epistemológicas percebem-se na possibilidade de tensionar os conceitos já instituídos, tanto no intuito de testá-los, teoricamente, quanto de apontar os limites que possam causar a criação do espaço entre sua validade e sua eficácia social. Conquanto, afirmar-se pós-moderno consiste em obter “consciência da crise da modernidade e, portanto, de seus limites e insuficiências” (BITTAR; DE ALMEIDA, 2015, p. 759).

Desta forma, o indivíduo, a fim de transcender novamente, vê-se na necessidade de sair do aconchego, buscando a desconstrução conceitual e a reflexão com o ambiente que o circunda. Frisam Aranha e Pires Martins que

A estética pós-moderna caracteriza-se pela *desconstrução da forma*. No romance, no cinema, no teatro não há mais uma história a ser contada ou personagens fixas. As coisas vão acontecendo, aparentemente sem ligações casuais. Caracteriza-se ainda pelo *pastiche* e *ecletismo* que permitem juntarem-se as coisas mais *variadas* e até mesmo antagônicas na mesma obra; pelo uso da paródia, discurso paralelo que comenta e, em geral, ridiculariza o discurso principal; pelo uso da *metalinguagem*, isto é, da criação de outras obras; pela incorporação do *cotidiano* e da *estética dos meios de comunicação de massa*; pela *efemeridade*, ou pequena duração, de muitas das suas obras. Não existe um estilo único, tudo vale dentro do pós-tudo (ARANHA; PIRES MARTINS, 2003, p. 396).

Assim, a pós-modernidade pode ser conceituada como a utilização dos mais variados métodos humanos de entendimento e o reconhecimento destes em externalizar respostas (não absolutas) para as problemáticas plurais. A riqueza nesta reflexão consiste “numa fase degenerativa do paradigma da ciência moderna, é a de refletir sobre a reflexão epistemológica, é a de proceder a uma hermenêutica crítica da epistemologia” (SANTOS, 2002, p. 28). A desconstrução de formas, por sua vez, é parte da estética crítica que relaciona discursos paralelos e incorpora ao cotidiano a perspectiva de que não há um único caminho epistemológico a se trilhar.

Tratando sob este enfoque metodológico, pretende-se, nesta incursão, uma leitura do fenômeno jurídico enquanto uma expressão cultural de ideias, práticas normativas e instituições que necessitam transcender a mera reinterpretação de fontes passadas. A intenção desmistificadora da figura do Estado é mister para que se entenda o anseio social de estar sendo regido por um ente que perceba a sustentabilidade sob seu caráter multidimensional.

Para tanto, o campo jurídico não pode ser tido como um sistema fechado ou uma ciência que se baseie, meramente, na análise normativa.

[...] impõe-se, obrigatoriamente, o Direito como reflexo de uma estrutura pulverizada não só por certo modo de produção da riqueza e por relações de forças societárias, mas, sobretudo, por suas representações ideológicas, práticas discursivas hegemônicas, manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais (WOLKMER, 1996, p. 7).

A preocupação, portanto, parte desta premissa que as instituições estatais têm reproduzido uma montagem discursiva que não se coaduna com a realidade social, no tocante à sustentabilidade e à promoção de um desenvolvimento sustentável. O que se revela é “a retórica normativa, o senso comum legislativo e o ritualismo dos procedimentos judiciais” (WOLKMER, 2014, p. 2).

Em relação a esta mudança de paradigmas que o campo jurídico enfrenta, princípios contemporâneos, tal como o da solidariedade, destacam-se para fins de diminuição da exploração da natureza, suprimindo as necessidades atuais do ser humano, sem que haja o comprometimento do futuro das presentes gerações. A sustentabilidade, portanto, passa a ser tida como um padrão ético de equidade entre as diferentes linhagens.

3 OS LIMITES DA SUSTENTABILIDADE NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Por sua natureza superior, a Constituição justifica a intenção de ser a *lei das leis*. Contendo os princípios⁵ basilares da ordem social, econômica e jurídica, o texto constitucional demonstra o norte pelo qual o Estado deve seguir rumo aos parâmetros ali fixados e perquiridos pela sociedade civil.

De outro lado, o desenvolvimento capitalista, a partir de meados do século XVIII, vem impulsionando uma base de reprodução e concepção de planeta infinito no qual, até o presente, vem se tentando alterar.⁶ A capacidade de su-

⁵Importante estabelecer que nem todos os princípios constitucionais encontram-se expressos no texto. “Dizemos à letra e ao espírito, porque, como é óbvio, além dos princípios expressos, decorrem da Constituição princípios implícitos, isto é, princípios que não estão escritos mas, que se deduzem do regime adotado, da substância ideológica e das próprias normas expressas” (MALUF, 1981, p. 213).

⁶“Assim, o século XX é palco de acidentes e catástrofes ambientais gerados pela intervenção humana, refletindo negativamente na atmosfera, mares, rios, aquíferos, florestas, em todos os ecossistemas do planeta. Efeito estufa, mudanças climáticas, poluição, desertificação, extinção significativa de espécies animais e vegetais, assim como a perda de vidas e da qualidade de vida de milhões de pessoas afetadas com estes impactos em diferentes regiões, passaram a ser parte do seu cotidiano” (OLIVEIRA, 2015).

porte do meio ambiente passa a ser uma preocupação para o funcionamento do sistema como um todo.

A urgência da questão ambiental coloca em escala a velocidade de degradação, analisando os impactos sofridos pelo ecossistema global graças à intervenção humana. A busca de alternativas que possam superar esta realidade coloca uma necessidade de construção de agendas mundiais e ordenamentos jurídicos que possam incorporar questões que envolvam o desenvolvimento e a sustentabilidade.

Assim, o processo atual é de criação de uma consciência coletiva, no tocante ao saber ambiental, para enfrentar as mudanças econômicas e sociais, nos mais diferentes planos ambientais do planeta. Nesse sentido, dispõe Oliveira, ao destacar que

O Brasil, face sua dimensão territorial, riquezas minerais, biodiversidade, condições favoráveis à reprodução da vida, produção agrícola e pecuária não apenas para a população brasileira, como também para a mundial, é um ator importante no cenário político, econômico e social do planeta, desde o período colonial. Historicamente, os brasileiros, no seu processo de desenvolvimento, geraram uma das sociedades mais concentradoras de riquezas e excludentes do mundo. Os conflitos sociais e ambientais, inerentes a este desenvolvimento, nos colocam desafios a serem superados na perspectiva de construção de uma sociedade sustentável (OLIVEIRA, 2015).

O desenvolvimento sustentável reflete o atual processo brasileiro para absorver os conflitos inerentes às relações pós-modernas, tentado realizar no plano material os mandamentos constitucionais que preveem uma ordem econômica associada a anseios sociais.

As relações entre o Estado brasileiro e a natureza são construídas a passos curtos.⁷ Refletida na Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA) e na Constituição, em seu artigo 225⁸, tem-se o meio ambiente como um direito e, ao mesmo

⁷ No século passado foram aprovados Códigos de Águas, Energia, Minas e Florestal. Sob o enfoque o governo militar, o Brasil participou da I Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo (1972). A PNMA, por sua vez, cria mecanismo de implementação da política ambiental, objetivando a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente. Mister, ainda, salientar o Sistema Nacional de Meio Ambiente, previsto no Decreto 99.274 de julho de 1980, que tem a responsabilidade de executar a PNMA. Apesar de tanto, os reconhecimentos na área ambiental são singelos, havendo diversos percalços para se ultrapassar. Um exemplo de barreira se encontra na poluição da superfície: “Os deltas do Amazonas e do Capibaribe, as baías de Todos os Santos, de Guanabara e de Paranaguá, os rios das bacias Amazônica, das Velhas, Tietê são repositórios desses resíduos. Na Amazônia, o maior dano é provocado pelo mercúrio, jogado nos rios à média de 2,5kg para cada grama de ouro produzido nos garimpos” (SILVA, 2003, p. 151).

⁸ “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

tempo, um bem de uso comum destinado à coletividade presente e a gerações futuras.

Na agenda brasileira, necessariamente, colocam-se a necessidade de investimentos em ciência, tecnologia e educação para se construir uma sociedade democrática que amplie os espaços de participação e “cuja economia tenha fundamento a preocupação com a inclusão social e a preservação de nossa biodiversidade” (OLIVEIRA, 2015).

Esta intenção crítica se observa, também, na Instrução Normativa número 1, de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao estabelecer critérios de sustentabilidade ambiental na compra de bens e na contratação de serviços pela Administração Pública direta.

Entretanto, esta Instrução, a Lei número 6.938/91 e a Lei número 12.305/10 não deixam claro o que vem a ser sustentabilidade. “Elas apenas estabelecem critérios normativos a serem observados, ou seja, nenhuma delas dispõe o que é padrão sustentável de produção e consumo” (COLNAGO, 2014, p. 15).

O Estado, como um dos atores de governança ambiental, tem o dever de integrar, diretamente, às suas atividades os critérios sustentáveis a serem seguidos, pois, sabe-se que “[...] a participação cívica na conservação do meio ambiente não é um processo político já terminado. Os fundamentos foram bem lançados em todo o mundo, mas o edifício da participação tem muitos setores para serem concluídos” (MACHADO, 2011, p. 109).

Entretanto, a figura estatal, como tida atualmente, é algo que vem sendo montada a partir das transformações e exaustões sociais. Naturalmente, períodos de crise, tal como se vê no presente e de acordo com Streck e Morais (2014), são um fruto do processo de crescimento do Estado que não beneficiou certas classes com determinados direitos, possibilitando o investimento de estruturas que alavancaram o processo industrial e a democratização de relações sociais que abriu canais para o crescimento de demandas tidas como díspares do projeto constitucional voltado à preservação ambiental. Como ressaltado:

[...] as Constituições dos Estados Nacionais e o próprio constitucionalismo moderno são revisitados, na medida em que o prevailecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão política e moral se esvanece (STRECK; MORAIS, 2014, p. 159).

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Muito embora haja uma relativização da objetividade, tratando o ordenamento como um referencial jurídico e, muitas vezes, ético, a busca por garantias de conteúdos mínimos, no que tange a proteção ambiental, encontra barreiras, sendo uma delas, de acordo com o já estabelecido, a falta de conceito e posicionamento do âmbito jurídico acerca do que seria sustentabilidade. Assim salienta Landa:

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 (LANDA, 2017, p. 9).

Como exposto anteriormente, a Constituição imprime os rumos e conteúdos acerca desta democratização estatal e da definição de mecanismos que articulem a sociedade civil, o meio ambiente e a figura centralizada da governança. Ocorre que, tanto no ordenamento jurídico quanto no social, o sistema é piramidal de base ampla, tendo o sujeito em seu centro e em seu ápice. Isto se dá pelo fato de que “o homem criou ecossistemas próprios” (SILVA, 2003, p. 146). Em sua figura tudo é centralizado, convergindo-lhe todo o fluxo energético para a criação de uma ecologia inacessível. Destaca Silva (2003, p. 146) que “A energia desse sistema é dissipada, mas a matéria que lhe serve de veículo precisa ter seu refluxo e o homem sabe como realizar essa operação. No entanto, seria necessário que o fizesse de maneira ordenada e planejada”. Do mesmo modo, Streck e Morais advertem que

Deve-se ter claro que a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, em vez de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional (STRECK; MORAIS, 2014, p. 158).

O Estado, portanto, ente formado a partir do homem, em que pese tenha vontades distintas, encontra dificuldade em posicionar-se perante um meio ambiente natural que vem sendo danificado, sem que haja instrumentos suficientes para sua renovação. “A intervenção do Estado é fundamental para amenizar os efeitos dessa indomável destruição do meio ambiente e modificar o futuro que se delinea terrível” (SILVA, 2003, p. 148).

Portanto, o que se busca é o direcionamento da racionalidade estatal para a obtenção de soluções baseadas em incentivos que possam encorajar comporta-

mentos sensatos. Passou-se o período de que o discurso ambiental estaria desvinculado da Economia ou da Teoria Política: “[...] qualquer mudança que ocorre no ambiente tem um impacto econômico direto, da mesma forma que nenhuma decisão econômica pode ser entendida fora do contexto de seus inúmeros e complexos efeitos sobre os ecossistemas e os recursos naturais” (CARNEIRO, 2001, p. 4).

Assim, o Estado deve perceber a mudança paradigmática no tocante à sustentabilidade, sendo que tê-la como uma base fundante para a tomada de ações é o início para o processo multidimensional que se pretende obstinar. Consoante Colnago:

A sustentabilidade como paradigma na construção do Estado contemporâneo e da sociedade civil na contemporaneidade deve ser efetivada por meio da reivindicação de meios alternativos éticos, capazes de nos pôr em relação com a natureza de uma maneira bem mais justa (COLNAGO, 2014, p. 19).

Realizar a Humanidade passa a ter uma permanência integrada com o desenvolvimento do Outro e do meio ambiente, pois, de acordo com Morin (2002), para uma sociedade planetária e sustentável, deve-se ter como finalidade precípua a tríade *indivíduo/sociedade/espécie*, pelo acesso da cidadania terrena que não mais reconheça o homem no topo do ecossistema.

A sustentabilidade, inserida no sistema brasileiro, deve ser considerada não somente como um valor estruturante do ordenamento, mas como molde interpretativo que objetive a materialização dos objetivos fundamentais da República. O modelo inconsequente de progresso ilimitado e globalizado, por muitas vezes, fomenta o crescimento das disparidades sociais e ambientais.

4 DO SABER DECOLONIAL

Diante um cenário de tensão entre o Meio Ambiente e a figura estatal, seja por um posicionamento econômico ou pela falta de entendimento consolado pelo Poder Judiciário no tocante à sustentabilidade, far-se-á necessária uma alteração na perspectiva das relações do ser humano com o ambiente e, inclusive, do saber do homem enquanto um sujeito que compõe seu objeto de pesquisa. Serres salienta que

Como é que as paisagens divinas, a montanha santa e o mar de sorrisos incontáveis dos deuses puderam, transformar-se em usinas de esgotos ou receptáculos abomináveis de cadáveres? A beleza requer a paz; a paz pressupõe um novo contrato (SERRES, 1991, p. 34).

Ainda de acordo com Serres (1991, p. 41-49), o direito pós-cartesiano ignora o mundo composto por suas premissas, deificando apenas o sujeito enquanto individualismo e a propriedade privada. “A Declaração dos Direitos da revolução francesa fala em todo homem, no sentido de apenas o homem, esquecendo de incluir a natureza” (MENDES, 2008, p. 85). Por óbvio, um entendimento que leve em consideração o contrato natural se faz presente para refundar o entendimento de Estado com perspectivas ambientais. Conforme Quijano:

A Europa ocidental era o centro do controle do poder, do desenvolvimento do capital e da modernidade/racionalidade, bem como a própria sede do medo histórico avançado de civilização. Assim, as realidades diversas foram submetidas ao mesmo pensamento, à mesma história – na qual somente as experiências europeias importavam – às mesmas perspectivas de conhecimento” (QUIJANO, 2006, p. 74).

Logo, “nossos laços de afetividade com a natureza completa o sentido jurídico de justiça, que não se resume apenas em retribuição, mas, principalmente em reconhecimento e respeito às suas exigências” (MENDES, 2008, p. 86).

A justiça constitucional, em seus variados âmbitos, encontra termômetros hábeis de demonstrar as distintas realidades e os desafios do constitucionalismo, tanto no Brasil quanto na América Latina. Nesse sentido, Landa destaca que

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) (LANDA, 2017, p. 3).

Feitas tais considerações acerca do constitucionalismo em solo latino-americano e da possibilidade deste de se reinventar diante das demandas sociais, far-se-á evidente seu caráter decolonial⁹, ou seja, algo que vai além da concepção constitucional porvindoura do eixo eurocêntrico, mas sim, de uma produção epistemológica que respeite o território do constituinte originário. Conforme Lander:

⁹ Utilizar-se-á o termo *decolonial*, com a supressão do “s”, para que seja demarcada uma intenção de pesquisa que se distingue do significado de descolonização. Conforme estabelece Walsh (2009, p.15-16), tem-se salientado uma posição de contínuo transgredir e forte insurgência contra a hegemonia eurocêntrica no campo jurídico como fenômeno epistemológico.

A busca de alternativas à conformação profundamente excludente e desigual do mundo moderno exige um esforço de desconstrução do caráter universal e natural da sociedade capitalista-liberal. Isso requer o questionamento das pretensões de objetividade e neutralidade dos principais instrumentos de naturalização e legitimação dessa ordem social: o conjunto de saberes que conhecemos globalmente como ciências sociais (LANDER, 2005, p. 8).

A partir de tanto, entende-se que as reflexões jurídicas elaboradas, unicamente, por questões europeias acabaram por subalternizar os demais saberes que não se enquadram nesta linha. “O pensamento decolonial reflete sobre a colonização como um grande evento prolongado e de muitas rupturas e não como uma etapa histórica já superada” (COLAÇO, 2012, p. 8). Reivindica-se, portanto, tanto um modelo estatal quanto um campo do saber que considere a diversidade dos conhecimentos locais e, portanto, reconheça os pressupostos de eficácia em um determinado local.

A racionalidade lógica europeia, hegemônica em diversos polos, não mais se vislumbra universalizada de acordo com as múltiplas possibilidades de conhecer e perceber as relações sociais singulares. “*El pensamiento decolonial se ha abierto a otras problemáticas no consideradas en la primera década: el género, la naturaleza, la interculturalidad y la colonialidad, más allá de América Latina*” (ESCOBAR, 2014, p. 42).

Por sua vez, a emancipação não é sinônimo de negação dos valores estrangeiros, porém há de se ter cuidado, pois “o discurso colonial subordina epistemológica, ética e juridicamente o existente a uma categoria inanimada de objeto e dominação como processo de objetivação” (SUBIRATS, 2006, p. 123). Ademais, pode-se ter frisado que o objeto do Direito necessita de uma ampliação dos objetos, vez que “autonomia é vida, isolamento é morte” (FADUL; SOUZA-LIMA, 2014, p. 71).

Consequentemente, a condição humana e as manifestações estatais destas porvindouras, necessitam estar voltadas a uma perspectiva que leve em conta o poder emancipatório frente a obstáculos de dominação. A cultura jurídica serve como produção de vida digna em uma coletividade, buscando diferenciar-se dos demais conteúdos históricos obsoletos ou diferentes do objeto primal ao desenvolvimento epistemológico.

Esta intenção decolonial e plural pretende uma concepção de interculturalidade para generalizar-se como um movimento que faz parte de um pensamento de reconhecimento construído do particular lugar político de enunciação subalterna.

A ideia de interculturalidade organiza uma articulação inédita da intenção colonial, sendo, segundo Walsh (2009), um princípio ideológico que construa uma democracia moderna e garantista da máxima participação dos povos e das nacionalidades componentes de um Estado. Evidente, portanto, a preocupação com a eficácia das decisões e das ações governamentais.

O presente projeto propõe uma transformação e, diferentemente da intenção ainda imperante, não há como se confundir com uma reprodução ideológica de colonialismo. “[...] o termo interculturalidade pode ser usado para significar um multiculturalismo inclusivo, neoliberal e, em ocasiões, conservador, como também para significar e representar um processo e projeto político-social transformador” (WALSH, 2009, p. 83).

Trata-se, portanto, de uma interação entre sujeitos, conhecimentos, racionalidades e princípios constitucionais que se encontram subtraídos. Tais movimentos devem admitir as assimetrias e reconheçam a capacidade de produção políticas públicas que surjam a partir das margens socioeconômicas. Este fenômeno representa “processos dinâmicos e de múltiplas direções, repletos de criação e de tensão e sempre em construção; vai mais além da diversidade, do reconhecimento e da inclusão” (COLAÇO, 2012, p. 154).

Portanto, a decolonização pretende uma busca incessante por noções interpretativas que reafirmem a capacidade local de construção de saber, hábil a orientar entendimentos jurisprudenciais e a governança como um fenômeno plural e multifacetado.

5 RUMO A UM ESTADO PLURINACIONAL E SUSTENTÁVEL

Clamando por um novo plano de governança, a posição destacada no presente artigo é enfática no tocante à intenção decolonial de uma perspectiva diversa do que seria o próprio sujeito. A partir de um caminho alternativo para se auto-verificar, a estética do direito ambiental poderá, também, ser alterada. Consoante Serres:

Volta à natureza! Isto significa: ao contrato exclusivamente social juntar o estabelecimento de um contrato natural de simbiose e de reciprocidade onde a nossa relação com as coisas deixaria domínio e posse pela escrita admirativa, pela reciprocidade, pela contemplação e pelo respeito, onde o conhecimento não mais suporia a propriedade nem a ação a dominação, nem estas os seus resultados ou condições estercorárias (SERRES, 1991, p. 51).

Entre os fundamentos do constitucionalismo latino-americano, conforme acima já destacado, o pensamento decolonial é um instrumento que “objetiva superar o saber monocultural dominante, recuperando o ignorado por ele, através de uma hermenêutica diatópica e de uma tradução intercultural” (PORTANOVA; CORTE, 2015, p. 136). O desenvolvimento desta nova racionalidade avalia um cenário de multiplicidade que valoriza a ciência nacional e permite o reconhecimento do sujeito, “considerando a necessidade de uma reapropriação social da natureza” (PORTANOVA; CORTE, 2015, p. 143). Logo, serve de fundamento para a propositura teórica de uma figura estatal sustentável, à medida que se pretende plurinacional.

A visão antropocêntrica instrumentalizou uma percepção limitada dos valores constitucionais, carecendo, desta forma, de ações comunicativas que tragam eficácia à realidade do presente e plantem a possibilidade de majoração do desenvolvimento sustentável ao futuro. A sustentabilidade, por sua vez, deve ultrapassar seu caráter de valor ético para um princípio de hermenêutica constitucional que garanta a dignidade dos seres vivos, além dos humanos, e dos demais preceitos da Constituição Federal. A partir do instante em que o sujeito obtenha o entendimento de que o desenvolvimento sustentável não somente se direciona ao futuro, mas, necessariamente, ao presente, estar-se-á possibilitando a criação de responsabilidades antecipatórias e políticas regulatórias fortificadas dentro do contexto coletivo. O Direito Ambiental, por sua vez, ganhará raízes emancipatórias, abarcando novos objetos de estudo que compreendam uma escolha valorativa dos assentos constitucionais.

O estado multi ou plurinacional implica no âmbito “internacional”, ou dos países “desenvolvidos”, no reconhecimento político da presença e coexistência de duas ou mais nações ou povos etnicamente distintos. A ideia de “nação” aqui se refere a uma comunidade histórica, com um território natal determinado, que compartilha língua e cultura diferenciada. Um país que tenha mais de uma nação é um país multi ou plurinacional (COLAÇO, 2012, p. 157).

Propõe-se uma figura estatal que transcenda seus próprios limites e ultrapasse as sujeições a si impostas. “O Estado não pode e não deve se curvar facilmente a grupos de interesse que se aproximam dele em busca de doações, rendas e privilégios desnecessários, como cortes de impostos” (MAZZUCATO, 2014, p. 19).

Neste sentido, os Estados sul-americanos são plurinacionais e devem se reconhecer como tais. Esta proposta, por óbvio, empreende em lutas epistemológicas que mesclam as intenções decoloniais com a afirmação de sustentabilidade como uma preocupação inerente às gerações presentes e, de acordo

com Mazzucato (2014), consiga encontrar o equilíbrio entre suas atividades econômicas e os anseios sociais que enriquecem as elites às custas dos demais.

O Estado plurinacional considera-se como um modelo de organização que descoloniza nações e recupera a autonomia do território para garantir um exercício pleno de todos os direitos constitucionalmente previstos. Logo, o Estado plurinacional é tido como:

[...] um mecanismo válido para transcender o modelo de Estado liberal e monocultural com fundamento no cidadão individual; isso, mediante a constatação de que o modelo liberal é o que impusera a cultura ocidental, marginalizando e debilitando as culturas originais e os sistemas políticos e jurídicos dos povos indígenas. Do mesmo modo, a divisão político-administrativa do Estado-nação impôs a autonomia dos povos e o controle sobre a terra e os recursos naturais. Esse arcabouço de despojo caminhou de mãos dadas com a imposição de um sistema jurídico uniforme, e de alguns modelos de governo e administração da justiça alheios aos povos indígenas e em favor das leis de mercado, que tem privado e privam os povos de seus meios de subsistência, deteriorando sua qualidade de vida (GARCÉS, 2009, p. 175).

Assim, este modelo de Estado implica em uma representação direta onde as coletividades políticas possam expressar os (des)acordos sobre questões essenciais de Estado. Considerando o equilíbrio e a complexidade inerente de tal processo, a jurisdição e a teoria estatal devem abarcar a multidimensionalidade e a interculturalidade do saber ambiental, em especial da sustentabilidade, como um modelo de melhoria do futuro. “Assim, a questão ambiental surge como conteúdo que desafia o direito a dar respostas diante de uma realidade, que impõe o esgotamento dos bens naturais e desequilíbrio natural” (CAVALHEIRO; MOTA, 2017, p. 10).

Diante de uma emergência dos riscos ambientais e da necessidade de reavaliação dos princípios do Estado contemporâneo, Leff (2006) entende ser necessária uma racionalidade alternativa que seja capaz de revalorar as bases epistemológicas do campo jurídico. Como pontuado:

[...] A questão ambiental não só propõe a necessidade de introduzir reformas no Estado, de incorporar normas ao comportamento econômico, de legitimar novos valores éticos e procedimentos legais e de produzir técnicas para controlar os efeitos poluidores e dissolver externalidades sociais e ecológicas geradas pela racionalidade do capital; a problemática ambiental questiona os benefícios e possibilidades de manter uma racionalidade social fundada no cálculo econômico (LEFF, 2006, p. 125).

Assim, um Estado plurinacional se verifica como uma construção moderna que tensiona os limites da teoria constitucional contemporânea, pois viabiliza um modelo democrático não hegemônico. “O constitucionalismo transformador pressupõe um novo modelo de Estado com características para superação do modelo de Estado nacional, bem como da concepção de homogeneização” (MAGALHÃES; GOMES; PELEGRINI, 2015, p. 232).

Os diálogos são construídos e necessitam estar em processo de constatare-construção para que se demonstrem os limites da uniformização e sua dialógica para com os conceitos de sustentabilidade e diversidade. Logo, é possível afirmar que o Estado plurinacional rompe com uma lógica eurocêntrica e uniformizadora do campo epistemológico, pois há o aproveitamento dos mais variados tipos de conhecimento disponíveis na esfera social. Destacam Magalhães, Gomes e Pelegrini que

Toda esta proposta de um Estado Plurinacional transformador pressupõe a descolonização das estruturas sociais, culturais e simbólicas, as quais foram submetidas a um processo colonizador de 500 anos. Sendo que, a ruptura transformadora consiste em um processo histórico de longo prazo, assim como foi a colonização, visto que a América Latina é um território de lutas históricas anticapitalistas e anticolonialistas, que batalha com o objetivo de construir uma institucionalidade nova, a pluracionalidade, uma territorialidade distinta da que existia no Estado Nacional, uma nova legalidade, o pluralismo jurídico e um regime político inédito, a democracia intercultural (MAGALHÃES; GOMES; PELEGRINI, 2015, p. 239).

Esta concepção de Estado permite que haja uma coexistência sadia de identidades culturais diversas inseridas em um mesmo ambiente geográfica e politicamente delimitado. Há, portanto, o combate ao colonialismo interno e aos resquícios da herança colonial ainda existente no campo jurídico.

Em conjunto à racionalidade ambiental¹⁰, de acordo com Leff (2006), é possível realizar a desconstrução formal jurídica que orienta os processos de capitalização da natureza e individualização do sujeito. Logo, se o Estado

¹⁰ A racionalidade ambiental aqui suscitada implica em um conjunto de valores que unem a sociedade em um mesmo objetivo: a concretização dos marcos da sustentabilidade multidimensional. “[...] a racionalidade ambiental implica a transformação dos aparelhos ideológicos do Estado e dos órgãos da administração pública criando novas regras sociais e forças produtivas para um desenvolvimento sustentável. [...] As práticas do etno-eco-desenvolvimento implicam na gestão participativa das comunidades no manejo dos seus recursos. A sociedade nacional é composta pelos diferentes grupos étnicos que a integram, ou seja, pela articulação das racionalidades culturais das várias formações socioeconômicas. Partindo deste princípio de diversidade cultural estabelecem-se complexas relações de dominação, de independência relativa e de autogestão entre os grupos indígenas, a sociedade civil e o Estado” (LEFF, 2009, p. 304-305).

plurinacional considerar “a busca de uma racionalidade ambiental que considere os ausentes permitiria uma correção moral das atitudes humanas que por ser instrumento autônomo teria mais eficácia que os instrumentos heterônomos” (SOUZA, 2015, p. 117). A partir desta tensão, fomentada, também, por intenções estatais, estar-se-ia questionando a racionalidade coisificadora que limita o saber ambiental e a materialização de uma sustentabilidade multidimensional.

O resultado destas intenções, como já demonstrado acima, encontram-se, mesmo que implicitamente, no texto constitucional e, partindo de uma cultura ecológica, Leff (2009) ainda sugere que sua formação depende a) de novos parâmetros axiológicos que resultam em uma ética ambiental; b) de uma teoria ambiental cujos instrumentos conduzam a um estilo sustentável de viver e c) de uma gestão ambiental democrática e participativa.

Assim, possível sintetizar que a solução está “em trazer à cena política os valores de humanismo: a dignidade humana, os sentidos de existência, a solidariedade social, o cuidado da natureza e o encantamento da vida” (LEFF, 2009, p. 287-288).

Cria-se a exigência de uma sociedade que se mobilize e reconstrua o mundo da vida no qual está inserida, por intermédio de uma crítica profunda às necessidades impostas em um ritmo exponencial a partir do modelo econômico de estado adotado. As micropolíticas que contemplem a solidariedade como pata-mar axiológico demonstram uma preocupação com o futuro e com o presente. Segundo Warat:

La ecología política, en su conjunto, como intensidades para una potencial pragmática, de la singularidade: el deseo como proceso de producción de flujos de autonomía que inauguren micro-políticas de solidaridad, nuevas visiones ético-políticas-estéticas para una humanidad que trate de retomar la preocupación por el futuro (WARAT, 1996, p. 18).

Levando em consideração tais proposições e os limites demonstrados, pressupomos uma concepção estatal que viabilize um campo fértil do debate decolonizador. No diálogo de saberes, existe um encontro de diversos sentidos aglutinados em contextos que destinam vínculos sociais, de linguagem e de pensamento, para intervir na matéria promotora de diversidade. Assim,

A gênese do modelo de constitucionalismo transformador objetiva maximizar as discussões interculturais, visando a um novo contexto constitucional plurinacional. O constitucionalismo plurinacional transformador pressupõe um novo Estado com características para superação do modelo de Estado nacional, bem como da concepção pro-

motora de homogeneização, principalmente cultural (MAGALHÃES; GOMES; PELEGRINI, 2015, p. 240).

Encontra-se, portanto, um caminho possível de diálogo entre a figura estatal e a diversidade dos saberes que materialize a concepção epistemológica de decolonização latino-americana. A construção de um Estado plurinacional surge como um mecanismo de materialização da democracia consensual e de emancipação do saber ambiental, em especial, do entendimento da sustentabilidade sob seu enfoque multidimensional.

CONCLUSÃO

Verificou-se que um dos paradigmas a serem ultrapassados na concepção política e jurídica está no papel das instituições estatais de reproduzir uma montagem discursiva que não se coaduna com a realidade social, no tocante à sustentabilidade e à promoção de um desenvolvimento sustentável.

Para o enfrentamento da crise ambiental é de importância objetiva o adequado funcionamento do aparato estatal como um ser vivo capaz de intermediar mecanismos que promovam a cidadania ambiental e formação de diretrizes que pensem a sustentabilidade como um ponto crítico para os efeitos ecológicos que se verificam na sociedade contemporânea.

A racionalidade ambiental aqui exposta permite que haja a problematização de limites da figura estatal como tida contemporaneamente no território brasileiro. A interculturalidade, a decolonização e o Estado plurinacional são instrumentos que viabilizam a tensão dos limites do Estado nacional brasileiro neste período paradigmático que se verifica, tanto no campo jurídico quanto no social.

A base de sustentação da colonização, ou seja, a aceitação de subjugação da subjetividade, deve ser rompida para que os saberes sejam contextualizados dentro da realidade social e do terreno epistemológico no qual se pretende incidir uma carga epistemológica. A decolonização trazida nas linhas acima pretendeu buscar perspectivas interpretativas que reafirmem a capacidade local de construção de saber hábil a orientar entendimentos jurisprudenciais e a governança como um fenômeno plural e multifacetado. Assim, o pensamento decolonial busca apresentar questionamentos que gerem desconforto na produção de conhecimento, buscando romper com os movimentos circulares

Apresentou-se no Estado plurinacional a possibilidade deste emancipar o sujeito e transcender o modelo de Estado visto hoje, que tem na monocultura do homem a única fonte de reflexão possível. Constatar o ambiente plural e

diversificado é o mesmo que dar voz aos atores sociais e políticos marginalizados. Trata-se de reequilibrar as forças dentro do jogo democrático.

Logo, o saber ambiental e o manejo democrático das diversas fontes de conhecimento torna possível o questionamento da universalidade e generalidade de um pretense saber ordenador do processo globalizante.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ARANHA, Maria Lucia de Arruda; PIRES MARTINS, Maria Helena. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi* Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BITTAR, E. C. B.; DE ALMEIDA, G. A. *Curso de Filosofia do Direito*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26.jul.2017.

CAVALHEIRO, Larissa Nunes; MOTA, Luiza Rosso. *Economia e Sustentabilidade: o futuro enquanto direito (in)certo?*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63ab39b143493b83>. Acesso em: 28.jul.2017.

COLAÇO, Thais Luzia. *Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012.

ESCOBAR, Arturo. *Sentipensar con la Tierra: nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*. Medellín: Unaula, 2014.

FADUL, David; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. O Campo do Conhecimento Jurídico e os Desafios da Interdisciplinaridade. *evista Orbis Latina*. v. 4. n.1. jan-dez, 2014.

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavalheiro com um novo paletó. p. 167-192. In: VERDUM, Ricardo (Org.) *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

LANDA, César. Constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Direito UFMS*. Campo Grande. v. 3. n. 1. p. 7-21. jan/jul, 2017.

LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (Org.) *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americana*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Tradução de Jorge E. Silva. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes, 2006.

- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; GOMES, Renata Nascimento; PELEGRINI, Isabelle Maris. Diálogo Intercultural: a hermenêutica diatópica como elemento para a formação de um estado transformador. In: BALESTERO, Gabriela Soares (Org.) *Estudos de Direito Latino-Americano*: volume III. Jundiaí: Paco Editoria, 2015.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 12 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor*: desmascarando o mito do setor público vs setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portólio, 2014.
- MENDES, Antônio Celso. *Dimensões Conceituais do Direito*. 2 ed. Curitiba: Champagnat, 2008.
- MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários À Educação Do Futuro*. 6. ed. São Paulo: UNESCO, 2002.
- OLIVEIRA, George Gurgel de. *Desenvolvimento, Política Ambiental e Sustentabilidade*. 2015. Disponível em: <http://www.politicademocratica.com.br/article/desenvolvimento-politica-ambiental-e-sustentabilidade/>. Acesso em: 26.jul.2017.
- PORTANOVA, Rogério; CORTE, Thaís Dalla. Descolonização e luta socioambiental: o paradigma dos saberes do sul. In: CUNHA, Belinda Pereira da. (org.) *Os Saberes Ambientais, Sustentabilidade e Olhar Jurídico*: visitando a obra de Enrique Leff. Caixias do Sul: Educs, 2015.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgar (org.) *A Colonialidade do Saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Clacso, 2005.
- REIGADAS, María Cristina. *Una modernidad, modernidades múltiples. Más allá de la generalización y del método comparativo*. 2017. Disponível em: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/reigadas/pdf/Biblioteca/Textos/Reigadas_Una%20modernidad_varias%20modernidades.pdf. Acesso em: 16.ago.2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. 6 ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.
- SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de. Racionalidade Comunicativo-ambiental: o procedimento e o conteúdo da democrática deliberativa voltada à proteção do meio ambiente. In: CUNHA, Belinda Pereira da. (Orgs.) *Os Saberes Ambientais, Sustentabilidade e Olhar Jurídico*: visitando a obra de Enrique Legg. Caxias do Sul: Educs, 2015.
- SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Paradigmas da Conquista e da Contenção: o desafio de conhecer sem destruir o outro. *Revista Científica Internacional*. n 2. v. 10. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/280804864>. Acesso em: 18.ago.2017.
- SUBIRATS, Eduardo. Viagem ao Fim do Paraíso. In: NOVAES, Adauto (org). *Oito Visões da América Latina*. São Paulo: SENAC, 2006.
- WALSH, Catherine. *Interculturalidad, estado, sociedade*: luchas (de)coloniales de nuestra época. Quito-Ecuador: Universidade Andina Simón Bolívar, 2009.
- WOLKER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *História do Direito no Brasil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DESENVOLVIMENTO, DISTRIBUIÇÃO DE RENDA E SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: ALGUMAS INTER-RELAÇÕES

DEVELOPMENT, INCOME DISTRIBUTION AND BRAZILIAN TAX SYSTEM: SOME INTER-RELATIONS

Marisa Rossignoli

Mestre em Economia pela PUC-SP. Doutora em Educação (Política e Gestão).
Professora de Economia e Direito do Mestrado e Doutorado em Direito.

Cristiano Floriano Saneshima

Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR.

Submetido em: 29/06/2017

Aprovado em: 22/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.4079>

Resumo: Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil apresentados na Constituição Federal de 1988 tem-se a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. Sendo assim, este artigo objetiva discutir o desenvolvimento econômico como elemento fundamental e analisar os indicadores de produção, produção per capita e distribuição de renda para melhor compreensão do cenário brasileiro, objetiva-se, também, uma análise comparativa com a tributação em outros países. Como resultados verifica-se a alta tributação indireta, concentração da renda e um sistema que não contribuiu para os objetivos propostos pela Constituição Federal. O método utilizado é o dedutivo, com revisão bibliográfica e análise de dados primários.

Palavras-chave: Desenvolvimento Econômico; Tributação Direta; Sistema tributário.

Abstract: *Among the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil presented in the 1988 Federal Constitution are the eradication of poverty and marginalization, as well as the reduction of social and regional inequalities. Thus, this article aims to discuss economic development as a fundamental element and analyze the indicators of production, per capita production and income distribution to better understand the Brazilian scenario, also aims at comparative analysis with*

taxation in other countries. As results, high indirect taxation, concentration of income and a system that does not contribute to the objectives proposed by the Federal Constitution is verified. The method used is deductive, with bibliographic review and analysis of primary data.

Keywords: *Economic development; Direct Taxation; Tax system.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desigualdade Social e Desenvolvimento. 3. Erradicação da Pobreza e Marginalização e Redução das Desigualdades como Objetivos Fundamentais da República. 4. Sistema Tributário e sua Função de Redistribuição da Renda: diminuição das Desigualdades Sociais. 4.1 O Modelo Brasileiro. 5. Análise comparativa: algumas considerações. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Tributário Brasileiro pode ser discutido sob várias perspectivas. O artigo ora apresentado objetiva relacionar os indicadores de crescimento e de desenvolvimento, tais como PIB, PIB per capita e índice de Gini, inserindo o Brasil no contexto mundial para análise dos dados e discussão sobre a importância do sistema tributário enquanto elemento de desenvolvimento econômico.

A pesquisa trabalha com o método dedutivo, realizando levantamento bibliográfico e pesquisa aos dados estatísticos de bases do Banco Mundial, OCDE e Receita Federal, permitindo construir inter-relações entre estes indicadores.

Entende-se que o crescimento apresenta-se como algo fundamental para a economia brasileira, mas que além deste é preciso garantir o desenvolvimento, com melhoria de indicadores para a economia como um todo.

Para construção do artigo apresenta-se inicialmente a discussão do desenvolvimento e das desigualdades sociais; na sequência discute-se justamente o objetivo de redução destas desigualdades para que no item 3 seja apresentado comparativos com outros países.

2 DESIGUALDADE SOCIAL E DESENVOLVIMENTO

Para se discutir desigualdade social e desenvolvimento econômico, entende-se desenvolvimento econômico como o crescimento quantitativo levando a um quadro de melhora qualitativa para a população como um todo de um país. O crescimento que mantém o quadro de desigualdade não é desenvolvimento, transforma-se neste apenas quando há um projeto social para melhora das condições de vida da maioria da população e se “metamorfesia” para o desenvolvimento (FURTADO, 1999). Ainda de acordo com Furtado (1998), é necessário

que haja vontade política, somente o Estado seria capaz de implantar políticas e propor reformas necessárias ao desenvolvimento.

Essa visão global do capitalismo industrial levou-me à conclusão de que a superação do subdesenvolvimento não se daria das simples forças do mercado, exigindo um projeto político voltado para a mobilização de recursos sociais que permitisse empreender um trabalho de reconstrução de certas estruturas (FURTADO, 1998, p.68).

O conceito de desigualdade social compreende diversos tipos de desigualdades, desde desigualdade de renda, oportunidade, gênero, escolaridade e muitas outras. No presente trabalho, trata-se da desigualdade social na perspectiva da desigualdade econômica, causada pela distribuição desigual de renda (aproximando-se do sentido proposto pela Constituição Federal, art. 3º, inciso III).

A desigualdade econômica desencadeada pela má distribuição de renda (onde a maioria dos recursos está concentrada nas mãos de uma minoria da sociedade) é a fonte geradora de inúmeras desigualdades (alimentação, moradia, segurança, postos de trabalho, educação, saúde etc.), já que a indisposição de recursos leva, via de regra, ao menor acesso ou acesso de pior qualidade a estes serviços.

Neste sentido, uma reforma fiscal, contemplando sistema tributário e gastos, apresenta-se como extremamente necessária.

A desigualdade social guarda relação direta com o modelo tributário adotado, conforme Medeiros e Souza (2016):

Os níveis de desigualdade de renda em uma sociedade afetam e são afetados por várias dimensões das políticas públicas. Por um lado, a desigualdade de renda está relacionada aos níveis de educação, saúde, nutrição, mortalidade, violência e várias outras características da sociedade, determinando e sendo determinada por elas. Por outro, a concentração ou não da renda estabelece como funciona, na prática, um sistema tributário que é a fonte de recursos para praticamente todas as políticas públicas. Não há dúvidas, portanto, que o tema tem impactos que vão muito além da dinâmica econômica.

Alguns indicadores são utilizados para medir estatisticamente a desigualdade social existente nos países, sendo um dos mais conhecidos o índice (ou coeficiente) de Gini, que mensura a distribuição de renda em um país, como será apresentado a seguir.

Os indicadores da desigualdade social, de forma geral, pretendem comparar os desníveis de renda e outras perspectivas relevantes (como acesso aos serviços públicos e emprego, por exemplo).

O índice de Gini mensura em que medida um determinado país ou local pode ser igualitário ou desigual social e economicamente, tomando como parâmetro a concentração ou não da renda observada. No Brasil são utilizados dados provenientes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O índice (ou coeficiente) de Gini apresentou evolução sobre outros indicadores que eram utilizados, tais como o valor do Produto Interno Bruto (PIB) (que representa tão somente a soma dos todos os bens e serviços produzidos num determinado local e durante certo período de tempo) ou o PIB *per capita* (que divide o valor do PIB no número da população, perfazendo apenas a média aritmética, sem preocupação se há ou não concentração de renda).

A série histórica de 2005 a 2014 (ocultou-se 2010, pois neste ano não houve a pesquisa) do Brasil frente ao índice de Gini apresenta a variação ilustrada no Gráfico 1, segundo dados oferecidos pelo Banco Mundial (WORLD BANK, 2017a):

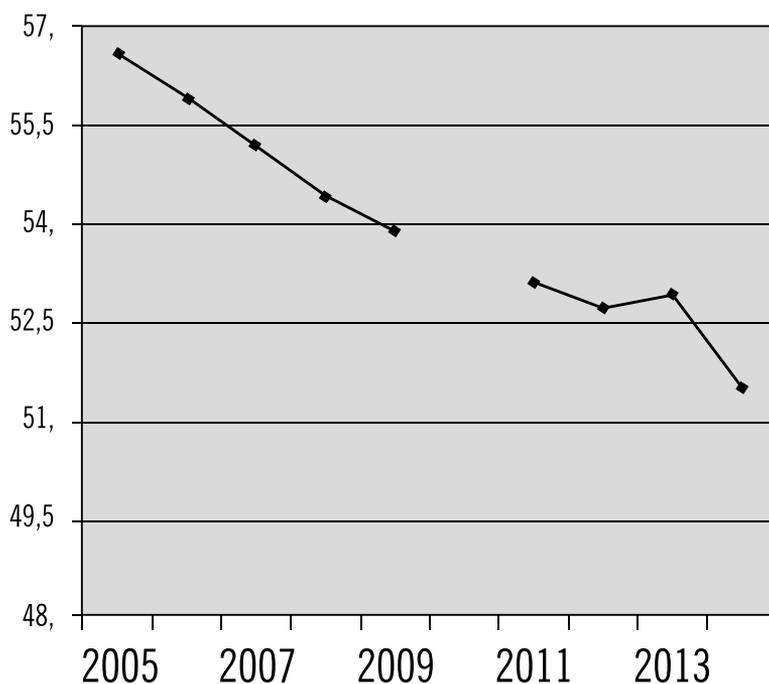


GRÁFICO 01 - Índice de Gini do Brasil (2005 a 2014)

Fonte: Elaboração própria, dados do World Bank (2017).

O índice de Gini varia de zero a um, sendo quanto maior, pior a distribuição de renda. Constata-se que em 2014 o índice atingiu seu menor número (0,515 ou 51,5) e que, no período considerado, ano a ano está havendo redução, ou seja, a desigualdade social no país está diminuindo. Porém, tal constatação, apesar

de ser positiva, é de certa forma ilusória. Isto porque no comparativo mundial o Brasil ocupa ainda as últimas posições em relação ao coeficiente de Gini. De acordo com os dados do Banco Mundial, considerando 133 países com o índice medido a partir de 2008¹, o Brasil ocupa a 124ª posição, ou seja, à frente de apenas nove países.

É certo que há países mais pobres em melhor posição no *ranking*, já que a preocupação do indicador é a medição do desnível de renda e verificação se há ou não desigualdade (se um determinado país for pobre e a população toda desta forma, não há desigualdade social, apesar do nivelamento ficar por baixo). Esta é uma das críticas voltadas à utilização do índice de Gini, sendo que há um aumento do grau de confiabilidade quando usado comparativamente a outros indicadores, tais como o PIB e PIB *per capita*.

Em relação ao PIB, temos que o Brasil apresentou-se no ano de 2015 como a nona maior economia do mundo, conforme divulgação do Banco Mundial (2017b), expressa na Tabela 1:

TABELA 01 - Ranking mundial do PIB em 2015 (25 maiores)

| Posição | País | Montante (milhões de dólares) |
|---------|----------------|-------------------------------|
| 1 | Estados Unidos | 18.036.648 |
| 2 | China | 11.007.721 |
| 3 | Japão | 4.383.076 |
| 4 | Alemanha | 3.363.447 |
| 5 | Reino Unido | 2.858.003 |
| 6 | França | 2.418.836 |
| 7 | Índia | 2.095.398 |
| 8 | Itália | 1.821.497 |
| 9 | BRASIL | 1.774.725 |
| 10 | Canadá | 1.550.537 |

Fonte: Elaboração própria, dados do World Bank (2017).

Entretanto, em relação ao PIB *per capita* o país ocupou somente a septuagésima posição no *ranking* (em 2015), segundo dados também do Banco Mundial (2017c), conforme a tabela 02:

¹ Observa-se que não há divulgação anual do índice de Gini para todos países, sendo que para o presente estudo considerou-se o último número divulgado de cada um, excluindo-se apenas as nações sem índice atualizado (anterior a 2008).

TABELA 02 - Ranking mundial do PIB per capita em 2015 (100 primeiros)

| Posição | País | Valor (milhões de dólares) |
|----------------|----------------|-----------------------------------|
| 1 | Luxemburgo | 101450 |
| 2 | Suíça | 80945,08 |
| 3 | Macau | 78585,88 |
| 4 | Noruega | 74400,37 |
| 5 | Catar | 73653,39 |
| 6 | Irlanda | 61133,67 |
| 7 | Austrália | 56310,96 |
| 8 | Estados Unidos | 56115,72 |
| 9 | Singapura | 52888,74 |
| 10 | Dinamarca | 51989,29 |
| 70 | BRASIL | 8538,59 |

Fonte: Elaboração própria, dados do World Bank (2017).

Esta constatação já dá indícios de elevada concentração de renda (PIB total alto e PIB *per capita* baixo) e trabalhando conjuntamente com a análise do índice de Gini, tem-se o diagnóstico de que há uma situação atual de grande desigualdade social no país.

Isto também foi a conclusão do relatório denominado “Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira”, emitido pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (2016), que analisou os dados constantes nas declarações do imposto de renda pessoa física de 2015.

Nas palavras do relatório, após tal constatação, fez-se ainda a observação que a situação é maléfica, podendo inibir o crescimento econômico do país, inclusive:

A principal conclusão é que a concentração de renda e riqueza entre os mais ricos é substancial, sobretudo no último milésimo de renda. Em média, o 1% mais rico acumula 14% da renda declarada no IRPF e 15% de toda a riqueza. A elevada desigualdade no topo da distribuição de renda tende a limitar a igualdade de oportunidades na sociedade e pode ser um inibidor do crescimento econômico (BRASIL, 2017).

Assim, torna-se visível, também em números, a desigualdade social e econômica que vigora no país, tornando-se relevante a análise e estudo dos aspectos que levaram a esta situação, sendo um importante deles a estruturação e objetivos do sistema tributário vigente, em paralelo com os objetivos fundamentais elencados na Constituição Federal.

3 ERRADICAÇÃO DA POBREZA E MARGINALIZAÇÃO E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES COMO OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

Dentre os objetivos fundamentais da República impostos pela Constituição Federal (art. 3º), encontra-se que o Estado deve trabalhar para erradicar a pobreza e marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais que desde sempre existiram no país.

A palavra “objetivo”, utilizada pelo legislador constituinte, deve ter o sentido de uma meta a ser alcançada pelo Estado, enquanto o adjetivo “fundamental” deve significar que tais objetivos estão entre os principais, ou seja, são a base, o alicerce:

“Objetivo” é um signo que aponta para a frente, indicando um ponto adiante a ser alcançado pela prática de alguma ação - aqui: ação governamental. “Fundamental”, aqui, é o adjetivo que se refere ao que se tem como mais relevante no momento, ao que é prioritário e básico (SILVA, 2009, p.46).

O autor (2009) ressalta também que tais objetivos não são os do governo que está no poder, mas sim do próprio Estado brasileiro, pois cada governo pode definir seus próprios objetivos e metas a alcançar, mas não pode deixar de lado os objetivos fundamentais elencados na Constituição.

A indicação de tais objetivos, por si só já reconhecem a existência destas mazelas e a falha na prestação estatal. No mesmo sentido, a explanação de Grau (2006, p. 218):

O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento 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.

Por outro lado, como bem coloca o autor, há a intenção de mudança neste quadro, erradicando (eliminando totalmente) a pobreza e marginalização (situação social daquele que fica à margem da sociedade) e diminuindo a diferença existente na condição social dos cidadãos dentro desta sociedade, bem como entre as diversas regiões do país (desigualdade regional).

Ou seja, o Estado deve trabalhar sempre visando diminuir as desigualdades sociais e regionais (as quais não necessariamente precisam ser eliminadas, ao contrário da pobreza e marginalização).

Assim, chega-se ao entendimento de que, de acordo com os princípios constitucionais, a existência de alguma desigualdade é tolerada, mas desde que não seja extremada nem faça haver pobreza e marginalização de pessoas (estado de não acesso aos recursos mínimos existenciais).

Cabe aqui, também, resgatar o debate acerca da eficácia das normas constitucionais fundadas em conteúdo principiológico (tal como os objetivos fundamentais da República), qual seja, a discussão sobre se tais regras devem ser imediatamente aplicadas ou se constituem em mera intenção de boa vontade destinada ao agente público.

O constitucionalismo clássico, baseado na doutrina de Ruy Barbosa, só considerava a norma constitucional autoaplicável se esta fosse apta a gerar seus efeitos independentemente da atuação do legislador, sendo que, para as regras que indicassem meramente princípios (objetivos), haveria a necessidade de posterior concretização em lei para poder ser exigida.

Entretanto, a evolução do pensamento constitucional levou a uma revisão desta teoria, pregando-se que a norma inserida na Constituição deveria, via de regra, ser tratada como auto aplicativa e não dependente da atuação posterior do legislador infraconstitucional.

Faz observação neste sentido Sarlet (2012, p. 242-243):

A teoria de Ruy Barbosa, em que pese sua inegável importância e seus aspectos positivos, passou a ser objeto, entre nós (de modo especial a partir da década de cinquenta), de acirrada crítica, não correspondendo mais ao modelo preponderante no âmbito de nossa doutrina, além de manifestamente incompatível com o direito constitucional positivo desde a Constituição de 1934, de cunho notadamente social e programático, aspectos que desde então caracterizam nosso constitucionalismo. Sua revisão e reformulação ocorreram com base, principalmente no pensamento de alguns dos principais publicistas italianos do segundo pós-guerra, mas também à luz das lições de juristas alemães da época de Weimar. Enquanto a concepção clássica partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável.

Uma revisão relevante foi proposta por Silva (1999), o qual colocou distinção entre normas constitucionais sem eficácia imediata (que dependem necessariamente da atuação legislativa posterior, pois o próprio texto constitucional imporia esta condição ao invocar a lei ou explicitar que a regulamentação se dará na «forma da lei»), sendo estas normas aquelas direcionadas à organização administrativa do país. Tais regras seriam distintas das normas principiológicas ou programáticas (que fazem relação às finalidades estatais, como, por exemplo, os objetivos fundamentais da República), as quais não necessitariam de posterior atividade legislativa alguma para poderem ser exigidas, devendo ser tratadas como a direção a ser seguida pelo Estado e de aplicação imediata.

Conforme as palavras do autor:

É fácil observar, pela simples leitura das constituições contemporâneas, que as normas de eficácia limitada apresentam categorias distintas. Basta um exemplo extraído de nossa Constituição, comparando-se duas de suas disposições: a) «A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios» (art. 33); [...] Trata-se, como se vê, de prestações constitucionais de eficácia limitada, pois não regulam direta e imediatamente a matéria referente às entidades e órgãos mencionados; o constituinte preferiu incumbir desta tarefa o legislador ordinário (*a lei indicará..., regulará..., a lei disporá...*); b) “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)” (art. 196); [...] “dever do Estado”, aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido; sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida, mas também se nota sua diferença em relação àquelas outras, especialmente quanto aos objetivos sociais e aos meios de sua atuação prática. Aqueles dependem da legislação (*a lei disporá..., regulará..., etc.*); o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executividade mediante normatividade ulterior. As últimas não remetem à lei; estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados (SILVA, 1999, p.83-84).

No período que se segue, cada vez mais está sendo reconhecido o caráter cogente das normas constitucionais, através do neoconstitucionalismo (também chamado de constitucionalismo contemporâneo), que reconhece a Constituição como regra que deve ser real e imediatamente obedecida e não simplesmente ser tratada como documento de boas intenções para o futuro. Neste sentido, Cambi (2017):

Afirmar que as normas constitucionais têm *força normativa* é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que é dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter *normatividade*, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos. Com efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam *normas constitucionais programáticas* que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros.

Afirma o autor (2017) ainda que dada força normativa constitucional, as normas programáticas vinculam o legislador e todos os órgãos da administração, bem como servem de limitação material negativo dos poderes públicos:

A positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: i) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); ii) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais devem tomá-las como *diretivas materiais permanentes*; iii) servirem de *limites materiais negativos* dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que as contrariam.

Desta forma, as normas constitucionais, inclusive as programáticas, tais como a erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades devem ser encaradas como uma obrigação de qualquer governo que se proponha a administrar o Estado brasileiro.

É claro que o quadro de desigualdade não irá ser revertido instantaneamente, ou de uma hora para a outra. Contudo, a obrigatoriedade seria na busca constante deste objetivo, uma evolução. Para tanto, a utilização de todo o sistema torna-se necessário, notadamente o sistema de arrecadação de tributos, já que este sendo bem utilizado tem força para promover a redistribuição de renda, à medida que onere mais àquele com maior capacidade de contribuição (e não o contrário) e que os recursos sejam destinados aos mais necessitados.

Assim, considerando o reconhecimento da força normativa da Constituição, o qual coloca a mesma no centro de todo o sistema jurídico e direciona a lei (vide todas as demais normas, tais como as tributárias) para a periferia (CUNHA JUNIOR, 2017), há fundamento jurídico para exigir do Estado a mudança de política tributária quando houver constatação de que esta não se encontra contribuindo para a redução das desigualdades e da concentração da renda.

O uso do sistema tributário com motivador da redução das desigualdades sociais e a redistribuição de renda são apresentados no item a seguir.

4 SISTEMA TRIBUTÁRIO E SUA FUNÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO DA RENDA: DIMINUIÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

À medida que as sociedades foram se desenvolvendo, além de ser delegado ao Estado o poder geral de administração, passa ele a ser também o responsável pela providência dos serviços públicos à população.

Tais responsabilidades geram, sem dúvidas, gastos e demandas, os quais devem ser suportados por alguma fonte de recurso e mão de obra.

Para Nabais (2017), há três custos principais para o Estado moderno (custo para defendê-lo, custo para funcionamento da democracia e custo para a manutenção dos serviços públicos):

Pois bem, num estado de direito democrático, como são ou pretendem ser presentemente os estados actuais, podemos dizer que encontramos basicamente três tipos de custos *lato sensu* que o suportam. Efectivamente aí encontramos custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar. Aí encontramos custos ligados ao funcionamento democrático do estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar directamente questões submetidas a referendo. E aí encontramos, enfim, custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados portanto no dever de pagar impostos.

Já houve uma época em que esses recursos e mão de obra eram captados através da pilhagem dos bens e escravização dos povos vencidos na guerra ou directamente dos seus próprios súditos, o que nos dias atuais já não mais ocorre, felizmente.

Atualmente, a evolução estatal preconiza que o Estado pague em dinheiro os bens e a demanda de trabalho que necessita, devendo obter os valores através da atividade financeira (Estado Financeiro). Apresenta-se a seguir os principais modelos já observados de Estado Financeiro:

a) o Estado Patrimonial, que vive precipuamente das rendas provenientes do patrimônio do príncipe, que convive com a fiscalidade periférica do senhorio e da Igreja e que historicamente se desenvolveu até o final do século XVII e início do século XVIII; b) o Estado de Polícia, que aumenta as receitas tributárias e centraliza a fiscalidade na pessoa do soberano e corresponde à fase do absolutismo esclarecido (século XVIII); c) o Estado Fiscal, que encerra o seu substrato na receita proveniente do patrimônio do cidadão (tributo) e que coincide com a época do capitalismo e liberalismo; d) o Estado Socialista, que vive do patrimônio público, especialmente das receitas industriais, e no qual o tributo, pela quase inexistência da propriedade privada, exerce papel subalterno (TORRES, 1991, p.1).

O Brasil, tal como a grande maioria dos Estados contemporâneos, adota o modelo de Estado Fiscal, ou seja, aquele em que o financiamento público dá-se de forma principal através da arrecadação de tributos exigidos dos cidadãos.

O direito tributário brasileiro, consubstanciado nas normas positivadoras do sistema tributário nacional, assume a função de disciplinar juridicamente como se dará tal arrecadação (conforme exposto no segundo capítulo deste trabalho), sem poder deixar de obedecer os princípios do Estado de Direito. Confirma a assertiva Paulsen (2012, p. 16):

A submissão do Estado ao Direito permitiu que se colocasse a tributação no âmbito das relações jurídicas obrigacionais, disciplinada mediante o estabelecimento das prerrogativas de cada parte, quais sejam, o Estado credor e o contribuinte devedor. E isso não apenas sob uma perspectiva estática, mas também dinâmica, abrangendo tanto as questões materiais como as garantias formais, procedimentais e processuais.

Objetivamente, o tributarismo constitui-se, assim, na presença do poder de império do Estado, já que a relação jurídica é imposta de cima para baixo.

E, para que não se cometam as injustiças percebidas em épocas passadas, o Estado deve obedecer uma série de princípios tributários e constitucionais (legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, não-confisco, dentre outros), o que garante, de certa forma, a cobrança legal e não excessiva ao cidadão.

Entretanto, a mera adequação formal à legislação (abordagem estritamente legalista e financeira) não garante uma cobrança socialmente justa. Isto porque a tributação, à luz da atual Constituição Federal, não pode ser mais encarada somente com função arrecadatória e de abastecimento dos cofres públicos. Deve ser utilizada também para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República (erradicação da pobreza e marginalização e diminuição das desigualdades sociais e regionais), já que ela pode exercer a função também redistributiva, na forma de um necessário intervencionismo estatal, conforme entendimento também de Santos (2017):

O modelo de tributação de uma nação exerce um importantíssimo papel no combate às desigualdades sociais e econômicas. Em um sistema tributário justo e equilibrado há uma tendência para que a renda e a riqueza sejam menos concentradas. O papel do tributo em uma sociedade contemporânea não é somente financiar o Estado, mas, primordialmente, servir de instrumento de transformação social para resgatar direitos não realizados. Tal função não é apenas dos tributos, pois todo o sistema jurídico no qual ele está inserido e dá suporte tem esse dever de atuar como um agente transformador.

Tem-se, assim, que o modelo tributário de um país exerce influência junto à sociedade que envolve, podendo servir tanto para os interesses próprios da administração governamental (arrecadação) quanto para a função social modificatória da realidade, aumentando ou diminuindo a concentração de renda, conforme será colocado no tópico seguinte.

Sendo o ato de tributar essencial para o funcionamento do Estado brasileiro (já que as despesas públicas com o fornecimento de bens e serviços aos jurisdicionados impõem que haja arrecadação de valores para suportá-las), o Gover-

no, obedecendo à legislação tributária vigente, faz a administração necessária, consubstanciando nas políticas tributária e fiscal definidas a partir dos objetivos almejados.

Entende-se por política tributária a definição de como e onde o Governo irá buscar os recursos necessários para fazer frente às despesas públicas e política fiscal, ao seu turno, onde irão ser aplicados os recursos arrecadados.

Desta forma, percebe-se que o tributarismo está ligado diretamente à política. As opções políticas do Governo é que definem de quem será retirado os valores e para quem será posteriormente destinado.

Se por um lado há a pressão dos destinatários para a aplicação em uma ou outra área (ex: saúde, educação, saúde, moradia, segurança etc.) ou ainda para outras finalidades (pagamento de dívidas, investimentos, programas de transferência de renda etc.), por outro lado há a pressão dos contribuintes, já que naturalmente, via de regra, ninguém vê com bons olhos a tributação recaindo sobre si.

Assim, o governo deve buscar o equilíbrio entre as reivindicações e demandas e a oposição daqueles que efetivamente pagam por elas. Há tensão constante neste cenário, já que os gastos crescentes demandam mais arrecadação.

Contudo, a verificação do equilíbrio não se pode dar somente equacionando as contas (quantia arrecadada *versus* quantia gasta). À luz da Constituição Federal e seus princípios sociais, só há equilíbrio se houver isonomia de fato na tributação, observando-se a capacidade de contribuição de cada um, ou seja, tributar mais aquele que tem mais recursos e vice versa, bem como se os valores forem aplicados em prol de quem necessita mais e não o contrário. Somente desta forma pode haver um sistema tributário justo e que contribua para a diminuição das desigualdades sociais, conforme palavras de Silva (2017):

A ordem constitucional brasileira eleva o Estado a instrumento de transformação social, à medida que impõe a execução de políticas públicas comprometidas com a consecução de uma ordem social mais justa e igualitária, ou seja, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. É, portanto, dever do Estado Democrático de Direito compensar os contrastes sociais, visando a uma ordem social mais justa mediante a utilização da política tributária. Em razão disso, no Estado Democrático de Direito, característico de uma constituição dirigista, a função dos tributos não pode restringir-se, unicamente, ao financiamento do setor público. Deve, por outro lado, buscar os objetivos de redistribuição aos quais concorrem não só os tributos progressivos, mas também com os gastos públicos especialmente direcionados a criar

maiores utilidades à parcela da população com mais necessidades por satisfazer.

Para o atingimento deste objetivo, é necessário que o sistema tributário brasileiro seja utilizado na direção dos princípios determinados pela Carta Federal.

Deve-se, assim, questionar se atualmente a tributação no Brasil está servindo para diminuir as desigualdades sociais ou, ao contrário, contribuindo para sua elevação.

Analisando o modelo tributário nacional, tem-se que há tributos diretos (que recaem sobre a renda e patrimônio) e tributos indiretos (sobre consumo de produtos e serviços).

A tributação direta é a base do sistema tributário progressivo, aquele que atende ao princípio da capacidade contributiva, já que neste modelo a tributação atinge com mais contundência aquele com maior capacidade econômica (por exemplo, quem tem maior renda e patrimônio), ou seja, com maior capacidade de contribuir.

Já a tributação indireta possui caráter mais regressivo, onde tanto os mais abastados quanto os mais carentes são taxados da mesma forma (quando adquirem um produto ou mercadoria ou quando contratam um serviço não há distinção de alíquota entre um e outro), não contribuindo com a desconcentração da renda e diminuição das desigualdades sociais, sendo assim, no geral, uma tributação injusta do ponto de vista social. Este também é o entendimento de Gouvêa (2017):

Acima de tudo, reiteramos, o sistema tributário justo deve operar respeitando as faixas econômicas em que se situam, obrigatoriamente e em qualquer sociedade até hoje, sem exceção, distribuídas pela disponibilidade financeira de cada indivíduo ou seguimento, a partir da população carente, que naturalmente já se coloca fora do alcance da tributação direta e que deve ser, exatamente na forma constitucional de 46, liberada ao máximo do alcance da tributação indireta também; a faixa subsequente, em progressão geométrica, se situa, dentro dos limites mensuráveis, na zona de consumo, que ascende do nível dos gêneros de primeira necessidade ao mais complexo e sofisticado consumo; a última faixa, que denominamos de entesouramento, fecha o ciclo imponente, indo desde a poupança popular até os níveis dos altos investimento, área de atuação dos impostos diretos, especialmente o imposto de renda e afins.

Demonstrar-se-á no tópico seguinte que o sistema tributário brasileiro tem enfoque na tributação indireta e é, por esta razão, regressivo e fiscalmente

injusto, provocando concentração de renda (haja vista proporcionalmente onerar de forma mais significativa o indivíduo com menos recurso) e não se encontra atendendo aos princípios sociais e objetivos propugnados Constituição da República de 1988, notadamente o de reduzir as desigualdades sociais e de erradicação da pobreza e marginalização.

4.1 O MODELO BRASILEIRO

A estrutura do sistema tributário de um país, à medida que impacta nas finanças e economia interna, influi de forma considerável no nível e distribuição de renda dos seus cidadãos.

Isto porque a eleição da forma em que os recursos são captados junto à sociedade e devolvidos à ela (na forma de serviços públicos, investimentos etc.) pode causar a redistribuição da riqueza ou não, e, ainda, em casos mais sérios, causar o efeito contrário: maior concentração da renda.

Em função da incidência e impacto na renda do cidadão, classificam-se os sistemas tributários em progressivos, regressivos ou neutros.

O sistema é progressivo quando impacta mais no contribuinte com maior capacidade econômica e vai se elevando à medida que sua renda também aumenta. Por via inversa, o sistema tributário é chamado regressivo quando agride mais o contribuinte com menor capacidade contributiva, regredindo até o de maior capacidade. E, por fim, o sistema neutro traz impacto idêntico em todas faixas de renda.

Conforme Gremaud (2007, p. 199):

Quanto a esse aspecto, pode-se classificar os sistemas tributários em progressivo, regressivo ou neutro. Um sistema tributário é dito progressivo quando a participação dos impostos na renda dos indivíduos aumenta conforme a renda aumenta, isto é, paga mais (em termos relativos) quem ganha mais. Um sistema é regressivo quando a participação dos impostos na renda dos agentes diminui conforme a renda aumenta (paga mais quem ganha menos). E é neutro quando a participação dos impostos na renda dos indivíduos é a mesma, independentemente do nível de renda.

Depreende-se pela conceituação que o sistema tributário só é socialmente justo quando é predominantemente progressivo (ênfase na tributação da renda e patrimônio), haja vista que somente desta maneira há um tratamento tributário de fato isonômico dos indivíduos (a contribuição dá-se na medida proporcional à capacidade econômica de cada um e não o contrário).

No caso brasileiro, uma das causas da concentração de renda e elevada desigualdade social é, sem dúvidas, o caráter regressivo da carga tributária, já que a ênfase da arrecadação é na tributação indireta, a qual recai principalmente sobre o consumo, onerando as famílias mais pobres e, de certa forma, privilegiando os mais abastados.

Os tributos diretos recaem sobre a renda e patrimônio do contribuinte, sendo assim, via de regra, o ônus por ele mesmo suportado. Em outras palavras, aquele que tem mais renda e patrimônio acaba, por consequência, pagando mais tributos. Essa progressividade é benéfica para a diminuição das desigualdades sociais, haja vista que tal percentual do patrimônio retirado do contribuinte com mais capacidade econômica pode ser aplicado na melhoria da qualidade de vida daqueles com menos recursos.

Já os tributos indiretos incidem sobre a produção e o consumo de bens e serviços, havendo comumente o repasse do ônus ao consumidor final. Isto porque os custos com esses tributos acabam sendo integrados nas despesas gerais das empresas, sendo posteriormente embutidos no preço até chegar ao destinatário (aquele que realmente consome ou faz uso do produto ou serviço). Desta forma, o pagamento do tributo acaba sendo idêntico para qualquer pessoa, independentemente da faixa de renda.

Seria justo se não houvesse na sociedade brasileira nenhuma desigualdade de capacidade econômica. Porém, como há grande diferença neste sentido, proporcionalmente o ônus maior da arrecadação dos tributos indiretos recai sobre aqueles com pouca capacidade contributiva, consubstanciando-se em um sistema tributário regressivo. No mesmo sentido foi a análise com os dados da tributação feita por Payeras (2017):

Como foi possível observar no presente trabalho, a carga tributária total no Brasil é regressiva quando tomada a renda como base. Destacam-se dois motivos para tanto. Um é que os impostos diretos, apesar de progressivos, têm baixa participação na renda. Enquanto a carga tributária direta representa 6,83% da renda média, os impostos indiretos representam 12,96%. O outro é que não é feita uma seleção satisfatória dos produtos na hora de tributar o consumo das famílias no Brasil, uma vez que a carga tributária indireta sobre a despesa monetária das famílias mais pobres foi maior que a carga sobre a despesa das famílias mais ricas.

Em números oficiais e recentes (2015), divulgados pelo Ministério da Fazenda, através da Receita Federal, pode-se visualizar a regressividade do sistema tributário nacional com os percentuais de arrecadação concentrados na maior parte em impostos indiretos, conforme a Tabela 03:

TABELA 03 - Carga tributária e variações por base de incidência - 2015 x 2014

| Cód. | Tipo de Base | R\$ milhões | | | % PIB | | | % da Arrecadação | | |
|------|------------------------|--------------|--------------|-----------|--------|--------|-------------------|------------------|--------|----------------------|
| | | 2014 | 2015 | Variação | 2014 | 2015 | Var (p.p. do PIB) | 2014 | 2015 | Var (p.p. da Arrec.) |
| 0 | Total: | 1.843.860,49 | 1.928.182,85 | 84.322,36 | 32,42% | 32,66% | 0,24 | 100,00% | 100% | 0 |
| 1000 | Renda | 332.888,43 | 352.305,41 | 19.416,99 | 5,85% | 5,97% | 0,11 | 18,05% | 18,27% | 0,22 |
| 2000 | Folha de Salários | 478.505,13 | 498.034,80 | 19.529,66 | 8,41% | 8,44% | 0,02 | 25,95% | 25,83% | -0,12 |
| 3000 | Propriedade | 76.840,90 | 85.696,87 | 8.855,97 | 1,35% | 1,45% | 0,1 | 4,17% | 4,44% | 0,28 |
| 4000 | Bens e Serviços | 925.635,63 | 957.923,77 | 32.288,14 | 16,28% | 16,22% | -0,05 | 50,20% | 49,68% | -0,52 |
| 5000 | Transações Financeiras | 29.818,44 | 34.686,30 | 4.866,86 | 0,52% | 0,59% | 0,06 | 1,62% | 1,80% | 0,18 |
| 9000 | Outros | 170,96 | -464,3 | -635,25 | 0,00% | -0,01% | -0,01 | 0,01% | -0,02% | -0,03 |

Fonte: Receita Federal do Brasil (2015)

Analisando esses números, tem-se que, pela soma dos percentuais referentes à tributação direta (sobre renda e propriedade) no ano de 2015, foi arrecadado

apenas 22,71% com tributos com esta característica, o que representou somente 7,2% do PIB nacional.

Por outro lado, a tributação indireta (sobre a folha de salários e bens e serviços, comumente repassada ao consumidor final) foi responsável por nada menos que 76,15% da arrecadação do mesmo ano, ou 24,66% do PIB brasileiro (mais de três vezes maior que a tributação direta).

Deste total, a maior arrecadação proveio do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), conforme se comprova através dos dados divulgados pela Receita Federal constantes na Tabela 04:

TABELA 04 - Receita tributária por tributo e competência: variações em pontos percentuais sobre o PIB - 2015 x 2014

| Tributo/Competência | 2014 | 2015 | Variação (p.p. do PIB) |
|-------------------------------|--------|--------|---------------------------|
| | % PIB | % PIB | |
| Total da Receita Tributária | 32,42% | 32,66% | 0,24 |
| Tributos do Governo Federal | 22,17% | 22,29% | 0,12 |
| IRRF | 3,25% | 3,55% | 0,3 |
| FGTS | 1,91% | 2,00% | 0,09 |
| IOF | 0,52% | 0,59% | 0,06 |
| Cide Combustíveis | 0,00% | 0,06% | 0,05 |
| Outros Trib. Federais | 2,74% | 2,80% | 0,06 |
| IPI | 0,87% | 0,81% | -0,05 |
| Contrib. PIS/PASEP e Cofins | 4,33% | 4,28% | -0,05 |
| Contrib. Prev. Social | 5,54% | 5,43% | -0,11 |
| IRPJ e CSLL | 3,01% | 2,78% | -0,23 |
| Tributos do Governo Estadual | 8,23% | 8,28% | 0,05 |
| IPVA | 0,57% | 0,61% | 0,04 |
| ICMS | 6,76% | 6,72% | -0,04 |
| Outros Trib. Estaduais | 0,91% | 0,95% | 0,05 |
| Tributos do Governo Municipal | 2,01% | 2,08% | 0,07 |
| IPTU | 0,49% | 0,52% | 0,03 |
| ISS | 0,97% | 0,98% | 0,01 |
| Outros Trib. Munic. | 0,55% | 0,58% | 0,02 |

Fonte: Elaboração própria. Receita Federal do Brasil (2015).

Observa-se que do total tributário que integrou o PIB de 2015, o ICMS foi quem mais contribuiu (transformando-se em pontos percentuais totais, verifica-se que sozinho ele representou nada mais nada menos do que 20,57% deste total).

Esta é uma constatação bastante negativa, haja vista a característica preponderantemente regressiva deste imposto (proporcionalmente acaba onerando de forma mais contundente a população mais pobre), conforme afirmação de Salvador (2017):

ICMS é essencialmente um tributo regressivo, que incide diretamente sobre bens e serviços, onerando a população mais pobre do país. Uma das principais questões sobre este imposto diz respeito às inúmeras alíquotas envolvidas e à falta de harmonização da legislação no país. As alíquotas das operações internas são estabelecidas pelos Estados e pelo Distrito Federal, podendo ser seletivas em relação à essencialidade do bem, isto é, produtos básicos deveriam ter alíquota menores, enquanto os supérfluos deveriam ter alíquotas maiores, conferindo assim maior justiça fiscal. Contudo, a situação que predomina no país é exatamente o inverso, com os bens supérfluos sendo menos tributados do que os bens essenciais. O ICMS responde por 45% dos tributos que incidem sobre os alimentos, sendo que a alíquota padrão corresponde a 17% ou 18%.

Para melhor ilustrar, em um exemplo simples, toma-se o ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica residencial no estado de São Paulo, que em 2015 representou por volta de 18% da fatura, segundo dados da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE).

Para uma família com renda mensal de R\$ 2.000,00 e que paga uma conta de energia no valor de R\$ 200,00 (R\$ 36,00 de ICMS), o total com o tributo (só neste pagamento) representa 1,8% da renda total da família.

Já para uma família com renda mensal de R\$ 10.000,00 e que tem o mesmo consumo, o custo com o imposto, levando em conta a renda, é de apenas 0,36% do total.

É claro que a família que ganha mais pode também gastar mais e pagar mais imposto em valores totais, mas a alíquota não se alterará, já que ao ICMS não interessa o nível de renda ou capacidade contributiva do indivíduo, o que comprova seu caráter regressivo, bem como a regressividade geral do sistema tributário brasileiro (já que, conforme ilustrado, obtém a maior parte da arrecadação proveniente deste imposto).

5 ANÁLISE COMPARATIVA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Apesar de existir o sentimento de tributação excessiva no Brasil, os números demonstram que em comparação com os países pertencentes à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2016) o país não está entre os países com maior carga tributária em relação ao PIB, havendo países desenvolvidos com números bastante superiores, conforme demonstra a Tabela 5:

TABELA 05 - Carga tributária no Brasil e em países selecionados da OCDE (2014) em relação ao PIB

| PAÍS | PERCENTUAL DA TRIBUTAÇÃO EM RELAÇÃO AO PIB |
|----------------|---|
| Dinamarca | 50,9 |
| França | 45,2 |
| Bélgica | 44,7 |
| Finlândia | 43,9 |
| Itália | 43,6 |
| Suécia | 42,7 |
| Noruega | 39,1 |
| Alemanha | 36,1 |
| BRASIL | 32,42 |
| Canadá | 30,8 |
| Turquia | 28,7 |
| Suíça | 26,6 |
| Estados Unidos | 26 |
| Chile | 19,8 |

Fonte: Elaboração própria, dados da OCDE (2016) e da Receita Federal do Brasil (2015).

Contudo, a grande diferença consiste na forma que esses recursos são captados junto à população (aquele que é mais onerado com a política fiscal).

Quando se compara a tributação por base de incidência, observa-se que na tributação da renda e do patrimônio (tributação direta) o fisco brasileiro age mais sutilmente que a maioria dos países da OCDE, sendo, inclusive, na comparação com todos eles, o que menos tributou a renda no ano de 2014, conforme o cruzamento de dados de percentual médio da tributação sobre a renda, oferecidos pela OCDE e pela da Receita Federal do Brasil e expostos na tabela a seguir:

TABELA 06 - Carga tributária média sobre a renda, lucro e ganho de capital no Brasil e em países selecionados da OCDE (2014)

| PAÍS | PERCENTUAL TRIBUTAÇÃO MÉDIA SOBRE A RENDA |
|----------------|--|
| Dinamarca | 32,2 |
| Noruega | 16,9 |
| Bélgica | 16,1 |
| Finlândia | 15,3 |
| Suécia | 14,8 |
| Canadá | 14,7 |
| Itália | 14,2 |
| Estados Unidos | 12,5 |
| Suíça | 12,3 |
| Alemanha | 11,0 |
| França | 10,5 |
| Chile | 6,5 |
| BRASIL | 5,85 |

Fonte: Elaboração própria, dados da OCDE (2016) e da Receita Federal do Brasil (2015).

O país também tributa relativamente pouco a propriedade (observa-se que a carga tributária sobre propriedade nos países do globo não é tão elevada). Em comparação aos países da OCDE, temos novamente que o Brasil não dá muita ênfase nesta espécie de arrecadação, conforme apresentado na Tabela 07:

TABELA 07 - Carga tributária média sobre a propriedade no Brasil e em países selecionados da OCDE (2014)

| PAÍS | PERCENTUAL TRIBUTAÇÃO MÉDIA SOBRE A PROPRIEDADE |
|----------------|--|
| França | 3,9 |
| Bélgica | 3,5 |
| Canadá | 3,1 |
| Estados Unidos | 2,8 |
| Itália | 2,6 |
| Dinamarca | 1,9 |
| Suíça | 1,8 |
| Turquia | 1,4 |
| BRASIL | 1,35 |
| Finlândia | 1,3 |
| Noruega | 1,1 |
| Suécia | 1,1 |
| Alemanha | 0,9 |
| Chile | 0,9 |

Fonte: Elaboração própria, dados da OCDE (2016) e da Receita Federal do Brasil (2015).

Entretanto, para consumo de bens e serviços (tributação indireta comumente repassada ao consumidor final), tributa de forma mais contundente, demonstram os dados a seguir na Tabela 8.

TABELA 08 - Carga tributária média sobre bens e serviços no Brasil e em países selecionados da OCDE (2014)

| PAÍS | PERCENTUAL TRIBUTAÇÃO MÉDIA SOBRE BENS E SERVIÇOS |
|----------------|---|
| BRASIL | 16,28 |
| Dinamarca | 15,2 |
| Finlândia | 14,4 |
| Turquia | 12,7 |
| Suécia | 12,1 |
| Itália | 11,7 |
| Noruega | 11,1 |
| França | 11,0 |
| Chile | 11,0 |
| Bélgica | 10,7 |
| Alemanha | 10,1 |
| Canadá | 7,4 |
| Suíça | 5,9 |
| Estados Unidos | 4,5 |

Fonte: Elaboração própria, dados da OCDE (2016) e da Receita Federal do Brasil (2015).

CONCLUSÃO

Tais números comprovam que a carga tributária brasileira é regressiva, pois mais da metade dela incide sobre o consumo, embutida nos preços dos bens e serviços, sendo que a consequência é que a população de menor renda acaba pagando proporcionalmente mais tributos do que aquelas com renda mais elevada, ao contrário do que acontece nos países mais desenvolvidos.

Depreende-se, assim, que o sistema tributário brasileiro não caminha conforme os ditames constitucionais concernentes ao tratamento tributário isonômico e respeitoso à capacidade contributiva dos cidadãos. Tampouco se encontra contribuindo para a diminuição das desigualdades sociais e da concentração de renda que assolam o país, razão pela qual se fazem necessárias mudanças que tornem o sistema mais justo.

REFERÊNCIAS

ABRADEE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica. *Alíquotas ICMS 2015 - residencial*. Disponível em: < <http://www.abradee.com.br/financeiro/mapas-aliquotas-icms/residencial>>. Acesso em: 26 jan. 2017

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira: dados do IRPF 2015/14*. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/transparencia-fiscal/distribuicao-renda-e-riqueza/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. *Carga tributária no Brasil 2014: análise por tributos e bases de incidência*. Disponível em: < <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em: 25 jan. 2017

_____. *Carga tributária no Brasil 2014: análise por tributos e bases de incidência*. Disponível em: < <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em: 25 jan. 2017

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Disponível em: < www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do estado constitucional de direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: < <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direito--um-suporte-axiologico-para-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.-por-dirley-da-cunha-junior.>>. Acesso em: 15 jan. 2017

FURTADO, Celso. *O Capitalismo Global*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

_____. *O longo amanhecer*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GOUVÊA, Clovis Ernesto de. *Justiça fiscal e tributação indireta*. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12032008-165615/pt-br.php>>. Acesso em: 17 jan. 2017

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GREMAUD, Amaury Patrick. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDEIROS, Marcelo. SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. *A estabilidade da desigualdade de renda no Brasil, 2006 a 2012: estimativa com dados do imposto de renda e pesquisas domiciliares. Textos para discussão*. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6584/1/td_2170.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos do direito*. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/face-oculta-dos-direitos-fundamentais-os-deveres-e-os-custos-dos-direitos.>>. Acesso em: 05 fev. 2017

OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). *Revenue Statistics 2016*. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/revenue-statistics-19963726.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAYERAS, José Adrian Pintos. *Análise da progressividade da carga tributária sobre a população brasileira*. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5097/1/PPE_v40_n02_Analise.pdf >. Acesso em 02 fev. 2017

SALVADOR, Evilasio. *As implicações do sistema tributário brasileiro nas desigualdades de renda*. Disponível em: < <http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/textos/as-implicacoes-do-sistema-tributario-nas-desigualdades-de-renda/publicacao/> >. Acesso em: 12 jan. 2017.

SANTOS, Elvio Gusmão. *Desigualdade social e justiça tributária*. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/905012 >. Acesso em: 17 jan. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Pedro Eduardo Pinheiro. *O sistema tributário: constituição econômica e justiça fiscal*. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-143032/pt-br.php>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WORLD BANK. *GINI index (World Bank estimate)*. Disponível em: < <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=BR> >. Acesso em: 22 jan. 2017a.

_____. *GDP ranking 2015*. Disponível em: < <http://data.worldbank.org/data-catalog/gdp-ranking-table> >. Acesso em: 02 fev. 2017b.

_____. *GDP per capita (current US\$) 2015*. Disponível em: < <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?end=2015&start=2014> >. Acesso em: 02 fev. 2017c.

PARADOXOS DA GLOBALIZAÇÃO, FRONTEIRAS CULTURAIS E DIREITOS HUMANOS

PARADOXES OF GLOBALIZATION, CULTURAL BORDERS AND HUMAN RIGHTS

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

Leonardo Cavallini Ribeiro
Mestrando em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-UFMS.

Submetido em: 02/12/2017

Aprovado em: 07/12/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5305>

Resumo: O presente artigo é fruto de pesquisa de mestrado em andamento, e tem como finalidade analisar o conceito de globalização, bem como os contatos e fronteiras culturais impulsionados por este fenômeno e a posição dos Direitos Humanos neste contexto. Independentemente da dificuldade de conceituação, a globalização como termo já faz parte do vocabulário das massas e, por muitas vezes, é maciçamente celebrada como sinônimo dos avanços e do alto grau de desenvolvimento humano alcançado nos últimos tempos. Constatamos que a globalização acarreta dificuldades e exclusões que não condizem com as ideias de cidadania e de desenvolvimento humano. Nesse contexto paradoxal, especial atenção deve ser dada à dinâmica das fronteiras e contatos culturais cada vez mais frequentes em tempos globalizados. Além da xenofobia, esses contatos têm várias implicações negativas que podem gerar movimentos de defesa e resistência cultural, assim como a exclusão de indivíduos dos processos de produção, formação e usufruto de riquezas. Concluímos que cabe aos Direitos Humanos defender, promover e garantir que os contatos culturais ocorram de maneira a propiciar a integração saudável entre os indivíduos, de modo a não gerar populações marginalizadas psicologicamente, não acarretando, dessa forma, uma concepção de Direitos Humanos que apenas exista no plano da retórica, sem efetiva aplicação e observância por parte dos atores mundiais.

Palavras-chave: Globalização; Fronteiras; Contatos culturais; Direitos Humanos.

Abstract: *This article is the result of an ongoing master's degree research and aims to analyze the concept of globalization, as well as the contacts and cultural boundaries driven by this phenomenon and the position of Human Rights in this context. Regardless of the difficulty of conceptualization, globalization as a term is already part of the vocabulary of the masses and is often celebrated as synonymous with the advances and the high degree of human development achieved in recent times. We find that globalization entails difficulties and exclusions that do not fit the ideas of citizenship and human development. In this paradoxical context, special attention must be given to the dynamics of cultural boundaries and contacts increasingly frequent in globalized times. In addition to xenophobia, these contacts have a number of negative implications that can generate advocacy movements and cultural resistance, as well as the exclusion of individuals from the processes of production, training and the enjoyment of wealth. We conclude that it is up to Human Rights to defend, promote and ensure that cultural contacts take place in a way that fosters healthy integration among individuals, so as not to generate populations that are marginalized psychologically, thus not leading to a conception of Human Rights that only exists in the plane of rhetoric, without effective application and observance by the world actors.*

Keywords: *Globalization; Borders; Cultural contacts; Human Rights.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O conceito de globalização. 3. Os paradoxos da globalização. 4. Globalização, migrações e contatos culturais. 5. Os direitos humanos e os paradoxos da globalização. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que o termo globalização já faz parte do vocabulário de grande parcela das sociedades do mundo. É tema frequente dos meios de comunicação, pesquisas, artigos científicos, da voz popular, utilizada como justificativa para implementação de políticas públicas, acordos internacionais, etc. Não é fenômeno recente, mas intensificou-se imensamente nas últimas décadas, através das novas tecnologias de comunicação e informação, mundo virtual e transportes, resultando em uma aproximação das fronteiras e “encurtamento das distâncias”.

Assim, o termo é frequentemente celebrado como a comprovação do grande avanço técnico e científico da humanidade, o que deveria se traduzir em melhores condições de vida e melhores expectativas para a população mundial. Por outro lado, apesar da grande veiculação do vocábulo, ainda restam incertezas em relação a sua definição como conceito, tendo em vista, sobretudo, ao fato de que a globalização engendra inúmeros paradoxos e contradições.

O primeiro intuito deste artigo é tentar definir o que se entende por globalização, a partir de uma análise terminológica em torno do conceito de globalização, analisando e distinguindo os termos que lhe são referidos frequentemente como sinônimos. A partir da reflexão e análise crítica do conceito da globalização, surge o problema dos paradoxos que o fenômeno comporta e provoca na atualidade.

Em seguida, será dada especial atenção à maneira como os contatos culturais ocorrem, especialmente a partir de fronteiras culturais e fronteiras entre países e regiões. Uma das grandes características do fenômeno da globalização é o aumento vertiginoso do fluxo de mobilidade humana ao redor de todo o globo, mas, especialmente em algumas regiões. Tal constatação gera pontos de contato entre culturas diversas, através de situações e fronteiras diversas, sendo que esse relacionamento intercultural é uma das características marcantes do mundo atual.

Essa intensa mobilidade humana estabelece uma interdependência em relação a diversos pontos, situação que gera atualmente zonas (fronteiras) de intensos contatos culturais, em fluxos permanentes e em constante reelaboração. Assim, é desafiador entender esse dinamismo das relações e impactos culturais a partir das migrações, do ponto de vista histórico/antropológico, seus mecanismos e formas que ocorrem, sempre na perspectiva dos direitos humanos.

Finalmente, diante do seu caráter paradoxal e, em face dos contatos culturais permanentes que se verificam atualmente com grande nitidez, será oferecida uma proposta para uma configuração dos Direitos Humanos que possibilite a passagem da mera retórica a sua aplicação efetiva. Para tanto, é imprescindível uma caracterização que seja multicultural, não obstante os grandes pontos de conflito existentes entre as diversas culturas existentes.

2 O CONCEITO DE GLOBALIZAÇÃO

O termo globalização vem sendo utilizado nas últimas décadas de maneira cada vez mais frequente, fazendo parte do dia a dia de pessoas, mídia, análises científicas, políticas governamentais, etc. A palavra foi inserida no vocabulário das pessoas de forma extremamente natural e é utilizada rotineiramente, sendo ainda celebrada e compreendida como um fenômeno quase natural, representando, para muitos, o ápice do grande progresso científico e humanitário alcançado pelas tecnologias.

Diversos termos são utilizados para tentar definir a globalização, sendo muitos deles de forma ambígua e equivocada. Constatamos que seus aspectos positivos são, por diversas vezes, superdimensionados por pessoas, pela mídia e pelas grandes corporações capitalistas. Dessa forma, para se entender melhor o que significa a globalização, do ponto de vista vernacular e ideológico, deve-se tomar mais tempo com a explicitação de seu significado como signo gramatical.

Jesus Lima Torrado (2012, p. 44-45) traz uma análise extremamente interessante da necessidade de uma maior definição acerca do conceito de globalização. Após elencar diversas razões para uma maior precisão terminológica,

dentre elas, o estabelecimento de uma melhor comunicação e o alerta de que a globalização, como fenômeno ideológico, vale-se da ambiguidade terminológica para se impor, expõe as maneiras como o termo foi sendo adotado até fazer parte do linguajar corriqueiro.

Hoje, o signo gramatical globalização é utilizado de maneira quase descuidada, seja pelos gestores públicos, por governos, por cientistas, pela população em geral. Passou a ser utilizado de forma mais frequente logo após a queda do muro de Berlim (1989) e adquiriu uma relevância gigantesca em pouquíssimo tempo, a ponto de se tornar um paradigma nas Relações Internacionais e um centro de relevância para diversas ciências. Consolidou-se definitivamente com a influência do sociólogo inglês Giddens e em pouco tempo ganhou seus respectivos termos em outras línguas.

Um dos aspectos mais ressaltados em relação ao conceito de globalização diz respeito a sua dimensão econômica. Ela estaria relacionada à forma de internacionalização da produção que hodiernamente cria espaços regionais com seus próprios centros e periferias, denotando as alianças globais entre diversas multinacionais e governos, deslocando plantas de produção e fragmentando fábricas de componentes de um mesmo produto, conforme áreas de oferta de mão de obra com menos regulação (nesse sentido, muitas indústrias americanas e europeias, migraram para Índia, países latino-americanos e sudeste asiático).

Há de se ressaltar, ainda como parte da dimensão econômica, o conceito dado pelo Banco Mundial de que a globalização seria o vínculo internacional cada vez mais intenso entre o comércio e as finanças, assim como uma tendência cada vez maior ao livre mercado.

Pode-se falar também em uma acepção histórica, que seria aquela que determina que uma cultura em alto grau de desenvolvimento tende a se expandir além do seu território originário. Também histórica é a concepção que vincula a globalização ao fenômeno vivenciado entre os séculos XV e XX de expansão mercantilista e do próprio capitalismo como tal, empoderando os impérios europeu e americano. Tal conceituação está intimamente vinculada à ideia de colonização.

A globalização também pode ser vista como uma forma de gestão empresarial, que num ambiente extremamente competitivo impõe seus vínculos de maneira internacionalizada para manter sua supremacia, maximizando seus benefícios e consolidando cotas de mercado. A partir da área da economia política, a globalização também se refere às alianças realizadas entre Estados neoliberais que implantam a ideologia de que, hodiernamente, a vida econômica e social depende de forças globais, não bastando apenas o âmbito interno para garantir os objetivos pautados para o Estado.

Pode ademais ser vista como o processo político, econômico, social e ecológico que a cada vez mais intensifica o vínculo entre os atores internacionais, ocasionando relações econômicas cada vez mais próximas entre diversos lugares, não obstante muitas vezes estarem deveras afastados geograficamente.

O conceito de globalização também é referenciado frequentemente aos direitos humanos, principalmente quando se utiliza a expressão globalização dos Direitos Humanos, ou seja, no contexto de ser utilizado como sinônimo de universalização.

Assim, a globalização, por conta de seu forte e amplo teor, também pode ser conceituada como um paradigma, o qual determina que todas as atividades humanas só podem ser experimentadas a partir do meio técnico, ou ainda, como a integração de diversos sistemas em um macrossistema de alcance planetário.

Dentre as várias acepções possíveis, controversas ou não, Torrado (2012, p. 53) entende como a mais ampla aquela que define a globalização como

Aquél conjunto de procesos complejos, contradictorios, heterogéneos, profundos y mutuamente complicados, de naturaleza política, económica, jurídica y ecológica, [...] mediante los cuales se están produciendo una serie de radicales transformaciones en las relaciones entre las sociedades, naciones y culturas que ha generado una dinámica de interdependencia en las esferas económica, política y cultural en que se desenvuelve el actual proceso de progresiva integración mundial y determinada, en última instancia, en el ámbito económico por el control ejercido por las grandes empresas multinacionales bajo la ideología neoliberal.

Diante deste conceito, é inegável o cunho ideológico que possui a globalização, podendo ser compreendida, inclusive, como uma sucessora dos processos de colonização e imperialismo promovidos pelas grandes potências desde o século XV, em que países europeus se apropriaram com fins de exploração/dominação de forma etnocêntrica de outras regiões do mundo.

Por seu turno, a universalização, outro termo geralmente utilizado como sinônimo de globalização, pode ser entendida como uma reação ao aspecto colonizador e imperialista da globalização. De fato, segundo Torrado (2012, p. 55), a distinção mais evidente entre ambos os termos é que a universalização, além de ser um conceito com origem histórica diversa da globalização, possuiria, principalmente no âmbito dos Direitos Humanos, um teor mais aberto à integração multicultural, ao passo que a globalização teria um caráter ideológico mais impositivo nesse sentido, que pode acarretar, na verdade, a exclusão da diversidade cultural. A universalização estaria mais vinculada a ideia de ampliação e desen-

volvimento moral para todas as sociedades humanas, enquanto a globalização seria referente mais ao de progresso instrumental.

Diante das acepções acima dispostas, torna-se evidente que a globalização como conceito possui um caráter ideológico impositivo, imposição esta que se realiza de forma ampla e intensa, moldando as relações internacionais e nacionais de maneira profunda, acarretando consequências ainda incertas do ponto de vista do desenvolvimento humano, afinal, como podemos constatar, nem todas as consequências imediatas da globalização têm significado melhor qualidade de vida para as diversas populações ao redor do mundo.

Justamente por conta deste caráter ambivalente do conceito, necessário se faz a ilustração de alguns dos paradoxos que a globalização acarreta, a fim de, principalmente, atentar-se para uma concepção mais crítica do fenômeno, possibilitando uma aproximação conceitual afinada com uma provável busca de soluções aos problemas que ela mesma pode engendrar.

3 OS PARADOXOS DA GLOBALIZAÇÃO

Diante da conceituação da globalização como um fenômeno carregado de ambivalências e uma ideologia impositiva, fica nítido o seu caráter de tendência monocultural, seja na compreensão, como na operacionalização de políticas, o que acarreta exclusões de povos, sociedades e culturas, do seu processo de formação.

A imposição da ideologia globalizante induz à consagração de ideias extremamente relativas de forma absoluta. Como já aduzido acima, é exageradamente mencionado o grande progresso atingido pela humanidade em relação às ciências e técnicas. Também se faz referência à aceleração contemporânea e à grande velocidade inerente aos processos de locomoção e de trocas de informações. Tais conquistas são por muitas vezes confundidas com o grande progresso humanitário e moral atingido.

Como consequência de uma visão ideológica imposta de forma unilateral, principalmente do caráter universal que se busca dar a ideias de abrangência relativa, advêm diversos paradoxos em relação ao discurso veiculado e as práticas observáveis, veiculadas cotidianamente, sobretudo pelas mídias. Nesse sentido, afirma o sociólogo Bauman (2005) que os refugiados, os deslocados, as pessoas em busca de asilo, os migrantes, os *sanspapiers*, e acrescentaríamos muitas outras categorias, constituem o refugio da globalização, ou seja, o seu lado mais perverso, aquele que afronta a dignidade e os direitos humanos dessas pessoas que por algum motivo precisaram migrar de seus países de origem.

Em relação aos paradoxos da globalização, Santos (2000, p. 17) denomina duas características que devem ser analisadas para se buscar uma forma de concretização mais justa do discurso globalizante: a globalização como fábula e a globalização como perversidade.

O fenômeno da globalização como fábula indica que muitas fantasias são erigidas como verdades absolutas e incontestáveis. A repetição de tais ideias, entretanto, fundamenta solidamente um discurso que, muitas vezes, é estéril. Tal fenômeno se dá porque o sistema ideológico que funciona como motor da globalização alimenta-se das próprias ilusões que fundamentam o seu funcionamento. Santos cita alguns exemplos (2000, p. 18-9):

Fala-se, por exemplo, em aldeia global para fazer crer que a difusão instantânea de notícias realmente informa as pessoas. A partir desse mito e do encurtamento das distâncias – para aqueles que realmente podem viajar – também se difunde a noção de tempo e espaço contraídos. É como se o mundo se houvesse tornado, para todos, ao alcance da mão. Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal. Enquanto isso, o culto ao consumo é estimulado. Fala-se, igualmente, com insistência, na morte do Estado, mas o que estamos vendo é seu fortalecimento para atender aos reclamos da finança e de outros grandes interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com as populações cuja vida se torna mais difícil.

Diante desses poucos exemplos, Milton Santos conclui, a partir da geografia política, que a construção de fabulações como as explicitadas acima é imprescindível para a manutenção da vida e realização do mundo nos termos que a globalização propõe (SANTOS, 2000, p. 19).

Não obstante os mitos e as fábulas necessárias para que o mundo ideologicamente globalizado se sustente, a realidade se impõe como exercício árduo de sobrevivência à maior parcela das populações mundiais. Daí o segundo conceito trabalhado pelo geógrafo: o da globalização como perversidade. Segundo Santos (2000, p. 18-9):

De fato, para a maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigado se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como

a SIDA se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção.

Tal perversidade sistêmica estaria diretamente vinculada aos comportamentos competitivos promovidos pelas ações hegemônicas, pelo cunho ideológico contido na globalização atual, em que o objetivo é simplesmente o lucro e, quanto às vezes se procura um desenvolvimento chamado de sustentável em termos socioambiental, trata-se meramente de mais uma estratégia de convencer o mercado de suas boas intenções.

De fato, ao discorrer acerca do alto grau de competição e individualismo tendentes à nossa época, Santos (2000, p. 20) alerta para o fato de que o contrato social, que foi a base das revoluções cujos ideais até hoje fundamentam os Estados modernos, cedeu lugar a uma espécie de contrato individualista e possessivo submetido à ideologia neoliberal. Grupos cada vez mais amplos são excluídos da abrangência do contrato social, dando origem ao que o autor denomina como fascismo social.

Diante desse cunho paradoxal vinculado à ideologia da globalização, deve ser analisada a temática dos Direitos Humanos e buscar sua apropriada correlação a fim de que se torne uma prática efetiva, principalmente diante da grande mobilidade humana e conseqüente fenômeno dos contatos culturais através de muitas fronteiras (territoriais, nacionais/políticas e, sobretudo, fronteiras culturais) que ocorre atualmente.

4 GLOBALIZAÇÃO, MIGRAÇÕES E CONTATOS CULTURAIS

A globalização, como visto, não é fato novo na história, porém, intensificada nas últimas décadas. Por outro lado, os paradoxos acima destacados são mais intensos e mais facilmente verificados na atualidade, sendo que algumas características paradoxais da globalização, tais como o aumento dos sentimentos xenofóbicos e o fortalecimento dos Estados-Nação (nacionalismo), estão intimamente relacionados à maior mobilidade humana que o período impulsiona.

Desde os tempos mais remotos a mobilidade de pessoas entre fronteiras foi uma constante. Pode-se verificar na história da humanidade períodos em que o fluxo internacional de pessoas possuiu aspectos quantitativos maiores e características distintas, como a grande mobilidade vinculada ao mercantilismo europeu a partir do século XVI e os grandes fluxos ocorridos no final do século XIX até a Pri-

meira Guerra Mundial. Não obstante, os períodos após a Segunda Guerra Mundial e, principalmente, após a década de 1980, passaram a envolver todas as regiões do mundo, com pontos de origem e de destino dos migrantes extremamente variados, fazendo com que as migrações sejam uma questão atinente a todo o globo.

De fato, o ineditismo da questão nos tempos atuais deve-se ao seu alcance global, a quantidade de pessoas envolvidas nos trajetos e do dinheiro envolvido tanto nos países de origem dos migrantes quanto nos países de destino. Ademais, o tema possui interesse e importância crescentes na formulação de políticas públicas e na destinação orçamentária dos Estados, sendo que se destaca o trânsito facilitado das migrações laborais de profissionais qualificados e, em contrapartida, a dificuldade de trânsito e fixação de profissionais menos qualificados.

O aumento da mobilidade humana nos tempos de globalização foi impulsionado pelas mudanças econômicas (facilidade de fluxo de capitais), legais (advento e fortalecimento do regime internacional de Direitos Humanos), sociais (modos de produção mais descentralizados e mais difundidos pelo globo, gerando espaços que se tornam interdependentes) e, principalmente, pelos avanços tecnológicos nos setores de transporte e de comunicação, o que contribuiu muito para a manutenção do contato entre os migrantes e seus familiares ou nacionais.

Diante desse aumento vertiginoso do fluxo de pessoas, inegavelmente a porosidade das fronteiras políticas se intensificou. Com a maior mobilidade humana e o conseqüente maior contato entre os povos, diversas questões delicadas podem ser postas em observação. Uma delas é o aumento do contato entre culturas verificado pelo maior fluxo de mobilidade humana que a globalização acarretou.

A cultura deve ser entendida como elemento primordial para a fundação da identidade dos indivíduos. Ao utilizar-se a sua concepção germânica, considerando-a um elemento que une diversos indivíduos em torno de uma mesma identidade, pode-se fundamentar, dessa forma, o próprio Estado-Nação. A concepção francesa de cultura, de cunho contratualista, também acaba por fundamentá-lo, porém, numa ordem inversa à da concepção germânica. Note-se que ambas as construções do sentido de cultura, trazidas para o contexto globalizante atual, acaba por justificar (indevidamente) políticas governamentais excludentes, xenofóbicas e de reafirmação da soberania dos Estados, em um movimento de fortalecimento dos Estados.

Ao mesmo tempo em que pode ser considerada sob esse aspecto negativo, é inegável que o período atual caracteriza-se, também, por uma grande interdependência cultural, fazendo com que, como jamais antes, haja grande número de culturas distintas em contato, num contato dialético dinâmico que proporciona uma permanente desconstrução e uma permanente construção cultural.

Para se entender melhor essas características fundamentais da época em que vivemos, devemos entender melhor como se dão os contatos culturais. É necessário compreendermos melhor como se dão os fenômenos da aculturação para desvendarmos os mecanismos da cultura.

Muito tempo se passou até que os estudos entre os entrecruzamentos culturais (contatos interétnicos) fossem realizados. Tal demora se deu, em parte, porque as culturas consideradas primitivas (nativos e distantes) foram, por muito tempo, objetos preferidos apenas das pesquisas e análises. Tal ocorria em parte por vigorar um entendimento de que as culturas “primitivas”, livres de elementos mistos, constituíam-se em objeto mais puro, onde os fundamentos culturais estariam mais visíveis, por não terem sido alvo de miscigenações. Este entendimento possuía uma nítida concepção evolucionista de cultura.

Ademais, o pensamento de Emile Durkheim, de grande importância, considerou por muito tempo que as mudanças culturais são produzidas por um movimento interno das sociedades. O meio interno seria o elemento determinante de explicação de qualquer evolução cultural. Tal constatação, segundo Cuche (1999, p. 113) também pode ser considerado um motivo acerca da demora para se estudar os contatos entre culturas.

O termo aculturação começa a ganhar força nas Ciências Sociais e, especialmente, na recente ciência antropológica e ficar mais evidente a partir do final do século XIX, muito em decorrência dos estudos de J. W. Powell acerca das comunidades imigrantes nos Estados Unidos. O prefixo “a” provém do latim “ad” e significa aproximação.

Em 1936 foi instituído um comitê encarregado de organizar a pesquisa sobre dados de aculturação nos Estados Unidos. O trabalho deste comitê acarretou o Memorando para o Estudo da Aculturação, documento de suma importância para o começo do esclarecimento semântico da palavra. Cuche cita a definição trazida pelo Memorando:

A aculturação é o conjunto de fenômenos que resultam de um contato contínuo e direto entre grupos de indivíduos de culturas diferentes e que provocam mudanças nos modelos (patterns) culturais iniciais de um ou dos dois grupos (CUCHE, 1999, p. 115).

O Memorando constituiu-se numa contribuição valiosa para o estabelecimento de um campo de pesquisa para os fatos concernentes à aculturação, elaborando, inclusive, uma tipologia. Partindo-se daí, propôs-se a examinar-se as relações de subordinação e de submissão, modos de empréstimo de elementos entre culturas distintas, explorando-se, inclusive, os aspectos psicológicos, bem como os efeitos que a aculturação pode gerar.

Posteriormente, antropólogos americanos confeccionaram a noção de tendência, a fim de esclarecer como se realiza a tomada de empréstimos de elementos culturais que proporcionam a transformação cultural. Adveio daí o conceito de reinterpretação, como o processo pelo qual velhos significados são dados a novos elementos ou novos valores são adotados com a consequente mudança de antigas formas.

Os esforços feitos pela teoria da Antropologia Cultural americana procuraram desvendar as maneiras pelas quais se dá o processo de aculturação. Chegou-se, inclusive, a formular uma lei segundo a qual elementos não simbólicos são mais facilmente transferidos do que os simbólicos. Também se distinguiram forma, função e significação dos traços culturais, extraíndo-se dessa distinção as ideias de que: quanto mais estranha a forma, mais difícil a sua aceitação; formas são mais facilmente transferíveis do que as funções; e a ideia de que um traço cultural qualquer será mais bem aceito se estiver de acordo com a significação dada pela cultura que o receberá.

Cuche (1999, p. 121) também nos alerta para o fato de que os antropólogos tinham razão de insistir na ideia de que são os indivíduos que entram em contato uns com os outros e não as culturas. Também é necessário levar em conta as obrigações sociais que pesam sobre os indivíduos para compreendermos os processos de aculturação. Ainda, para se desenvolver o conceito e a ideia de aculturação, Cuche entende como fundamentais os estudos promovidos por Roger Bastide, que deu a este tema uma nova amplitude (CUCHE, 1999, p. 124), sobretudo através de estudos realizados no nordeste brasileiro. Ao estudar as relações raciais entre a população afrodescendente na Bahia e a população de origem europeia, Bastide renovou o conceito de aculturação.

Inicialmente, destacou o fato de que o cultural não pode ser estudado independentemente do social. Assim, as relações culturais devem ser estudadas dentro do quadro complexo das relações sociais, com os seus aspectos de integração, desintegração, competição, conflito etc.

É justamente a complexidade desta dialética que nos permite estudar o fenômeno das reações em cadeia. Estas seriam os efeitos secundários que toda mudança cultural acarreta, e que muitas vezes não pode ser sequer previsto.

Não obstante os seus efeitos visíveis, Cuche (1999, p. 127) esclarece o entendimento de Bastide de que os fatos de aculturação formam um fenômeno social total, não podendo, portanto, serem limitados nem horizontalmente nem verticalmente. Isso explica por que certos cuidados em relação a transferência de tecnologias de países desenvolvidos para países em desenvolvimento podem, a longo prazo, gerar efeitos também devastadores.

É inegável, portanto, o caráter delicado que têm os contatos culturais, principalmente se levarmos em consideração um mundo cada vez mais interdependente no aspecto econômico, que tende a dividir as fases de produção industrial globalmente, espalhando-se por diversos países seus processos.

Ao se referir às zonas de contato, Santos (2014, 127-8) aduz:

Em geral, as zonas de contato são campos sociais em que diferentes mundos da vida cultural se encontram, medeiam, negociam e confrontam. Zonas de contato são, portanto, zonas em que ideias, conhecimentos, formas de poder, universos simbólicos e modos de agir rivais se encontram em condições desiguais e interação de múltiplas formas (resistência, rejeição, assimilação, imitação, tradução, subversão etc.) de modo a dar origem à constelações culturais híbridas, nas quais as desigualdades das trocas pode ser reforçada ou reduzida.

São essas zonas de contato, chamadas por Fredrik Barth (1998) de fronteiras, onde ocorrem as negociações (definições e fixações) identitárias. Estas não ocorrem frequentemente no interior dos países e culturas, como se pensa no senso comum, mas exatamente, segundo Santos (2014), nesses espaços de contato entre culturas e civilizações, realidade cada vez mais comum e intensificada nas últimas décadas de fenômeno da globalização.

Por outro lado, voltando ao estudo sobre aculturação, na referência a Bastide, Cuche (1999) constrói uma tipologia a partir de três critérios fundamentais: um geral, o segundo cultural e o terceiro social.

Este primeiro critério está relacionado à ausência ou não de situações de manipulação das realidades social e cultural. Nesse contexto, podem surgir a situação de uma aculturação espontânea, ou natural, pois não é dirigida nem controlada, a situação de uma aculturação organizada, mas forçada, como nos casos de colonização, pois há vontade de modificar em curto prazo a cultura do grupo dominado, submetendo-o à cultura do grupo dominante, e a ideia de aculturação planejada, que se pretende sistemática e visa o longo prazo.

O critério cultural, segundo Cuche (1999), refere-se à homogeneidade ou heterogeneidade das culturas. O terceiro critério, por sua vez, é a relativa abertura ou fechamento das sociedades em relação de contato. Nota-se que, combinando-se os critérios acima elencados, podemos chegar a doze tipos de situações de contatos culturais, o que explicita mais uma vez a complexidade do tema.

É necessário ressaltar que Bastide também se ateve aos fatores não culturais para explicar a aculturação (CUCHE, 1999, p. 131). Assim, os aspectos demográfico, ecológico, étnico ou racial também devem ser considerados para se entender a

maneira como a aculturação ocorre. Ou seja, essas fronteiras que promovem os encontros culturais são espacialidades, mas também representações.

Se por um lado a globalização intensifica os contatos entre culturas, por outro lado, podemos dizer que a aculturação não necessariamente gera seres híbridos ou infelizes. Para demonstrar tal assertiva, a partir dos estudos de Bastide, Cuche (1999, p. 135) utiliza-se do princípio do corte, segundo o qual determinados indivíduos em situação de ponto de contato cultural elegem espécies de compartimentos internos para garantir a convivência, num mesmo grupo social, de elementos culturais entendidos, à primeira vista, como contraditórios. O princípio do corte pode explicar, por exemplo, o trabalho de imigrantes muçulmanos em açougues que abatem porcos. A marginalidade cultural, por conta do princípio do corte, não gera necessariamente indivíduos marginalizados psicologicamente, pois trata-se de estratégias de sobrevivência e não uma opção deliberada em negar sua própria cultura.

O princípio do corte, tal como defendido por Bastide, é sobretudo uma característica de grupos minoritários, utilizado como uma forma de defender a sua identidade cultural. Pode-se verificar a ocorrência deste princípio nas diversas comunidades imigrantes existentes no mundo, que, no contexto impositivo ideológico da globalização, se utilizam de referido mecanismo para defender traços culturais mais profundos. No caso brasileiro, podemos citar exemplos de vários grupos minoritários, como os japoneses, ou mesmo os paraguaios, os quais, em um primeiro momento, buscam dissimular aspectos de sua cultura para sobreviver e conseguir empregos, no entanto, não abrem mão de organizarem-se em associações, manter muitos de seus traços culturais e promoverem casamentos entre os do mesmo grupo de origem.

As pesquisas em relação aos contatos entre fronteiras, fruto das migrações, acabaram por renovar o próprio conceito de cultura, antes concebida como algo dado e, na atualidade, como algo dinâmico e que se adquire (aprende).

Nesse sentido, levando-se em consideração as relações interculturais e o fluxo intermitente dessas relações no sentido de construção e desconstrução de culturas, o conceito de cultura atual é indissociável da sua realidade dinâmica, afinal, nenhuma cultura existe em estado natural, puro, sem nenhuma hibridação, sendo todas, fruto dos movimentos de contato existentes entre elas. A prática de mobilidade humana é um processo universal, e deste ponto de vista, a multiculturalidade está se tornando um fenômeno global, assim como a aculturação, que deve ser entendida, porém, como ocorrendo de diversas formas em diferentes graus de intensidade.

Em face dessas diferenças que podem ser verificadas nos processos de aculturação, algumas situações indesejadas podem ser geradas. Exemplos são os res-

surgimentos de movimentos xenofóbicos e anti-imigração que podem ser verificados atualmente em alguns países, inclusive em alguns de tradição democrática e de tradição de acolhida, como a França e a Suécia.

Assim, é necessário que as políticas públicas e a garantia de direitos, coordene, na medida do possível, a ocorrência da aculturação e dos contatos culturais ao redor do mundo globalizado, a fim de que o seu processo possa ser benéfico à integração dos povos nesse período de maior contato e não gerar indivíduos marginalizados.

5 OS DIREITOS HUMANOS E OS PARADOXOS DA GLOBALIZAÇÃO

Ao conceber os direitos humanos como algo histórico e com certa fragilidade, afirma Norberto Bobbio (2004, p. 23), em seu texto “A Era dos Direitos”, no qual baseia, sobretudo na primeira parte, sua teoria dos direitos humanos, que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Assim, a partir dessas considerações, vamos analisar os paradoxos da globalização, particularmente no que se refere às migrações e contatos culturais através das diversas fronteiras, sob o referencial dos direitos humanos.

Diante dos paradoxos contidos no processo de globalização, necessário se faz a contextualização do referido fenômeno em relação aos direitos humanos. De fato, como processo de cunho ideológico que pode levar a diversas contradições entre discurso e realidade, a temática dos direitos humanos insere-se como ponto fundamental de discussão, diante da possibilidade que esta área jurídica contém de proteger e promover os direitos dos povos diante desse processo amplo e impositivo de conteúdo ideológico.

Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 26) promove este debate, iniciando-o através de uma distinção interessante entre globalização hegemônica, contra hegemônica e não hegemônica. Segundo este autor, as formas de globalização hegemônica e contra hegemônica já podem ser facilmente verificadas, caminhando paralelamente, lado a lado, numa simbiose em que uma se alimenta da outra.

A globalização hegemônica seria aquela que se configura como a nova fase do capitalismo global, que preza pela liberalização dos mercados, privatização da economia, liberalização dos fluxos de capitais, desregulação do capital financeiro, precariedade das condições de trabalho, exploração irresponsável dos recursos naturais, especulação com produtos alimentares e mercantilização global da vida social e política. Tal espécie de globalização possui nítido cunho neoliberal, veiculando o primado do direito, a liberalização da economia, a privatização dos

bens públicos, a minimização do poder do Estado, democracia liberal e direitos humanos.

Por outro lado, outra espécie de globalização, definida pelo autor como contra hegemônica, seria aquela que é constituída com a nítida participação social e de entidades não governamentais num processo de luta contra a colonização (ou neocolonização), a opressão do capital desregulado, a desigualdade social, a destruição ambiental e dos modos de vida que o processo avassalador com que os recursos naturais são extraídos acarreta e a aniquilação de culturas e valores considerados alheios ou desnecessários pela globalização hegemônica.

Ocorre que a dialética entre estas duas formas de globalização frequentemente confunde ambos os tipos, dependendo, muitas vezes, do ponto de vista do local cultural ou geográfico de onde parte a análise para conceituar um ator como partícipe da globalização hegemônica ou contra hegemônica.

A fim de se conceituar melhor o que seria a globalização hegemônica, o autor defende que esta é aquela que se caracteriza por ser uma rede multifacetada de relações econômicas, sociais, culturais, políticas e, inclusive, epistemológicas, que seriam desiguais e baseadas na interação entre três formas de poder e dominação: o colonialismo, o capitalismo e o patriarcado. Tal rede dissimula sua ilegitimidade com base em um discurso estéril de respeito à democracia e aos Direitos Humanos.

A globalização contra hegemônica seria aquela que luta por uma dissolução dos termos de concentração de poder, buscando-se uma autoridade partilhada que seja baseada na tradução das interculturalidades e na articulação de participações efetivas.

O autor ainda esclarece (SANTOS, 2014, p. 28-30) que há um tipo de interação global que não se enquadra em nenhum dos dois campos acima definidos: o da globalização não hegemônica. Esta seria aquela que luta contra os padrões de dominação decorrentes da globalização hegemônica, porém, que busca substituí-los por outras formas de dominação que mesmo agravam as relações de poder social. Um exemplo clássico dessa forma de globalização pode ser vista nos movimentos fundamentalistas islâmicos ou cristãos.

Dentro deste contexto, o referido autor defende a ideia de que há uma hegemonia muito frágil em relação à ideia de Direitos Humanos, pois a maioria das populações ainda não são seus sujeitos, mas sim, seus objetos, o que decorre de um discurso que, frequentemente, não é aplicado na realidade, pois funcionaria como um aparato de legitimação de regimes progressistas, porém, teria seu início e seu próprio fim no plano da retórica, ou seja, no plano do discurso, não passando pelo meio de sua aplicação.

Segundo Santos (2014), a origem dessa falta de aplicação está em um hábito de cultivar certa discrepância entre princípios e práticas, herdado de uma característica comum à diversas culturas e sistemas sociais, porém, muito visível nas sociedades inspiradas pelo Cristianismo, como já teria sido observado por São Tomás de Aquino no século XIII. As sociedades modernas teriam se apossado deste costume e transformado mesmo em um princípio de ação política, erigido a um patamar de modelo ideal pelo constitucionalismo moderno. Não por outra razão o catálogo de direitos humanos é cada vez mais amplo e inclusivo, no entanto, paradoxalmente, as práticas políticas continuam a permitir a sua vasta violação, quando, não raras vezes, elas mesmas o violam. Tal prática encontra-se amparada em três conceitos que, devido a grande possibilidade de interpretação, podem ser extremamente discrepantes: o primado do direito, a democracia e os direitos humanos.

Tal resultado demonstra um fracasso da proposta política de direitos humanos, concebida dentro da perspectiva ocidental que veicula a globalização hegemônica. Tal fracasso abriu espaço para o surgimento de outras formas de caracterização dos Direitos Humanos, bem como possibilitou a emergência de outras culturas e outras possibilidades de princípios políticos.

A concepção de direitos humanos amparada pela ideologia neoliberal tem suas bases no Ocidente, e assenta-se, basicamente, em quatro princípios: uma natureza humana universal que pode ser reconhecida racionalmente; a ideia de que a natureza humana é diferente e superior ao restante da realidade; a ideia de que o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irreduzível, que tem de ser defendida da sociedade e do Estado; a concepção de que a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (SANTOS, 2014).

Ao se analisar os fundamentos dos direitos humanos acima elencados, resta claro que eles partem de uma concepção praticamente ocidental, sem levar em consideração a realidade de muitos povos tradicionais e de outras matrizes culturais ao redor do mundo, como o caso dos países asiáticos e árabes. Ademais, suas bases estão fincadas em conceitos extremamente amplos, de fácil discrepância. Assim, tal amplitude de conceitos de gênese ocidental possibilita a manifestação de diversas injustiças.

Há de se ressaltar o fato de que muito da fragilidade atual da aplicação dos direitos humanos, reside no fato de que se cria uma espécie de injustiça cognitiva quando do contato entre paradigmas e esferas culturais diferentes e assimétricas. Esta injustiça seria criada, pois a globalização hegemônica tenderia a buscar a universalização de valores baseados em pressupostos ocidentais, impondo-se

ideologicamente de maneira bastante intensa. A injustiça cognitiva estaria intimamente relacionada à injustiça socioeconômica, em parte porque esta seria a responsável pela determinação da hierarquia dos valores, com base na ideologia neoliberal contida na globalização hegemônica.

Neste sentido, o autor português (SANTOS, 1997) defende não uma salvação com base no relativismo cultural, mas sim, uma nova forma de relações humanas, a qual tenderia a abarcar, por meio da mediação e da tradução intercultural, as diversas culturas existentes, fazendo com que todas possam ter uma espécie de autoridade em relação à formulação dos direitos humanos.

Também relacionada a essas duas espécies de injustiça encontra-se a injustiça histórica, que está intimamente relacionada às diferenças de possibilidades e potencialidades ocorridas injustamente no processo histórico. A injustiça histórica, dessa forma, seria combatida com base em reparações, buscas de alternativas ao desenvolvimento capitalista, a descolonização nas relações entre os Estados bem como nas relações entre os povos e nas relações interpessoais.

Para se alcançar um conceito que possa verdadeiramente passar do plano retórico ao plano prático, necessário se faz conceber uma ideia de direitos humanos que exclua as diversas formas de injustiças e assimetrias que o processo de globalização pode ocasionar. Para tanto, é necessário incluir a confrontação (diálogo) entre as diversas formas de concepção de dignidade humana, pertencentes às diversas culturas que entrem em pontos de contato.

De fato, uma concepção mais efetiva dos direitos humanos, para Santos (2014, 21), reside em uma forma de globalização contra hegemônica que preze pelo fortalecimento de uma concepção multicultural da dignidade humana. Mais ainda, há de se ter em mente que o fortalecimento intercultural do conceito de dignidade humana e dos direitos humanos fornece maior legitimidade para a sua luta, ocasionando menos rupturas e cisões em torno de um ideal mais homogêneo, mais universal.

Nesse contexto, é interessante explicitar a ideia de dinamogênese dos direitos humanos, defendida pelos Professores Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (SILVEIRA; ROSCASOLANO, 2013, p. 186).

Assim como Santos (2014), tal conceito parte da ideia de que as culturas contêm valores. Em determinado momento, tais valores são perceptíveis, e passam a integrar o cotidiano de sociedades e povos. Tais valores são a base axiológica, a dimensão humana do ordenamento jurídico, e se relacionam com um aspecto econômico, com a dimensão estimativa jusnaturalista e com a penetração histórica. A partir do momento em que os valores percebidos passam a ser objeto

de necessidade de proteção social, eles passam a fazer parte dos ordenamentos jurídicos.

As mudanças sociais e econômicas produzidas pelo processo histórico utilizam os princípios jurídicos como forma de reconhecer os novos valores exigidos pelo corpo social. Dessa forma, de acordo com Silveira e Rocasolano (2013, p. 187):

No campo jurídico cumpre-se o seguinte trajeto: a cultura contém valores que, quando sentidos como tais pela sociedade, se tornam valiosos e o Direito se encarrega de protegê-los e garanti-los quando os inclui no ordenamento jurídico.

Partindo-se da ideia de dinamogênese e do acima explicitado, deve-se utilizar como parâmetro para a construção dos direitos humanos a possibilidade de uma concepção multicultural para alcançar o caráter de universalismo e a possibilidade de progresso moral mais inclusivo e justo. Para tanto, torna-se necessário transformar a prática dos direitos humanos de um localismo globalizado a um projeto cosmopolita, nos dizeres do Professor Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 132). É necessário que a política emancipatória de uma proposta contra hegemônica lide com quatro premissas.

A primeira dessas premissas está relacionada à superação do estéril debate entre universalismo e relativismo. Tal choque não gera frutos benéficos ao desenvolvimento dos Direitos Humanos, haja vista que se referem a dois polos opostos. Diante dessa oposição de polos, inegável que o diálogo entre ambos pode evoluir para uma competição estéril, da qual não surgem beneficiários reais.

A segunda premissa reside no fato de que todas as culturas possuem um conceito de dignidade humana, porém, nem todas a concebem no plano dos direitos humanos. Faz-se necessário, portanto, um diálogo que busque ser isomórfico, a fim de se detectarem preocupações comuns aos povos para, desse ponto de partida, buscar-se uma solução concreta.

O autor português segue esclarecendo como terceira premissa a ideia de que todas as culturas são incompletas. A aceitação dessa ideia de incompletude é fundamental para que um diálogo verdadeiro seja possível, principalmente como uma forma de se evitarem sobreposições ideológicas excludentes.

Como quarta premissa, define que todas as culturas possuem versões diferentes do conceito de dignidade humana, no que diz respeito a sua amplitude. Para uma concepção cosmopolita dos Direitos Humanos, necessário se faz definir qual dessas versões propõe um círculo de reciprocidade mais amplo.

Finalmente, a quinta premissa seria o fato de que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais em dois princípios competitivos: o da

igualdade e o da diferença (SANTOS, 1997). Quando consideradas estas premissas surge a possibilidade de um diálogo multicultural dos Direitos Humanos que contém um verdadeiro caráter universalizante.

Assim haverá possibilidade de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que ultrapasse o universalismo fantasioso e fabular propagado pela globalização hegemônica. Somente dessa forma haverá possibilidade de concepção de uma normativa realmente capacitante e libertadora dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

A globalização é um vocábulo onipresente hodiernamente. Entretanto, quando se alcança uma definição mais precisa acerca do seu significado, chega-se à conclusão de que ela traz em si uma ideologia impositiva que acarreta exclusões não condizentes com o caráter de progresso e desenvolvimento humano que habitualmente é relacionada a ela.

Como toda ideologia impositiva, a globalização contém diversos paradoxos muito difíceis de serem superados. Tais paradoxos deixam à margem do fenômeno diversas parcelas da população mundial. De fato, as contradições existentes dentro da prática globalizante demonstram muitas vezes a incapacidade de tal fenômeno abarcar de maneira digna as diversas culturas que se encontram em contato hoje em dia, bem como as diversas culturas que se formam desse contato proporcionado pelo aumento das tecnologias, facilidades de comunicação e maior porosidade das fronteiras.

Tal constatação faz urgir a necessidade de um desenvolvimento mais efetivo acerca das possibilidades de efetividade dos direitos humanos. De fato, muitos dos regimes ditos progressistas hoje se apoderam da temática dos direitos humanos até como uma forma de legitimar padrões de comportamento que tendem a violá-los. Há, aqui, uma divergência intrínseca ao processo de globalização que tende a alavancar o discurso dos direitos humanos, em contrapartida, postergar ou não implementar as suas práticas.

Para serem plenamente efetivados, os direitos humanos não podem se submeter a uma ideologia impositiva que tende a excluir grande parte de pessoas e grupos sociais dos seus processos intrínsecos.

A possibilidade de alcançarmos uma prática de direitos humanos que seja realmente emancipadora culturalmente e garante de direitos reside na necessidade de uma mudança de paradigma em que a ideologia impositiva veiculada pela globalização seja cambiada por um parâmetro multicultural que abarque as diversas concepções de dignidade humana presentes nas diversas culturas e

sociedades que entrem em ponto de contato. Dessa forma, o diálogo abrangente se torna possível e possibilita a criação de uma normativa verdadeiramente capacitante.

Como afirma Santos (2000, p. 31), não se trata, em nenhuma hipótese de negar os avanços técnicos e instrumentais que o progresso do homem atingiu no mundo dito globalizado. Trata-se, sim, de entender que há uma possibilidade em uma nova forma de globalização latente, que deve se apropriar de todos esses elementos técnicos e instrumentais com bases, entretanto, em uma nova forma de fazer política, que tenda a verdadeiramente universalizar as benesses do fenômeno, a fim de que a globalização como fábula possa, enfim, tornar-se real e mais equânime.

REFERÊNCIAS

- BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da etnicidade*. São Paulo: UNESP, 1998, pp. 185-227.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- CUCHE, Denys. *A Noção de Cultura nas Ciências Sociais*. 1 ed. Bauru: EDUSC, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, Coimbra, 1997.
- _____. *Se Deus fosse um ativista dos Direitos Humanos*. Cortez, 2 ed. São Paulo: Cortez, 2014.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 22 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: Concepções, Significados e Funções*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TORRADO, Jesus Lima. Problemas Conciernentes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos. *Revista de Administración Pública*, n. 105, Madrid, UNAM, 2012.

**RESPONSABILIDADE CIVIL E SOCIEDADE DE RISCO: UMA
RELEITURA NO CONTEXTO DO DIREITO DOS DESASTRES**

***CIVIL LIABILITY AND SOCIETY OF RISK:
A REREADING IN THE CONTEXT OF THE LAW OF DISASTERS***

Thamara Estéfane Martins Balbino

Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Deilton Ribeiro Brasil

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

Submetido em: 29/07/2017

Aprovado em: 07/12/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.4168>

Resumo: A responsabilidade civil vem ampliando sua importância no Direito moderno diante da possibilidade de se alcançar não apenas uma reparação, mas também uma maior consciência na forma de pensar e um melhor agir em face de cada atitude perpetrada sob o contexto do direito dos desastres. Outrossim, teve sua relevância ampliada a partir do momento em que várias das suas disposições assumiram *status* constitucional. O artigo busca saber como fica essa responsabilidade diante de uma sociedade de risco, onde nem todos os danos são delimitados e conhecidos. Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental como fonte para formação dos postulados defendidos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Dano, Sociedade de risco; Reparação; Direito dos desastres.

Abstract: *Civil liability has increased its importance in modern law due to the possibility of achieving not only reparation, but also a greater awareness in the way of thinking and better acting in face of each attitude perpetrated in the context of the law of disasters. Moreover, it has had its relevance*

extended since the moment when several of its dispositions assumed constitutional status. The article seeks to understand how this responsibility is to a society of risk, where not all damages are delimited and known. For that, the deductive method of research was used, through a bibliographical and documentary research as a source for the formation of the defended postulates.

Keywords: *Civil liability; Damage, Society of risk; Reparation; Law of disasters.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil dentro da sociedade de risco e do direito dos desastres. 3. Princípios da prevenção e da precaução. 4. O risco do desenvolvimento e o papel do direito. 5. A sociedade de risco e o meio ambiente. 6. A responsabilidade civil e o meio ambiente. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é hoje reconhecida como um fenômeno jurídico e social, sendo importante analisá-la no contexto em que se insere. Mais que um instrumento de reparação, esse instituto avançou suas bases para se tornar também o meio por meio do qual se permite refletir sobre a prudência e o melhor agir de cada conduta.

Desta feita, a sociedade atual caracteriza-se não apenas por ser uma organização complexa, mas também por ser um ambiente em que as atividades desenvolvidas na busca por uma melhoria na qualidade de vida acabam, paradoxalmente, gerando muitas vezes danos em decorrência de sua prática, configurando a chamada “sociedade de risco”.

Nessa perspectiva, o conceito “sociedade de risco” foi utilizado para estabelecer de que maneira a ordem contemporânea se comporta diante de uma situação de temeridade. O termo foi alçado pela primeira vez pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em seu livro *Risikogesellschaft* (1986), que se tornou um dos livros mais influentes na análise social do século XX e uma referência acerca do tema concernente ao risco global.

Percebe-se que ter uma cultura de risco envolve o conhecimento necessário para que seja possível não apenas prevenir situações de risco, mas também proteger-se em casos de perigo efetivo. Ocorre que muitas vezes esses danos não são sequer totalmente conhecidos, o que faz com que seja difícil buscar uma reparação efetiva nesse cenário de incertezas.

É justamente sobre esse campo que o presente artigo pretende lançar luz, demonstrando de que forma se sustenta a responsabilidade civil diante da chamada sociedade de riscos bem como do direito dos desastres ambientais, lembrando que em muitas vezes, por mais que se tente, será impossível precisar ao

certo as consequências danosas advindas de uma prática decorrente de um processo tecnológico ou científico, quanto mais às formas pelas quais tais atitudes podem vir a ser reparadas.

O presente estudo parte então de uma breve discussão sobre a responsabilidade civil e analisa o instituto a partir das alterações propostas pela assim denominada sociedade de riscos e pelo direito dos desastres ambientais, discutindo a possibilidade de reparação diante desse cenário que, ao mesmo tempo em que mostra o seu desenvolvimento, apresenta de outro lado como efeito perverso riscos tão grandes como incertos, cujas consequências nem sempre serão passíveis de serem calculadas.

A metodologia empregada para o desenvolvimento da pesquisa baseou-se no método descritivo e analítico, que permitiu a abordagem, análise e conceituação das categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento dos temas relativos à responsabilidade civil, à sociedade de risco e, de maneira mais específica, à releitura de tais temas no contexto do direito dos desastres.

Partindo de uma revisão de literatura baseada na releitura dos principais doutrinadores que versam sobre a temática proposta, realizou-se um exame conceitual dos aspectos relacionados à temática. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas necessárias para a elaboração adequada do trabalho, além dos conceitos de ordem dogmática que foram utilizados.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DENTRO DA SOCIEDADE DE RISCO E DO DIREITO DOS DESASTRES

Com o aumento do desenvolvimento e consumo potencializado pela sociedade pós-industrial, inúmeras foram as consequências verificadas, dentre as quais se destaca, inclusive, o aumento de danos que emergiram dessas condutas tecnológicas e científicas.

Não apenas os riscos de catástrofes naturais que permeiam o campo do imponderável, como também outros riscos passaram a levantar uma dúvida acerca de quais seriam exatamente os perigos que poderiam advir de cada atividade desenvolvida.

Sabe-se, contudo, que por mais que se queira prevê-los e evitá-los, o risco zero é impossível e inerente a essa sociedade de risco, que produz incertezas nas mais variadas formas. Desta feita, ao se ampliar as atividades nos mais diferentes segmentos, desenvolveu-se como um aspecto inerente desse processo uma cultura de riscos, descrita como “sociedade de riscos” (BECK, 1998).

Assim, os chamados riscos do desenvolvimento podem ser encarados como as consequências negativas resultantes não apenas de um processo de industrialização como também daqueles verificados na agricultura, no campo da genética, na área da saúde dentre outras, nas quais, em virtude da busca pelo desenvolvimento de suas atividades, acabam inevitavelmente ampliando as possibilidades de riscos variados que podem ocorrer após o produto dessas atividades serem colocados à disposição dos consumidores.

Cumprido destacar que o conceito de riscos do desenvolvimento não é pacífico na doutrina, mas, podemos destacar abaixo:

Para nós os riscos do desenvolvimento são aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vem a ser descoberto após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos. (CALIXTO, 2004, p. 175)

Os danos surgem como uma decorrência natural de uma sociedade ávida pela cura de doenças, pela busca de um maior conforto, maior tecnologia ou comodidade. Há de se salientar, contudo, que os riscos sempre existiram, sendo que o que se ressalta aqui são os chamados novos riscos, que poderão resultar em danos graves e imensuráveis às pessoas e ao meio ambiente em decorrência das atividades propulsoras do progresso.

Sob essa perspectiva, verifica-se, ademais, que em alguns casos esses riscos são passíveis de serem conhecidos e especificados e, em tantos outros, permanecem sob difícil e imprecisa delimitação. Dessa forma, se nem mesmo os riscos são conhecidos, de igual forma, os mecanismos de reparação acabam não se mostrando no mesmo patamar dos danos surgidos.

Diante de tal consideração, se não é possível delimitar quais são os riscos com exatidão, como estabelecer a tríade caracterizadora da responsabilidade? Como delimitar o fato originador do dano quando o próprio dano permanece incerto? Como estabelecer, por fim, um nexo de causalidade entre fato e dano?

Nessa perspectiva, vários institutos acabaram sendo desafiados e dentre eles a responsabilidade civil, justamente pela aptidão para oferecer resposta aos problemas que se apresentam diante desses danos. Em razão desse contexto, se revelam os novos contornos da responsabilidade civil que é despertada a responder pelos impactos provocados pelos riscos do desenvolvimento, exigindo uma reparação que faça frente aos danos desenvolvidos.

Sob esse prisma, Carvalho (2015, p. 131), trata de forma muito pertinente sobre as limitações sofridas pelo instituto da responsabilidade civil. Vejamos:

A responsabilidade civil apresenta um papel sempre relevante no estímulo a determinados comportamentos sociais, estimulando ou inibindo determinados padrões comportamentais. Contudo, ao mesmo tempo em que se destaca a sua relevância, não há como negar as limitações apresentadas pelo sistema da responsabilidade civil quer em sua função de prevenção e mesmo, especificamente, para compensação em danos catastróficos. Estas dificuldades decorrem do fato dos efeitos dos danos catastróficos serem geralmente dispersados sobre uma grande quantidade de pessoas, dificultando as vítimas ajuizarem demandas individualmente. A coleta de provas a respeito dos feixes constitutivos do nexos causal é também um aspecto limitativo. Finalmente, a probabilidade de condenação pode ser pequena face às dificuldades de encontrar e condenar o responsável, em razão da necessidade de demonstração dos elementos constitutivos da responsabilidade civil.

Nessa perspectiva, percebe-se que juntamente com os óbices que já haviam sido citados ao se tratar da responsabilidade civil, está também o fato de que nem sempre será possível determinar quem são as vítimas diretas e indiretas dos danos e, de igual modo, também determinar quem é o responsável por causar tais prejuízos, ressaltando que a comprovação da tríade caracterizadora da responsabilidade civil em muitos casos restará, assim, absolutamente prejudicada.

Fato incontestável é que, atualmente, somos surpreendidos a todo o momento, por um novo dano que deve ser amparado pelo instituto jurídico designado para tanto, ou seja, para a responsabilidade civil, nessa perspectiva, todo dano deve então ser reparado.

Por sua vez, Carvalho (2015, p. 131), assevera que apesar dessas dificuldades de reparação, contudo, não se pode deixar de analisar as importantes funções preventivas e compensatórias exercidas pela responsabilidade civil, sendo que essas acabam ganhando uma importância primordial em casos de perdas massivas decorrentes dos chamados danos catastróficos. O autor então continua na página seguinte, trazendo uma importante lição acerca do tema ao dizer que:

Além da função corretiva, este instituto apresenta, também, uma função preventiva indireta (pedagógica). Segundo esta função de dissuasão, espera-se que os potenciais atores causadores de degradações ambientais optem, racionalmente, pela adoção de medidas preventivas, a fim de evitar a internalização futura dos custos ambientais, provenientes de sanções e compensações. Esta função encontra-se diretamente ligada a uma equação racionalmente atribuída no sentido de que o ônus de prevenir o dano deve ser menor do que o produto da magnitude deste e sua probabilidade. (CARVALHO, 2015, p.132).

Ademais, juntamente com a ideia de prevenção e reparação, está também a questão da solidariedade, haja vista que por atingir todo um meio social, o dano acaba sendo visto como uma responsabilidade que deve ser, na medida do possível, compartilhada.

Igualmente, considerando o contexto social em que se desenvolve, o dano pode ser visto como um mal social fruto dessa sociedade de risco, sendo que uma vez resultante de uma ação social, deve de igual modo ser uma responsabilidade de toda a sociedade.

Assim, a solidariedade, entendida como alteridade, é a máxima de ajuda ao outro, de responsabilidade com o outro. A responsabilidade social dos danos vai ao encontro da solidariedade e assim discorre Celina (1999, p. 99) sobre o tema:

Por outro lado, contudo, considera-se que a incerteza tenha acarretado um grande benefício. O benefício chama-se solidariedade. Esse sentimento, o senso de igual dignidade para todas as pessoas humanas, é novo, não existia no passado. Ele decorre da conscientização de “estarmos todos no mesmo barco”. É, pode-se dizer, a semente criadora de uma nova consciência moral, de uma nova ética. As grandes transformações, pois, não se deram apenas em nível tecnológico, mas também, e, principalmente, no que respeita às concepções culturais: foi no decorrer deste século que os direitos das crianças, das mulheres, das minorias raciais foram globalmente difundidos, que o racismo, o preconceito e a intolerância passaram a ser malvistas, considerados como comportamentos socialmente incorretos.

Quanto ao dano, nas palavras de Cavalieri Filho (2010, p. 70), diz que:

O dano é sem dúvida o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

Entretanto, há de se ressaltar que a responsabilidade civil não se caracteriza apenas como um mero fenômeno jurídico que se revela em consequência de um dano, haja vista que seu objeto se expande para se tornar igualmente um fenômeno social que corresponde basicamente aos comportamentos, ações e situações observadas na sociedade.

A responsabilidade civil, dessa forma, acaba por condicionar a ação e despertar para a necessidade de um agir consciente, pois, diante da impossibilidade de prever com exatidão as consequências das atividades desenvolvidas, deve o ser humano repensar com redobrado cuidado antes de praticá-las. Nesse sentido, há de se dizer, ainda, que observa-se nos últimos tempos uma tendência em

socializar os riscos e danos, o que corrobora mais uma vez o quanto o instituto da responsabilidade civil é também um fenômeno social.

Embasando o que foi dito acima, Cavalieri Filho (2010, p. 146-147) aduz que “nas últimas décadas vem-se acentuando, cada vez mais forte, um movimento no sentido de socialização dos riscos”. Continua então o autor dizendo que “o dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a coletividade”.

No cenário de solidariedade que se defende hoje, é apregoado cada vez mais a ampliação da reparação dos danos ressaltando inclusive que ela passa a incidir além dos casos clássicos culpa e/ou ilicitude. Nessa perspectiva, devido aos mais diversos processos sociais, mudou-se o referencial de modo que o foco da reparação se transferiu da culpa para o dano, privilegiando o ressarcimento do dano em primeiro lugar, reconhecendo que a responsabilidade civil não pode ser esvaziada diante de uma simples reação punitiva.

Assim, conforme já asseverado, diversas são as causas que podem fazer nascer a obrigação de indenizar sendo que entre algumas dessas hipóteses pode-se citar o ato ilícito, a violação dos deveres de segurança para aqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas, além daqueles casos decorrentes de quebra de obrigação contratualmente imposta.

3 PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Aspecto de suma importância quando se fala em riscos é analisar os princípios da prevenção e da precaução. Justamente por guardarem estreita relação com o tema, deve-se observar que tais princípios, os quais por vezes são confundidos ou comparados, são distintos entre si, já que um tem o fulcro de se antecipar ao dano, enquanto o outro de evitá-lo. Vejamos:

Esses princípios não se confundem, embora tenham a mesma origem, uma vez que ambos são instrumentos poderosos para evitar e prevenir a ocorrência de danos ao ambiente, e a principal diferença entre eles está na incerteza científica ou no grau de avaliação dos riscos de certas atividades ou substâncias (RIOS; IRIGARAY, 2005, p. 95).

Desta feita, tem-se que o princípio da prevenção é utilizado quando o risco do dano é efetivo e real. É em suma o risco conhecido, aquele sobre o qual é possível tomar ciência de antemão. Lado outro, o chamado princípio da precaução é aplicado para aqueles casos de riscos possíveis ou hipotéticos também chamados de abstratos e que possam levar a danos, sendo visto sob a ideia do “risco do risco”.

Nesse sentido, há que se frisar que os indicativos do risco são provenientes das estatísticas, perícias, entre outros meios aptos a detectarem a possibilidade do perigo.

Benjamin (2001, p.71) destaca sua preleção pelo princípio da precaução face ao da prevenção, conforme se verifica abaixo:

A transição do paradigma de reparação para o da prevenção, todavia, mostrou-se insuficiente. Necessário, então, num estágio de maior sofisticação (e efetividade), passar à atuação de precaução. (...) A precaução distingue o direito ambiental de outras disciplinas jurídicas tradicionais, que, no passado, serviram para lidar com a degradação do meio ambiente – especialmente o direito penal (responsabilidade penal) e o direito civil (responsabilidade civil) – porque estes têm como pré-requisitos fundamentais “certeza” e “previsibilidade”, exatamente dois obstáculos que a norma ambiental, com a precaução, procura afastar.

Nessa perspectiva, verifica-se que ambos os princípios acabam por se tornar um elemento importante dentro do instituto da responsabilidade civil, na medida em que orientam uma atuação mais consciente no sentido de se evitar danos. Entretanto, muito embora seja necessário agir em consonância com atitudes acautelatórias, não se pode deixar de considerar que é preciso ter em mente que na tentativa de se evitar riscos ao máximo, não se pode correr um perigo inverso, que é justamente frear ou mesmo travar o desenvolvimento com excessos de cuidados que podem impedir o curso natural das atividades técnico-científicas.

Assim, o risco encontra-se inevitavelmente arraigado na sociedade, não podendo ser totalmente controlável, por se tratar de algo vindouro.

Ainda que não se queira partir para o outro extremo, não se pode esquecer, contudo, que os riscos hoje enfrentados não são os mesmos de antes, haja vista o aumento de sua dimensão e a alta potencialidade lesiva os intensificam se comparado com momentos anteriores, o que demonstra a importância das medidas de precaução e prevenção nas esferas em que possam ser gerados esses riscos.

Desta feita, tomando como ponto de partida os princípios da precaução e da prevenção, pode-se dizer que a responsabilidade civil foi remodelada, de modo que juntamente com a responsabilidade reparadora tem-se de igual modo a responsabilidade preventiva numa clara demonstração do avanço desse importante instituto jurídico.

4 O RISCO DO DESENVOLVIMENTO E O PAPEL DO DIREITO

As atividades que são desenvolvidas em prol do desenvolvimento trazem consigo não apenas os progressos que se objetiva como também de forma colateral alguns riscos, sendo que alguns deles são conhecidos e outros permanecem sob difícil delimitação. Assim, observa-se uma relação paradoxal, onde em busca de um desenvolvimento e de uma maior segurança, acabaram surgindo riscos que expuseram uma situação de total incerteza.

Cria-se, assim, uma relação de instabilidade, pois, diante de atuações tão diversificadas, fica cada vez mais difícil exercer um controle efetivo sobre os limites de cada atividade desenvolvida. Dessa maneira, o chamado risco de desenvolvimento é:

O risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após certo período de uso do produto ou do serviço. É defeito que, em face do estado da Ciência e da Técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível. (BENJAMIN, 1991, p. 67).

Cabe dizer que estão englobados aqui não apenas os riscos visíveis e previstos, como também aqueles sobre os quais num primeiro momento é impossível que se faça qualquer tipo de previsão, muitos dos quais chegam a ser imperceptíveis num primeiro momento e, por isso mesmo, acabam sendo desqualificados como perigosos, embora carreguem uma potencialidade lesiva. Assim ensina Ferreira (2004, p. 58):

[...] a produção de riscos, ao incorporar a impossibilidade de prever consequências, assumiu uma nova face. Com isso, surgem as situações de incerteza, tão peculiares da denominada sociedade de risco ou contemporânea. Nesse contexto, alguns mecanismos institucionais são postos em prática buscando-se evitar a disseminação do receio e do medo daquilo que não se conhece.

Entre possíveis exemplos, podem ser citadas as contaminações químicas que ocorrem por uso de substâncias nocivas presentes na composição de alimentos ou medicamentos, o que nos dias atuais acaba por ser mais comum do que deveria. Todavia, embora exemplos não faltam, as respostas muitas vezes surgem numa velocidade inferior à que seria desejada. Nesse sentido, matérias recorrentes continuam fazendo pairar dúvidas a exemplo do que acontece com os alimentos transgênicos e as incertezas que gravitam com relação a eles.

Assim, muitas vezes, além de não se ter a consciência do fato de que estão consumindo alimentos geneticamente modificados, também não se sabe quais as consequências advindas de tal uso.

Desta feita, tendo em vista os riscos presentes e também aqueles vindouros, vê-se no Direito uma resposta que atenda e repare os riscos e demais efeitos contrários que por vezes o desenvolvimento trás. Nesse ponto, importante trazer as considerações do que seria na visão de Carvalho (2015, p. 21), senão vejamos:

Nossa era é uma época marcada pelos extremos. Eventos, comportamentos, clima, acidentes, decisões. É nesse cenário e para esta conflitualidade que se forma um Direito dos Desastres, tratando-se este também de um Direito extremo, fundado sob a ideia central de que a gravidade destes eventos exige uma regulação sensível ao risco e à incerteza.

Outrossim, o referido autor destaca a importância que exerce o direito nesse cenário ao destacar que:

Atualmente, o direito é um dos sistemas que tem por ambição fornecer capacidade para decisão em cenários extremos, fornecendo estabilidade e segurança jurídica ao caos instituído pelos desastres. De outro lado, o jurídico deve realizar tal tarefa de forma suficientemente dinâmica, face a celeridade e a urgência impostas por tais eventos. (CARVALHO, 2015, p. 22)

Nesse sentido, não apenas o Direito como um todo, mas também a própria responsabilidade civil ampliou seus contornos para alcançar um nível de solidariedade na medida em que alarga suas bases de uma responsabilidade subjetiva para prestigiar a responsabilidade objetiva reconhecendo nela um importante instrumento de equalização dos danos e riscos. A esse respeito, Carvalho (2015, p. 182) afirma que:

Portanto, a responsabilidade civil extracontratual do Estado passa a desenvolver um importante papel para mitigar vulnerabilidades físicas e sociais, constituintes dos desastres ambientais, principalmente pela imposição de deveres de proteção.

Também é necessária uma mudança de paradigmas, para que aspectos extrapatrimoniais e ligados à solidariedade passem a ter uma atenção maior, em detrimento de condutas individualistas, fato que reflete na questão da responsabilidade.

O princípio da solidariedade adquiriu importância máxima quando expresso na Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 3º, I estabeleceu, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Uma sociedade diferente e repleta de transformações deve trazer de igual modo uma racionalidade e adaptação que respondam ou ao menos tenham condições de responder às inúmeras questões que se levantam, garantindo uma justiça social inclusive na repartição dos riscos ao máximo possível.

Ainda nas palavras de Carvalho (2015, p. 180) é válido mencionar que:

Os desastres trazem à toa tudo o que a sociedade global se esforça em ocultar, isto é, as vulnerabilidades físicas e sociais, os vulneráveis técnicos e científicos, as omissões estatais injustificáveis, as desigualdades crescentes, o colapso ambiental mundializado, a ocupação desordenada do solo, o uso indevido da proteção ambiental para promover arbitrariedades, o descaso com o “outro”. Os desastres desnudam o rei, em suas vestes e, sobretudo, o tapete para onde tudo foi sendo lenta e gradualmente varrido, Acabam estes eventos sendo uma forma de resposta física poderosa que, numa cadeia retroalimentada, apresentam sinergia e violência (...)

Assim, tendo em vista o dinamismo e a flexibilidade com as quais se apresenta, o Direito e, nesse ponto específico, a responsabilidade civil, devem acompanhar e orientar a evolução social que é proclamada nessa conjuntura. Diante disso, impossível se abster diante da necessidade de extensão da responsabilidade civil aos problemas emergentes dessa nova sociedade técnico-científica que se configurou.

5 A SOCIEDADE DE RISCO E O MEIO AMBIENTE

Conforme já noticiado, a sociedade de risco surgiu como um resultado inerente ao cenário descortinado pela sociedade industrial. Entretanto, riscos que eram até então calculados e se mantinham sob controle, passaram a se expandir e irradiar para outras áreas como a social, política e econômica. Para Carvalho (2015, p. 21) pode-se dizer que:

Finalmente na era contemporânea, os desastres, mesmo aqueles denominados naturais, são descritos como fenômenos que mesmo de alguma forma desencadeados por eventos naturais, apenas atingem a condição de desastres quando alimentados por vulnerabilidades socialmente (re) produzidas. É a partir deste momento que estes passam a ser geridos por processos de racionalidade limitada, com o escopo de antecipar e responder a estes.

Nesse sentido, houve uma interação tão grande entre o homem e seu meio que inevitavelmente um forte potencial destrutivo acabou por atingir o seu entorno de modo tão intenso quanto inesperado. Riscos estes de alcance incalculáveis que “subvertem as bases da lógica dos riscos então reinante e que, partindo de decisões humanas, apresentam a possibilidade de destruição de toda a vida do planeta” (BAHIA, 2015, p. 55).

Desta feita, há hoje a clara percepção que há a coexistência de riscos controláveis e também daqueles considerados incontroláveis. A esse respeito, Carvalho (2015, p. 22) esclarece que:

Mesmo desastres denominados como naturais tem em sua origem, frequentemente, vulnerabilidades físicas e sociais. É exatamente por esta razão que o direito detém legitimidade, cada vez maior, para regular as relações sociais existentes antes, durante e após os desastres, exercendo a função de reduzir vulnerabilidades e de promover condições de resiliência.

Carvalho (2015, p. 23) então prossegue dizendo que:

O direito dos desastres vem despertando, cada vez mais, o interesse de pesquisadores ao redor do mundo com a finalidade de investigar a capacidade e as funções do Direito em orientar normativamente as ações de prevenção e de resposta.

Nesse contexto, sabe-se por exemplos vistos hodiernamente que do manejo de questões ambientais acabaram advindo riscos que não mais permitem serem controlados, a exemplo do que ocorre com o aumento das temperaturas e a seca que atingem níveis preocupantes. Percebe-se uma crise ambiental fruto de uma “sociedade de risco” originada a partir da Revolução Industrial do século XVII, na qual cada vez mais as atividades desenvolvidas pelo homem começam a alterar no equilíbrio dos fatores naturais.

Sob essa perspectiva, numa sociedade pós industrial caracterizada a cada dia mais pelo anseio do progresso, a natureza acaba sendo vista muitas vezes como um simples instrumento para se atingir os resultados lucrativos que se espera.

Importante análise nesse sentido é feita por Carvalho (2015, p. 41-42), quando diz que:

Historicamente, as catástrofes foram sendo conceituadas como algo além do Direito, dentro da categoria de “act of God” (ou em seu equivalente da civil law, como força maior). Os desastres nascem em uma lógica divina opaca e inacessível ao homem, sendo compreendidos como eventos imprevisíveis e incontroláveis. Contudo, após o surgimento da ciência jurídica liberal (liberal jurisprudence), o Direito expandiu seu âmbito jurisdicional com a catástrofe não sendo mais vista como algo absolutamente além do poder de controle do Direito, mas sim como um desafio a este. Um desafio que merecia respostas jurídicas.

Nessa ótica, a apropriação da natureza vista como mercadoria, bem como sua conseqüente devastação, aparecem como resultados inerentes de uma política de mercado que precisa ser modificada. Carvalho (2015, p. 149) ainda prossegue em suas alegações dizendo que:

Uma análise histórica demonstra que, ao contrário dos desastres antropogênicos (acidentes tecnológicos ou industriais), os desastres naturais

eram considerados, frequentemente, como eventos da natureza e, portanto, carentes de atribuição de responsabilidade. Contudo, a evolução das ciências sociais demonstra não existir desastres puramente naturais, havendo sempre para a ocorrência dos desastres, fatores combinados de vulnerabilidade físicas e sociais. Este cenário, por evidente, intensifica um processo de diferenciação e desvinculação entre os sentidos de “força maior” e desastres denominados naturais.

Dessa forma, esse modelo de desenvolvimento a todo custo tem se mostrado impraticável a longo prazo, vez que sob esse ritmo será impossível preservar os recursos de modo satisfatório para as futuras gerações.

Frisa-se que é preocupante pensar no bem-estar futuro, quando a própria geração atual ainda não conseguiu se manter de modo equilibrado e racionalmente sustentável. A despeito desse quadro de riscos, entretanto, a preocupação com as futuras gerações é inerente ao conceito do desenvolvimento sustentável de modo que é preciso que se atenda às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras, em observância à norma contida no artigo 225 da Constituição de 1988:

Artigo 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.

Sobre o assunto, Carvalho (2015, p.157) assevera que:

Assim, há uma conciliação entre o “direito de todos ao meio ambiente ecologicamente” e os deveres constitucionais ambientais (“Impondo-se ao poder público e à coletividade de defendê-lo e preservá-lo”) impostos aos entes públicos e privados. Esta dimensão coletiva consiste em verdadeira tarefa fundamental do estado, havendo expressamente a atribuição de deveres genéricos de proteção ambiental ao Estado. Assim, a violação destes, justifica a imputação de responsabilidade civil pelo seu não cumprimento.

Carvalho (2015, p. 149) prossegue então em suas alegações dizendo que nos anos recentes, os governos em todo o mundo têm se tornado cada vez mais intensamente ativos em seus esforços de tentar mitigar as consequências lesivas dos desastres naturais.

Nesse sentido, apresenta-se como um importante desafio do direito e em especial na área ambiental, a implementação de limites e formas de controle durante as interações com a natureza, mantendo sempre como foco a concretização da ideia de sustentabilidade, que apresenta em seu bojo a preocupação com as

futuras gerações. Freitas (2016, p. 44), assevera que “a sustentabilidade, corretamente assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar material e imaterial, sem inviabilizar o bem-estar, próprio e alheio, no futuro”.

Os riscos possuem, ainda, íntima ligação com a globalização, em que os danos oriundos destes riscos não serão um fenômeno delimitado, sendo que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam todo o planeta e não mais uma ordem local, nem mesmo um tempo específico (BECK, 1998, *passim*).

Nesse sentido, no que tange à responsabilidade civil diante desse cenário ambiental de riscos, há o reconhecimento de que uma responsabilidade baseada apenas na culpa seria insuficiente para conduzir as questões ambientais.

Por seu turno, Carvalho (2015, p. 166) esclarece que:

No entanto, não se pode olvidar também ser imputável a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão a deveres de proteção sob a égide principiológica da precaução. Tal omissão se configura apenas quando for plausível e racional exigir do ente estatal a adoção de medidas de cautela (fiscalização, execução de obras, adoção de medidas materiais, etc.) mesmo em face da existência de incertezas científicas quanto às possibilidades de ocorrência e/ou magnitudes. Trata-se de casos em que se justifica, pela gravidade das possíveis consequências de um evento, a imposição de deveres protetivos ante a existência de mera possibilidade, em detrimento de probabilidades quantificáveis. Adverte-se, porém, que esta dimensão de dever de proteção deve estar, no entanto, sedimentada em uma hipótese cientificamente ponderável e não meras especulações casuísticas.

Assim, somente a ampliação desse conceito a partir de uma perspectiva objetiva e, portanto, livre dos elementos atinentes ao dolo e à culpa é que seria capaz de regular de modo satisfatório o alcance desse assunto.

Importante ressaltar, nesse sentido, que não se pretende com isso negar a importância ainda desempenhada pela responsabilidade subjetiva, entretanto, o que se ressalva a todo momento é a necessidade de ampliar as garantias que aquela responsabilidade efetivamente cumprirá o seu papel. Carvalho (2015, p.136) então acrescenta que:

Os desastres (naturais, mistos ou antropogênicos) não deixam de ser grandes danos de repercussão socioambiental, justificando constantemente a incidência da responsabilidade civil por danos ambientais, sempre que diagnosticada a presença denexo causal e condutas que tenham contribuído para os efeitos lesivos destes eventos. Para uma grande quantidade de casos, sobretudo para aqueles referentes a desastres

antropogênicos ou acidentes industriais, é aplicável a responsabilidade civil objetiva, prevista para a matéria ambiental, especificamente no art. 14, parágrafo primeiro da lei 6938 de 1981. No caso de danos provocados por entidades privadas, como já referido, a jurisprudência e doutrina têm dotado a teoria do risco integral de forma majoritária, para condutas ativas ou omissivas. A mesma uniformidade é tida em casos de responsabilidade civil do Estado por condutas ativas dos agentes administrativos em exercício de suas funções públicas, aplicando-se o parágrafo sexto do artigo 37 da CF. Contudo, no que toca a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas que redundaram em desastres, não há a mesma densidade consensual, oscilando jurisprudência e doutrina entre a aplicação da teoria do risco administrativo (responsabilidade civil objetiva) e da falta de serviço (responsabilidade civil subjetiva).

A responsabilidade civil, dessa forma, passou por sensíveis transformações com o passar dos anos, sendo que de uma forma mais recente, sob a diretriz do princípio da solidariedade bem como da cláusula geral de tutela da pessoa se justificou a ampliação inclusive do direito ao ressarcimento.

A sociedade de risco por assim dizer se ampara na plasticidade dos institutos jurídicos que deve trazer mecanismos de distribuição de riscos e por sua vez acaba por modificar a roupagem da responsabilidade civil que deve se adequar a essa nova realidade, contando inclusive com embasamento constitucional, ao solidificar a responsabilidade objetiva das atividades, sobretudo, exercidas com risco.

Todavia, mesmo com esses avanços, verifica-se uma dificuldade na reparação jurídica de danos oriundos dessa sociedade. Desta feita, se antes os danos eram perceptíveis, sendo claros os pressupostos básicos da responsabilidade civil, hoje, muitas vezes não se consegue tão facilmente perceber a origem desses danos tão pouco estabelecer um nexo causal entre uma conduta e as consequências dela advindas.

Percebe-se nesse diapasão que toda atividade industrial e técnico-científica é geradora de riscos e nesse sentido, indiscutível o papel do Direito como intermediador de uma possível prevenção e reparação nesse sentido.

É preciso assumir que as bases de precauções e prevenções que a tem utilizado atualmente não têm sido capazes de garantir segurança, no sentido de amenizar ou pelo menos reduzir os efeitos negativos gerados por essa sociedade de risco.

Importante o caráter conscientizador trazido à tona no qual se percebe que na busca por um desenvolvimento a todo custo, o preço a se pagar acabou sendo

alto demais uma vez que com as interferências realizadas na natureza não apenas foi ameaçado o ritmo do desenvolvimento como também a própria sobrevivência da coletividade, impondo um desafio real de mudança de comportamento.

Assim, quando se pensa em um ponto de partida para essa mudança, inicialmente a primeira ideia que ocorre é que seriam necessárias leis fortes que efetivamente nos levassem a cumprir a normatização ambiental. Entretanto, o que se percebe pelo analisar das leis já existentes é que de fato há uma densidade normativa satisfatória no sentido de ser capaz de orientar um melhor agir.

O que sempre pareceu existir e chega a preocupar na medida em que se torna um problema crônico é falta de efetividade que se confere a essas leis, na medida em que paradoxalmente elas deixam de ser capazes de controlar os riscos produzidos pela sociedade, evidenciado um sistema jurídico que claramente precisa de ajustes para verdadeiramente cumprir o seu papel.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O MEIO AMBIENTE

A responsabilidade civil vem passando por transformações de modo que seus contornos também vêm sendo delimitados por uma preocupação ambiental.

Afirmou-se, ademais, que, mais do que uma atitude puramente reparatória, é preciso pensar que a prevenção e a precaução têm mais chances de obter os resultados pretendidos na medida em que permitem um atuar preciso e em tempo hábil para se evitar maiores danos.

Dessa forma, quanto mais proteladas as medidas de sustentabilidade, mais dispendiosas serão e maior a probabilidade de que cheguem fora do prazo hábil. Carvalho (2015, p. 42) assevera que:

O Direito tem, portanto, uma função de fornecer estabilidade pela normatividade, tanto para evitar como para responder ao caos trazido pelo desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e resposta a estes. A ênfase desta estrutura normativa, deve ser eminente preventiva, mediante a imposição de estratégias estruturais (obras de engenharia civil combinados com serviços ecos-sistêmicos) e não estruturais (mapas de risco, planos de contingência, planos diretores, Estudos de Impacto Ambiental).

Entretanto, um fator preocupante é que muitas vezes as medidas preventivas somente são adotadas quando se mostram imediatamente convenientes economicamente em relação à remediação, o que acaba levando à assunção de alguns riscos que poderiam evitados. Carvalho (2015, p. 53) acrescenta ainda que:

Sob um ponto de vista racional, o problema central enfrentado por políticas de prevenção ambiental pelo setor econômico consiste no fato de que o custo de uma dada medida preventiva (seja numa dimensão preventiva ou precaucional) deve ser menor do que os custos *post factum*, ou seja, de remediação. Em outras palavras, caso não seja mais vantajoso economicamente a prevenção em comparação com outros custos de remediação, mesmo com expectativas sancionadoras, haverá um estímulo a condutas de risco.

Em consonância com o disposto acima, os princípios da prevenção e da precaução têm servido como diretrizes para essa atuação visando uma sociedade mais segura e com menos incertezas na medida do possível.

Aliado a esses dois princípios já vistos, há que se destacar também, segundo Bessa (2002, p. 219), que:

O princípio do poluidor-pagador parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e que o seu uso na produção e no consumo acarretam-lhe redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez. Portanto, são necessárias políticas públicas capazes de eliminar a falha de mercado, de forma a assegurar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais.

Tal previsão implica dizer que o poluidor deve arcar com os custos ambientais, ou seja, quem contamina deve arcar com os custos da descontaminação.

Mais relevante que toda essa análise, contudo, é perceber que mais que um instrumento de reparação, a responsabilidade civil é um meio de se fazer justiça social, conforme assevera Carvalho (2015, p. 182):

Em última instância, a matéria jurídica referente à compensação às vítimas e ao meio ambiente atingidos por desastres envolve sempre uma ponderação profunda sobre sua origem no infortúnio ou na injustiça. Infortúnios são eventos que, por seu caráter aleatório e imprevisível, são traduzidos em semântica jurídica como força maior (fenômeno externo à atividade dotado de imprevisibilidade e irresistibilidade). Por evidente, estes eventos não tem o condão de gerar responsabilização. Diferentemente, a injustiça, aqui descrita sem maiores digressões filosóficas, tem seu lugar nos “caos em que as vulnerabilidades sociais que aumentam os riscos para algumas populações estão enraizadas em conhecidas desigualdades e, assim, resultam em danos em momentos de desastres de forma previsível. O pêndulo entre a responsabilidade por injustiça e a ausência de motivação para imputação irá decorrer de uma constante análise entre o que é uma falha responsabilizável ou punível e uma omissão razoável.

Desta feita, percebe-se que juntamente com o evento danoso, há acima de tudo o desafio do Direito em abrandar o sofrimento humano em curto prazo e instituir um tipo de mudança social que prevenirá ou, ao menos, mitigará as consequências danosas futuras.

CONCLUSÃO

Inicialmente, quando da elaboração do presente artigo, a ideia imediata que surgia era identificar como de fato ficaria a questão da responsabilidade civil diante de uma sociedade que produz não apenas danos efetivos, mas também riscos não delimitados acerca dos quais muitas vezes é impossível que se conheça com precisão.

Entre tantas dúvidas levantadas, algumas foram classificadas, dentre elas destacando-se a possibilidade de se harmonizar o desenvolvimento com os riscos. Nesse sentido, percebeu-se que a partir de uma concepção remodelada da responsabilidade, passou-se a ter sobre ela não apenas uma visão reparadora, como também preventiva, através dos princípios da prevenção e precaução que passaram a ser relacionados com o tempo.

A partir do momento em que a responsabilidade caminha junto com essa consciência de que é preciso repensar sobre os riscos e danos de cada atividade a ser desenvolvida, percebeu-se que no intuito de evitar danos não se pode paradoxalmente correr o risco de estagnar o desenvolvimento freando ações sem que se entenda que alguns danos são inerentes ao desenvolvimento das atividades técnico-científicas.

Desta forma, percebeu-se que amenizar os danos e evitá-los na medida do possível é uma tarefa também desempenhada pelo Direito através da responsabilidade civil. Entretanto é preciso saber que numa sociedade pós-industrial o preço que se paga pelo desenvolvimento, muitas vezes envolve riscos sobre os quais nem sempre se pode controlar.

Portanto, apresenta-se como um desafio do Direito procurar minorar e compensar os danos através da responsabilidade civil sem, contudo, ponderar para que na busca pela redução de riscos, não se abandone a busca pelo progresso e desenvolvimento. Desenvolvimento e riscos não são, assim, conceitos que apenas se ligam numa relação de consequência, mas sobretudo que se unem diante de um convite para a reflexão acerca das antigas e das novas práticas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BAHIA, Carolina Medeiros. Juridicidade da causalidade ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Daniel Jiménez. Buenos Aires, Editorial Paidós, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Objetivos do direito ambiental. In: *Anais do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 4 a 7 de junho de 2001: o futuro do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: IMESP, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Código Civil. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Institui o Código Civil)*. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Aldo Aranha de; TRAD, Cíntia Maria. *Responsabilidade civil por erro médico: a culpa médica e a liquidação dos danos*. In: VII Encontro de Iniciação Científica do Curso de Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Curso de Graduação em Direito. Programa de Mestrado em Direito, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 89-117, 17-19 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pic/publicacoes/VII.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo, Atlas, 2010.

FERREIRA, Helini Silvini. *O risco ecológico e o princípio da precaução*. In: *Estado de Direito Ambiental*. In: LEITE, José Rubens Morato; SILVINI, Helini [Org.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Constituição e Direito Civil: Tendências*. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC-Rio, volume 15, 1999.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney [Org.] *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, vol. IV.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, vol. IV.

A COMPULSÃO DE CONSUMO TRANSFORMADA EM VÍCIO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE BAUMAN E LIPOVESTKY

THE COMPULSION OF CONSUMPTION TRANSFORMED IN VICE: A NECESSARY DIALOGUE BETWEEN BAUMAN AND LIPOVESTKY

Dennis Verbicaro

Doutor em direito do consumidor pela Universidad de Salamanca (Espanha). Mestre em direito do consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da graduação e do programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal do Pará-UFPA, professor da graduação e especialização do Centro Universitário do Pará-CESUPA e professor visitante da pós-graduação lato sensu em direito do consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. É procurador do estado do Pará, advogado e associado do Brasilcon.

Caio Gabriel da Silva Motta

Graduando em direito pela UFPA e integrante do Grupo de Pesquisa "Consumo e Cidadania" (CNPQ).

Submetido em: 23/10/2017

Aprovado em: 07/12/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5148>

Resumo: O presente artigo, pelo método dedutivo, analisa a vulnerabilidade comportamental do consumidor diante do assédio da indústria cultural por um modelo de consumo predatório e transformado em vício, tomando-se como referência bibliográfica o diálogo sócio- filosófico entre Zygmunt Buaman e Gilles Lipovetsky no atual estágio da modernidade líquida ou diante dos diagnósticos sombrios de uma hipermodernidade.

Palavras-chave: Direito das Relações de Consumo; Vulnerabilidade Comportamental; Consumo Compulsivo; Diálogo entre Zygmunt Bauman e Gilles Lipovestky.

Abstract: *The present article, through the deductive method, analyzes the behavioral vulnerability of the consumer in face of the harassment of the cultural industry by a predatory consumption model and transformed into an addiction, taking as a bibliographical reference the socio-philosophical dialogue between Zygmunt Buaman and Gilles Lipovetsky in the current stage of liquid modernity or in face of the somber diagnoses of an hypermodernity.*

Keywords: *Consumer Relations Law; Behavioral Vulnerability; Consumption; Dialogue between Zygmunt Bauman and Gilles Lipovetsky.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma Busca Sem Fim. 3. O Movimento Errático do Consumidor no Mercado. 4. Produtores e Consumidores. 5. A Angústia do Consumidor. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O capitalismo artista, assim denominado por Lipovetsky (2015, p. 262), se baseia tanto na venda de produtos, como na mercantilização da cultura, permitindo que a cultura de uma localidade diferente possa ser amplamente difundida e vendida no mercado, como uma expressão estética global. A compreensão desse fenômeno permite uma visão mais nítida do caráter transnacional do mercado e de sua capacidade criativa de influir nas escolhas do consumidor, independentemente de sua posição geográfica, costumes, etnia, ou formação intelectual.

No atual contexto de uma modernidade líquida ou fluída (BAUMAN, 2001, p. 09), uma só cultura pode gerar objetos de consumo para todo o globo, exigindo uma produção dinâmica e massificada. Logo, se há maior velocidade na produção, deverá haver, também, igual velocidade na compra. E é justamente nesse momento que será concebida toda uma abordagem agressiva do mercado, para que essa decisão do consumidor seja rápida e não refletida, via de regra, por meio de impulsos cuidadosamente difundidos pela indústria cultural, que dita comportamentos, forja necessidades de consumo, estimula predileções estéticas, criando uma espécie de compulsão pelo consumo.

Em outras palavras, o consumidor é levado a comprar por impulso, seja para satisfazer um desejo de autossatisfação pessoal, uma forma de hedonista de “aproveitar” as mais diferentes experiências que o dinheiro e o crédito artificial podem lhe oferecer, ou mesmo uma forma do indivíduo alcançar o tão almejado sentimento de pertencimento social, através da aquisição sistemática de símbolos de consumo que, também, seriam símbolos de *status* social em seu grupo de interesse. Em qualquer das justificativas, não há espaço para necessidades fisiológicas do indivíduo, agora substituídas pelo prazer e pela competição social em prol de identidades fictícias criadas pelo mercado, através de suas mais variadas técnicas de convencimento.

Os desejos e necessidades artificiais de consumo passam a ter prazo de validade. Entretanto, a velocidade de todo esse assédio não é acompanhada pelos ganhos individuais do consumidor. Suas limitações financeiras agravam sua vul-

nerabilidade comportamental, gerando frustração e insegurança no indivíduo, levando-o à perda da racionalidade na tomada de decisões, o que terá um impacto decisivo na aquisição irresponsável do crédito e no consequente superendividamento desse consumidor.

O presente artigo, através do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, visa estabelecer uma conexão entre o assédio de consumo e a crescente perda da capacidade decisória do consumidor quanto à utilização responsável do crédito. Para se alcançar essa finalidade, o artigo parte do diagnóstico sociológico de Zygmunt Bauman, quanto à existência de uma sociedade doente e dependente de um modelo predatório de consumo, passando pela análise filosófica de Gilles Lipovestky sobre o novel conceito de vulnerabilidade comportamental do consumidor na hipermodernidade.

2 UMA BUSCA SEM FIM

Em um mundo onde há tantas possibilidades, seria possível se satisfazer com apenas uma? A busca pelo objeto final de felicidade, uma escolha que faça todas as outras serem descartadas gera não apenas angústia, mas também uma busca permanente por símbolos transitórios e volúveis de consumo. A felicidade, agora, se mede pelas experiências proporcionadas pelos bens de consumo lançados e substituídos no mercado numa velocidade estonteante. Só que uma busca por esse projeto de felicidade ideal, além de paradoxal, jamais poderá ser alcançado.

Essa felicidade se revela paradoxal (LIPOVESTKY, 2004, p. 71) porque, conquanto o indivíduo acredite que a aquisição de determinado bem de consumo lhe permitirá satisfazer uma necessidade transitória, logo virá a ansiedade por novos apelos do mercado e a consequente frustração de não conseguir satisfazê-los.

Essa dependência artificial por escolhas ditadas pela indústria cultural co-brará do indivíduo sempre algo novo, pois os objetos de desejo estarão sempre se renovando. Nessa corrida, a linha de chegada será sempre móvel, sendo o que menos importa, mas a permanente corrida, pois o objetivo de agora, amanhã, de nada valerá, será substituindo, renovado, atualizado e renomeado, então a busca continua. E por mais que um objetivo nessa corrida seja de grande apreço, “nenhum dos prêmios é suficientemente satisfatório para destituir os outros prêmios de seu poder de atração” (BAUMAN, 2001, p. 86) nessa infinidade sempre mutável de objetivos e objetos de desejo.

Nesse sentido:

Vivemos o tempo dos objectos: quero dizer que existimos segundo o seu ritmo e com conformidade com a sua sucessão permanente. Actualmente, somos nós que os vemos nascer, produzir-se e morrer, ao passo que em todas as civilizações anteriores eram os objectos, instrumentos ou monumentos perenes, que sobreviviam às gerações humanas. (BAUDRILLARD, 2010, p. 14).

Sobre a influência da indústria cultural no comprometimento da individualidade autêntica do consumidor:

Destarte, a indústria cultural relegou a cultura ao âmbito de produtividade do sistema capitalista, promovendo o esfacelamento da independência dos mecanismos de produção da obra de arte e do senso estético, integrando-a ao funcionamento da ordem posta. Com isso, a criação de necessidades de consumo obedece a critérios de mercado e acaba por impor predileções e forjar padrões de comportamento uniformes, neutralizando o potencial crítico do indivíduo, tornando-se a manifestação da lógica do mercado, com a dissolução da oposição entre cultura e mercado e a intensificação de seu uso como mecanismo psicotécnico de manipulação das massas. Consequência desse processo foi a homogeneização crescente dos indivíduos, exatamente análoga à ocorrida com os produtos da indústria cultural. (VERBICARO; VERBICARO, 2017, p.113-114).

O tempo, então, é um fator determinante no estudo da sociedade atual, quanto de sua predecessora. Se no período clássico se via a glória no passado, e no período moderno a grande esperança no futuro, hoje, na hipermodernidade, como chama Lipovetsky, o foco é o presente, devendo o indivíduo ceder à sedução do consumo como se não houvesse o amanhã, pois a “vida é agora” e não haverá limites para intensidade dos momentos que podem ser proporcionados pelo consumo. O passado, por vezes, é trazido à tona, mas não mais pelo seu significado, mas sim pelo lucro que ele traz, a sensação de nostalgia então é mercantilizada na moda “retrô” e do *vintage*.

O “presentismo” vivido é possibilitado por uma cadeia de efeitos que alteraram o ritmo de vida, e, portanto, de consumo. A mudança para um sistema de comunicação e consumo de massa, garantida pela transformação da cultura como item econômico, contribui para a dissolução de certos “sólidos”, tratados por Bauman, que fazem com que a sociedade se baseie na moda, algo efêmero, de constante renovação e sedução.

A moda, nessa lógica, faz com que haja hábitos de consumo massificados, onde por mais que se busque uma forma de diferenciação social pelo consumo, um mesmo objeto é adquirido por milhões de outros consumidores, que embora

se sintam empoderados pelo *status* social por ele produzido, tiveram sua escolha igualmente funcionalizada pelo mercado, tornando-se, portanto, consumidores genéricos e portadores de individualidade fictícia.

A produção acelerada, devido à massificação cultural, substituiu, como explica Lipovetsky, a felicidade coletiva pela privada, pelo prazer do agora, pelo hedonismo, pois o consumo é imediato e individual, não há mais norma comum de consumo já que não há estabilidade no objeto de desejo da sociedade.

Justamente essa infinidade de opções artificiais deixa o consumidor em conflito. O que se deve querer? Por quanto tempo se deve querer?

São essas as principais perguntas que assombrariam o pensamento do consumidor, não fossem os mais diferentes “conselheiros” para um consumo “bem-sucedido”. Na era do comércio eletrônico e das redes sociais, surgiu a curiosa categoria dos “influenciadores digitais”, sejam aqueles que, a pretexto de relatarem experiências do cotidiano, induzem o consumo de forma subliminar, sejam aqueles que, deliberadamente, são patrocinados para sugerir hábitos de comportamento e consumo supostamente ideais e garantidores do tão almejado autorreconhecimento social perante o grupo. Bauman fala sobre a infinidade de opções atuais, seja quanto ao que comprar ou sobre o que se tornar, sobre a liberdade e o medo de ainda não ser alguém, contra a segurança e a limitação de já ser alguém. Essa multiplicidade de escolhas é proposital e foi meticulosamente concebida pelo mercado por duas razões: a) criar a falsa sensação de que o indivíduo, ante inúmeras opções, tem liberdade decisória e a palavra final em suas escolhas, b) preparar espaço para a atuação profissional dos influenciadores e conselheiros de consumo.

Os conselheiros da sociedade de consumo têm a função de passar uma “lição-objeto” (BAUMAN, 2001, p. 77-78), independente de terem, ou não conhecido e experimentado o produto ou serviço e, tal testemunho, pela credibilidade de quem anuncia, torna a venda mais eficaz a um número maior de fãs e seguidores.

Lipovetsky (2015, p. 274-275) também fala sobre os conselheiros da sociedade, ao falar em *star system*, que além de criar um “sonho” de se tornar como aquela celebridade, ou ao menos o mais próximo possível da vida ideal que é apresentada pela mesma ao se adquirir o produto apresentado, acaba, também, por humanizar o objeto, criando um elemento de identificação pessoal à simples tecnologia.

Tão forte é o efeito devastador do assédio publicitário em relação às crianças, que foi proibido pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) o uso de celebridades para comerciais infantis, por se entender que, em razão do desenvolvimento intelectual e emocional incompleto, não teriam as crianças discernimento para compreender a nocividade de uma abordagem

subliminar, conforme se verifica pela Resolução Nº 163, de 13 de março de 2014, em especial em seu artigo 2º, incisos IV, V e VI.

A voracidade do mercado capitalista e a necessidade de se antecipar às predileções do consumidor, geram uma concorrência acirrada entre os fornecedores, fazendo que a inovação seja uma obsessão e, para muitas empresas, condição de permanência no mercado. Em meio a uma grande similitude entre produtos de diferentes marcas, as empresas investem, cada vez mais, em algo que as destaque, seja pela via dos impactos emocionais e do sensacionalismo, criando grandes espetáculos para a promoção dos seus produtos, como é o caso de grandes eventos para o lançamento de novos modelos de celular, seja por sugerir uma identidade do consumidor com a marca, através de patrocínios de grandes eventos esportivos para uma associação subliminar com a emoção desejada na prática esportiva, fazendo com que, ao comprar o produto, o consumidor esteja também desejando comprar a emoção.

É preocupante perceber que esse excesso de conselhos visa justamente afastar o consumidor das ideias de segurança, realização e felicidade, pois é justamente a busca permanente e angustiante por esses sentimentos que mantêm vivo o círculo vicioso do consumo predatório.

Esse assédio é promovido pela superabundância midiática (LIPOVESTKY, 2015, p. 267-268), onde para todos os lados que se vê, há uma tela, do celular à televisão, onde mesmo com o consumo individualizado e personalizado, há uma superexposição ao *marketing* empresarial, de modo a pegar o indivíduo desprevenido, tornando a publicidade mais efetiva, como é o caso dos *cookies* dos navegadores, que permitem, por meio de inteligência artificial, a especificação dos desejos e do perfil de consumo do sujeito pela simples utilização de um sítio de buscas, por uma “curtida” na rede social, ou por ter, ingenuamente, assistido um vídeo na internet.

Automaticamente, anúncios publicitários específicos e de acordo com o perfil do consumidor serão a ele direcionados em seus acessos futuros, estimulando um consumo por distração e pelo preciso senso de oportunidade criado pelos programas virtuais inteligentes, justamente por conhecer os hábitos de navegação do consumidor. Essa antecipação “forçada” das escolhas do consumidor, sobretudo no âmbito virtual, está, justamente por sua maior eficácia, esvaziando o espaço publicitário das mídias tradicionais que, por tentarem falar com todos ao mesmo tempo, não conseguem mais convencer ninguém e a grande massa, agora ávida por um direcionamento supostamente individualizado na oferta de produtos e serviços, também deseja, ou pelo menos ficará melhor satisfeita, com essa abordagem individualizada.

Não há dúvida de que terceirização de suas escolhas é algo cômodo ao consumidor, pois em meio a tantas outras obrigações da hipermodernidade e o já escasso tempo para uma vida produtiva, se a indústria cultural atuar no mercado para simplificar as opções do indivíduo, direcionando o comportamento e o consumo para um ideal modelo de qualidade de vida, sobrarão mais tempo para delas se aproveitar e, quem sabe, seguir novas “receitas” para essa felicidade ilusória e temporária.

Ao obter o conforto pelos conselheiros, se um deles se destacar, será um conforto nada mais que momentâneo. Escolher comprar um aparelho celular e achar que ele é o melhor e mais eficaz no mercado é uma decisão, cuja convicção terá prazo limitado de validade, talvez alguns poucos meses, até o que o obsolescência planejado antecipe um novo modelo.

O ritmo atual do mercado brasileiro, de uma constante e programada renovação, faz com que produtos saiam da moda em uma velocidade que o consumidor não consegue acompanhar. Seja por falta de uma educação financeira, seja pela situação político-econômica, o consumidor sacrifica sua saúde, segurança e o tempo com a família para se submeter a longas e extraordinárias jornadas de trabalho, acreditando que conseguirá uma renda adicional para aplacar tantos desejos de consumo. Trabalhadores dessa hipermodernidade esquecem as relações afetivas autênticas e seu verdadeiro papel na família pela exclusiva função de provedores de bens de consumo, ou seja, a ideia de garantir “qualidade de vida” aos seus dependentes limita-se ao aspecto financeiro. Essa é uma dura, mas imediata, consequência da compulsão consumista.

Bauman (2008, p. 13) alerta sobre a situação atual: lançamos a nós mesmos em um mercado. Somos ao mesmo tempo produto, vendedor e responsáveis pelo marketing. Na busca de uma maior aceitação social nos submetemos a diversas coisas, e para sermos o “produto da vez” necessitamos dos itens que agreguem ainda mais valor à imagem, ou mesmo pelo próprio desejo em si, tendo em consideração que nossa vida e o modo de vivê-la vêm da “pragmática de comprar”. Essa busca por “se lançar no mercado” é, também, uma das inquietações de Lipovetsky (2004), pois na sociedade hipermoderna e líquida, todos desejam se tornar estrelas, todos desejam alcançar o patamar de celebridade que é apresentado pelos conselheiros, prova disso é o surgimento dos *digital influencers*, uma nova espécie de conselheiro virtual.

3 O MOVIMENTO ERRÁTICO DO CONSUMIDOR NO MERCADO

No mundo consumista atual, em que a compulsão pela compra é a única certeza, mostra-se válido indagar o que move o homem nessa compulsão. No início, o indivíduo era movido pelas necessidades fisiológicas, satisfeitas a partir de seu

próprio trabalho. Depois, ao passar pelo extenso processo de sedentarização e da criação do comércio, a partir do escambo, o homem passou a realizar o comércio para suprir suas necessidades. Seja por itens para se alimentar, produzir ou mesmo para melhorar condição de vida.

A necessidade como razão primeira para o consumo foi fundamental e durou durante um longo período da humanidade, mas foi repaginada com o avanço tecnológico, para muito além da satisfação dos desejos básicos do consumidor, pois agora deveria atender, também, aos desejos do consumidor: do prazer hedonista da autossatisfação pessoal à obsessão pelo sentimento de pertencimento social do consumidor em relação à sociedade consumista.

Com o avanço tecnológico, a produção superou a medida do necessário. Foi possível produzir bem mais do que se necessitava. Fica, então, claro que a “necessidade” deu lugar a outro fator propulsor do consumo, algo mais condizente com a nova fluidez social: o “desejo” passou a ocupar esse lugar.

Com o auxílio dos conselheiros e do *star system*, é possível despertar o desejo de praticamente qualquer item, desde uma marca de batom a um aromatizante de ambientes, itens que fogem da real necessidade do cotidiano. Entretanto, a vaidade de possuir aquele produto, de realizar uma fantasia, de vivenciar a experiência prometida pela marca, de tentar satisfazer o insaciável desejo, é bem mais forte que a real necessidade.

Não se compra uma camisa apenas porque ela cumpre suas funções básicas de cobrir, proteger do tempo e ser confortável, se essa camisa não for da marca que permeia as fantasias de consumo do comprador, não será o suficiente. Infelizmente, por mais que ela seja de uma marca famosa, acaba não sendo suficiente, não por uma falha do objeto em si, mas por uma relação platônica com o consumo, na busca da camisa ideal e que permitirá a realização plena do indivíduo, algo que nunca acontecerá.

Ao comprar uma camisa, logo se quer outra e aquela recentemente comprada se torna apenas mais uma no guarda roupa. O mesmo pode ser dito de celulares, os quais ao serem lançados já possuem data certa para perderem o *status* de novidade, vivendo sempre na sombra de uma nova versão do produto futuro.

Da mesma forma, a publicidade de alimentos, além de sobre valorizar suas qualidades, promete sensações e experiências que jamais serão vivenciadas na prática.

Atualmente, mais forte é a ideia de consumir a marca do que o produto em si. O consumidor paga mais caro por algo que lhe proporcione um prazer diferenciado, uma imagem social melhor, ou mesmo que lhe permita encontrar uma

identidade com os modelos de comportamento pretensamente ideais sugeridos pela indústria cultural, pagando bem mais caro por essa experiência enganosa.

Para Baudrillard (2010, p. 49-50), a felicidade está sendo mensurada por objetos e a felicidade, no fim, não estaria ligada a esses signos visíveis, nem em a um requisito de igualdade, mas sim em fatores individualistas e não menos egoístas. Nesse sentido, a busca pelo desejo de felicidade é realmente o que move o consumidor?

Para Bauman (2001, p. 88), o desejo já não mais representa, plenamente, o fator que move o consumidor. Por mais que tenha feito o consumo se tornar um vício, até mesmo o próprio desejo foi ultrapassado pelo ritmo do mercado.

O “querer” é a nova resposta. O “querer” de Bauman (2001, p. 89) se correlaciona então com a “emoção” que Lipovetsky (2004) trata em suas obras, pois o consumidor não tem um desejo profundo pelo consumo de emoções, ele simplesmente o quer, pois por mais que certas decisões sejam tomadas por razões emocionais, a maioria é justificada apenas pela sensação de experimentar as novidades do mercado, devidamente travestidas de necessidades pela publicidade massificada e direcionadas a criar alguns paraísos artificiais de bem-estar. O Simples, puro e infantil “querer” é um estágio ainda mais involuído do comportamento do consumidor. Um produto pode nem sequer fazer parte de sua fantasia, ou representar um desejo autêntico, mas ele o adquire apenas porque pode e quer fazê-lo, sem mais.

Observe-se que as justificativas para o comportamento errático do consumidor já alcançam a mecanicidade de decisões irrefletidas, pautadas na causalidade, ou no próprio capricho de um pseudo poder adjacente a ideia de comprar. Já não precisa de desculpas, ou motivos racionais para comprar.

4 PRODUTORES E CONSUMIDORES

Na época em que o homem consumia movido pela necessidade, ele também possuía um status diferente, ele era o produtor. O indivíduo tinha sua produção, e o que dela não pudesse obter, obtinha de outro produtor. A principal característica da condição de produtor é que sua vida era cheia de regras, gerando certa “solidez” na sociedade de produtores.

Para um produtor era necessário possuir não apenas mais que o mínimo, mas também havia um máximo a se dar atenção, levar em consideração a que ponto algo deixaria de ser benéfico e se tornaria supérfluo, ou um luxo desnecessário. Ostentar esse luxo era reprovável moral e socialmente. A igualdade e a discrição simbolizavam o modelo ideal de convivência.

Ao passar da posição de produtor para a de consumidor, muitas coisas foram radicalmente alteradas. Hoje, as regras e modelos comportamentais do antigo sistema tornaram-se anacrônicas, para não dizer que foram proscritas pelos conselheiros da Indústria Cultural. Destacar-se no grupo é a regra, assim como viver uma vida de consumo sem limites. Hoje, a tendência é sempre mais, não há um máximo a ser alcançado. Não há mais o luxo, pois a meta atual é tornar “luxo de hoje as necessidades de amanhã, e, ao mesmo tempo, reduzir a distância entre o “hoje” e o “amanhã” ao mínimo” (BAUMAN, 2001, p. 90).

No passado, se um celular com câmera fotográfica simbolizava o luxo, hoje, até o mais simples dos celulares possui uma câmera, e na maioria esmagadora dos celulares, há duas câmeras. O mesmo vale para a instalação de *airbags* nos carros, antes considerado um caro opcional, mas a partir da resolução 311 do Conselho Nacional de Trânsito (Contran), alterada pela resolução 597 do mesmo Conselho, tornou-se uma exigência obrigatória no mercado. Observa-se, portanto, que seja por demanda da sociedade, ou por força de lei, os padrões estão sempre se atualizando, e se o consumidor não estiver preparado, será, inevitavelmente, deixado para trás.

Bauman (2001, p. 90-91) utiliza a palavra “adequação” ao falar sobre o consumidor estar sempre preparado, estar sempre “apto a”. Os desafios do mundo em seu estado “líquido” são imprevisíveis e constantes, daí a necessidade de preparação.

Já se abandonou o pensamento fordista de se preparar apenas para uma função. O consumidor deve ter sua mente e corpo não apenas limitados à uma função como era o produtor. Nos dias atuais, com o assédio de consumo, oferta irresponsável do crédito, o consumismo e a consequente massificação dos conflitos, a ideia de vulnerabilidade foi elevada a outro nível, agora evidenciando uma fragilidade ainda maior do consumidor, reconhecido como hipervulnerável diante desses novos fenômenos.

A ansiedade se tornou um problema muito frequente devido à tamanha incerteza nas escolhas e na vida do consumidor. Lipovetsky (2004, p. 84) fala que “à desregulação institucional generalizada correspondem às perturbações do estado de ânimo, a crescente desorganização das personalidades, a multiplicação de distúrbios psicológicos e de discursos queixosos”, pois no culto ao presente, e a teoria de Bauman (2001) encontra-se em acordo com isso, há tamanha incerteza que se tenta viver no presente, mas não se aproveita o momento, pois o consumidor está sempre preocupado demais com o futuro, criando, nessa lógica, uma sociedade de culto ao presente paradoxal.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil é um país com elevado índice de transtorno de ansiedade e problemas psicológicos ligados à isso,

sendo São Paulo a cidade com o mais alto índice, segundo o relatório da OMS *São Paulo Megacity Mental Health Survey* (ANDRADE; WANG; *et al*, 2012), que apontou que cerca de 29,6% dos moradores sofrem de algum tipo de problema em sua saúde mental, sendo a ansiedade a mais comum.

A saúde então se torna uma preocupação do consumidor, não que essa não fosse uma preocupação do produtor, apenas passa a ter ela uma nova conotação. “Estar saudável” se relaciona com a ideia de uma via produtiva, numa busca por se otimizar o tempo para o máximo de experiências que o consumo na hipermodernidade pode oferecer.

O consumidor não pode perder tempo, pois sua saúde, agora, é algo muito mais subjetivo, pessoal, que lhe dará melhores condições de concorrer com os demais na experimentação dos arquétipos de felicidade da Indústria Cultural. Há, como explicita Liovestsky (2004, p. 80), uma aversão à velhice. Parecer velho é ser ultrapassado, “fossilizado”, e em descordo com as tendências atuais, não apenas no aspecto físico, mas também, nos aspectos mental e espiritual.

Tamanhas são as incertezas e ansiedades do consumidor, que se faz necessária uma “válvula de escape”. Algo que o tire de suas preocupações com as incertezas que estão à sua frente. Esse indivíduo busca o melhor para seu corpo e mente, mesmo que isso signifique pagar mais caro por isso, seja em produtos naturais ou para o desenvolvimento do corpo, ou pelo mercado de academias que vem crescendo. O Brasil é o segundo maior em número de academias, atrás apenas dos EUA, possuindo mais de 23.000 unidades, faturando cerca de 2,3 bilhões de dólares por ano, segundo o relatório *IHRSA Latin American report* (2012, p. 37) da própria IHRSA (*International Health Racquet and Sportsclub Association*).

O grande número de espaços para o aprimoramento do corpo abre espaço para outros setores de mercado ligados ao *fitness*, pois se o consumidor vai à academia, precisará de roupas para isso, precisará se alimentar de acordo com comidas saudáveis, as quais custam mais. Para levar sua comida especial, precisará de recipientes adequados, tudo à sua disposição pelo preço da ocasião. Tamanho é o consumo de itens paralelos ao consumo principal, que não é difícil notar lojas especializadas em determinados produtos serem abertas ao redor do local principal. No caso das academias, lojas paralelas, como de suplementos alimentares e roupas esportivas, se proliferam nas redondezas. No final das contas, o gasto para ter um corpo apto e saudável é muito elevado. Mas o que realmente importa é que o consumidor está consumindo.

Outra aptidão buscada é a renovação intelectual, pois o consumidor deve estar sempre atualizado com os lançamentos tecnológicos, ser volátil e flexível, ser capaz de se adaptar de tal modo que Lipovetsky (2004, p. 77-80) chama de

“assemelhar-se a uma fênix emocional”. Essa constante renovação, cada vez mais rápida, exige prazos cada vez menores para mudanças ainda maiores, então “a corrida da competição faz priorizar o urgente à custa do importante, a ação imediata à custa da reflexão, o acessório à custa do essencial”, discorre o autor supracitado.

Nessa ansiedade gerada pela incerteza do mundo líquido, o consumidor vê em sua compulsão de compra uma forma de exorcizar seus “fantasmas”, de uma forma mais pessoal e íntima. (BAUMAN, 2001, p. 96)

5 A ANGÚSTIA DO CONSUMIDOR

Gilles Lipovetsky (2004, p. 80) fala que “no universo da pressa, dizem, o vínculo humano é substituído pela rapidez; a qualidade de vida, pela eficiência; a fruição livre de normas e de cobranças, pelo frenesi”. Para exemplificar, tem-se que, conquanto a busca por conteúdo pornográfico tenha aumentado na internet, gerando um mercado que movimenta milhões, as relações entre autênticas entre os indivíduos diminuíram. Há casos de pessoas tão viciadas nas inúmeras variáveis que a pornografia virtual oferece, que não conseguem sentir prazer em relações sexuais convencionais, abandonando-as pelo universo dinâmico de uma sempre desafiadora diversidade de parceiros sexuais virtuais, o que frustra não apenas o consumidor doente, mas as pessoas ao seu redor, no caso, o companheiro ou companheira.

Esse consumidor egoísta, isolacionista e cada vez mais individualista se encontra confuso, contradizendo-se em cada comportamento errático, na busca de uma resposta social que ateste sua adequação ao padrão de consumo e comportamental imposto.

Hoje, com tamanha subjetividade do modo de vida líquido, bem como pela expansão de uma felicidade fictícia nas redes sociais, ao tentar se comparar com os outros, seu desespero só aumenta. A vida do outro sempre parece fazer sentido, tudo parece se encaixar e seguir uma lógica progressiva, mas na realidade a vida do outro é acometida de tantas incertezas e problemas quanto a de quem observa.

Os detalhes são o ponto crucial que faltam ao observar a vida do outro. Ao ver a vida alheia “a distância (quer dizer, a pobreza de nosso conhecimento) borra os detalhes” (BAUMAN, 2001, p. 97). Quando se olha o gramado do vizinho, apenas se vê a grama, de longe borrada, não vê as imperfeições nela, os buracos, onde a grama está precisando ser aparada ou morrendo, como vê na sua própria, isso faz a grama do vizinho parecer mais verde, e faz também o observador se sentir ainda mais triste com sua a sua própria.

Da mesma forma, os modelos de vida ideal, estereotipados pela indústria cinematográfica a serviço do consumismo faz a compulsão do indivíduo crescer, buscando uma identidade que o assemelhe ao demonstrado.

A busca pela identidade é a busca incessante de deter ou tornar mais lento o fluxo, de solidificar o fluido, de dar forma ao disforme. [...] Mas as identidades, que não tornam o fluxo mais lento e muito menos o detêm, são mais parecidas com as crostas que vez por outra endurecem sobre a lava vulcânica e que se fundem e dissolvem novamente antes de ter tempo de esfriar e fixar-se. (BAUMAN, 2001, p. 97).

Essa identidade que é tão procurada seria a ideia de segurança. No meio da sociedade líquida, tudo se torna incerteza, sem as regras que limitem a compulsão do consumidor. A fantasia acerca de uma identidade que leve à segurança adquirida ao observar a vida alheia faz com que a moda se torne a ferramenta ideal para essa representação. A identidade do sujeito dependerá daquilo que a pessoa quer transparecer: riqueza, prestígio, aceitação social, felicidade, etc. Todos esses perfis já estão dispostos no próprio sistema, devido a sua incrível variedade de opções.

É comum utilizar o consumo para fortalecer estereótipos de grupos (tribos urbanas), representando não apenas uma ideologia, mas também um estio comportamental, fortalecendo a segurança decorrente da ideia de pertencimento social. Para demonstrar ser algo, é necessário comprar e ostentar os símbolos que formam essa identidade, permitindo aos demais te identificarem como tal, já que «as coisas são os ornamentos simbólicos das identidades» (BAUMAN, 2001, p. 100).

Ora, se as coisas mudam rapidamente na sociedade de consumo, é natural que as identidades também mudem.

Em vista da volatilidade e instabilidade intrínseca de todas ou quase todas as identidades, é a capacidade de “ir às compras” no supermercado das identidades, o grau de liberdade genuína ou supostamente genuína de selecionar a própria identidade e de mantê-la enquanto desejado, que se torna o verdadeiro caminho para a realização das fantasias de identidade. Com essa capacidade, somos livres para fazer e desfazer identidades à vontade. Ou assim parece. (BAUMAN, 2001, p. 98).

Graças aos conselheiros da sociedade e as fontes de mídia, o consumidor é apresentado à uma vida muito mais agradável que a sua, os problemas do protagonista logo são resolvidos, e não dificilmente viram motivo de risada, problemas também que não dificilmente são previsíveis, dando uma sensação de segurança na vida artística apresentada que há muito se perdeu na vida real.

O consumidor tenta reproduzir sua vida ao molde apresentado pelos conselheiros, pois “a vida na telinha diminui e tira o charme da vida vivida: é a vida vivida que parece irreal, e continuará a parecer irreal enquanto não for remodelada na forma de imagens que possam aparecer na tela” (BAUMAN, 2001, p. 99). Para o consumidor, está muito mais correta, mais verdadeira a vida “tranquila” apresentada nas mídias por aqueles que ele escolheu ser aconselhado.

Vida essa que é apresentada cheia de excessos, cheia de futilidades. O *star system* apresenta ao consumidor aflito uma identidade que se baseia em um acúmulo de diversos bens, muitas vezes desnecessários, repetidos e fúteis. As sensações vendidas também não se apresentam como fundamentais, mas são vendidas em números alarmantes, e com a velocidade do imediatismo que o foco no presente traz, velocidade essa que o consumidor comum não consegue manter.

Diante disso, Lipovetsky (2004, p. 83) considera uma das maiores preocupações que, mesmo com “válvulas de segurança” criadas pelo Narciso hipermoderno, haja a “fragilização das personalidades”. Isso causa os problemas psicológicos já citados, tornando o consumidor cada vez mais suscetível às influências do mercado. A insegurança da liquidez da sociedade o apavora, então na busca de um apoio ele acaba por acreditar no exposto pelo mercado, uma realidade praticamente inalcançável, e na busca por essa “realidade” o consumidor acaba por se frustrar ainda mais, gerando uma fragilização ainda mais grave na sua psique, que mais uma vez é explorada pelo mercado.

Se faz necessário ao consumidor escolher algo, o que ele escolhe é de menor importância, pois se ele não escolhe, a velocidade do mercado o deixa para trás, fazendo com que “só o desejar é desejável” (BAUMAN, 2001, p. 103). O dinamismo do mercado da sociedade líquida torna somente os ricos os únicos que têm segurança, pois ao escolher, ele não precisa se preocupar com os riscos, caso não lhe seja agradável, como explica Bauman (2001, p. 105) “estão protegidos contra o rápido envelhecimento e contra a obsolescência planejada dos desejos e sua satisfação transitória” ele possui recursos para suprir o problema e realizar uma nova escolha.

Os objetos tornaram-se o símbolo da riqueza, “os homens de opulência não se encontram mais rodeados, como sempre acontecera, por outros homens, mas mais por *objectos*” (BAUDRILLARD, 2010, p. 13). Aqueles que não possuem poder monetário para não se preocupar com os riscos, realizar uma escolha se torna luxo, um poder. Ao observar tantas escolhas e tantos produtos novos que lhe são apresentados a todo instante, o desejo não mais permanece no objeto, mas sim na ação. Comprar, usar, provar, escolher em si se torna o desejo do consumidor. Poder escolher, mesmo que isso traga uma felicidade e uma satisfação mo-

mentânea, pois de tanta exposição, e de tanto parecer distante da sua realidade, o desejo de escolher se torna irresistível, levando o consumidor a por em risco sua economia para ter o luxo da escolha.

A pobreza se faz necessária ao desenvolvimento da sociedade, havendo um certo equilíbrio entre os prazeres e desprazeres nas vidas dos consumidores devido à necessidade do dualismo riqueza-pobreza, para haver um, é necessário o outro, e devido à riqueza, por exemplo, o lado desfavorecido luta para buscar chegar do outro lado e o usa como exemplo de vida. Baudrillard (2010) afirma que não é cabido fazer um julgamento de valor desse fato, uma vez que se a sociedade pudesse usar de alicerce outra base, o faria. Prova desse argumento são os avanços nas áreas sociais, que são avanços lentos, pois necessitam de tempos de abundância, só que quando realizados são bem mais seguros e firmes, dificilmente acontecendo um retrocesso nesse sentido.

CONCLUSÃO

A sociedade cheia de possibilidade e riscos infinitos, fluídos, causa pavor ao consumidor, que busca conforto na identidade, aparentemente sólida, a qual só é obtida através do consumo para demonstração exterior da identidade, que, ao final, é mutável como a moda. Apenas aqueles com poder aquisitivo de escolher sem se importar com as consequências do consumo estão seguros, uma minoria. Todos os outros sofrem, muito mais por não poderem escolher, ou mesmo seguir os arquétipos ideais de felicidade forjados pela Indústria Cultural a serviço do capitalismo predatório.

Aos que recorrem ao crédito aparentemente fácil e imediato, sofrerão as consequências financeiras do superendividamento, enquanto que aqueles que seguirem os apelos erráticos do assédio de consumo serão dominados psicologicamente pelas necessidades artificiais, concebidas para criar a falsa sensação de segurança ou pertencimento social. Haverá, ainda, os consumidores que renunciarão à racionalidade decisória em prol de prazeres hedonistas, difundindo uma visão “presentista” de bem-estar. A compulsão se torna vício e passa a gerar um mal-estar generalizado na sociedade.

Faz-se necessário um diálogo entre a necessidade de aperfeiçoamento da proteção jurídica do consumidor, diante do assédio de consumo, e o reconhecimento sociológico de sua vulnerabilidade comportamental, agravada pela projeção de modelos de felicidade artificial pela Indústria Cultural, inalcançáveis no contexto atual de uma sociedade carente, confessional e superendividada. As frustrações tendem a se multiplicar.

O autorrespeito, o amar-se, o sentir-se autossatisfeito são alguns dos modos mais apropriados para recuperar a saúde moral e transformar o consumidor em uma pessoa que goza e produz o gozo na convivência social, resgatando sua autoestima cívica.

Entretanto, se a ideia de autossatisfação for alimentada apenas pelo consumo e pela obsessão de viver uma vida produtiva, no sentido do indivíduo se auto proporcionar um sem número de experiências e prazeres para melhor aproveitar a efemeridade da vida, haverá, por consequência, um grave efeito colateral, uma espécie de depressão pela real constatação de que sofre e que está só numa sociedade confessional, em que os amigos são apenas virtuais, assim como os sentimentos de empatia e acolhimento social.

Ilude-se aquele que acredita que a diferenciação e o reconhecimento social vêm do pseudo *status* proporcionado pelo consumo, até porque é absolutamente impossível alcançar o falseado padrão de qualidade de vida proposto pelo capitalismo predatório.

Essa modernidade líquida e paradoxal tem um ritmo próprio e intenso, e, ao mesmo tempo, impossível de ser acompanhado. Esse descompasso instaurou um verdadeiro vazio no homem e um mal-estar difuso em toda sociedade, criando um ambiente propício para que o consumo se estabelecesse como uma forma supostamente eficaz de suprir as frustrações e angústias.

Nesse ambiente contraditório, exsurtem os desafios contemporâneos à tutela consumerista, que precisa, mais do que nunca, se adaptar a essa nova realidade, conscientizando o consumidor do seu papel e possibilitando a recuperação da sua autoestima cívica, pela ocupação dos espaços políticos de deliberação criados pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e, sobretudo, pelo desenvolvimento gregário de pertencimento à categoria de consumidores.

A sabedoria do homem consiste no domínio de sua liberdade. Conhecer seus caminhos e eleger quando transitá-los. Não se pode virar as costas às questões de grupo, devendo o sujeito se ver como integrante da categoria dos consumidores, rompendo com uma consciência individual excludente, muitas vezes impregnada de preconceitos e valores nem sempre nobres, pautados na opressão do outro como objeto de exploração e não como sujeito de direitos.

É preciso, portanto, criar laços sociais, desenvolvendo a capacidade de conhecer e valorizar o outro, satisfazendo-se através de um prazer político solidário.

Sob o viés de uma democracia participativa e partindo de um novo conceito de cidadania instrumental, o consumidor deve intervir no processo deliberativo

e debater as principais questões da relação de consumo, organizando-se para proteger os seus interesses, devendo compreender as virtudes da participação social e confiar que a sua atuação coletiva é capaz de produzir respostas melhores e mais qualificadas aos crescentes desafios da modernidade líquida de Bauman (2001), ou para o diagnóstico sombrio da hipermodernidade desenhado por Lipovetsky (2004).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, L.H.; Wang, Y.P.; ANDREONI, S; SILVEIRA, C.M; ALEXANDRINO-SILVA, C. et al. *São Paulo Megacity Mental Health Survey – A population-based epidemiological study of psychiatric morbidity in the São Paulo Metropolitan Area: aims, design and field implementation*. 2012. Disponível em: <<http://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0031879&type=printable>>. Acesso em: 11 de Agosto de 2017.

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Lisboa: Edições 70, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____, Zygmunt. *Vida Para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERTÃO, Naiara. *Brasil já é um dos maiores mercados “fitness” do mundo*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/brasil-ja-e-um-dos-maiores-mercados-fitness-do-mundo/>>. Acessado em: 19/01/2017.

EQUIPE INNOVARE. *Dados Sobre a Ansiedade no Mundo*. Disponível em: <<http://www.innovarepesquisa.com.br/blog/dados-sobre-ansiedade-mundo/>>. Acessado em: 19/01/2017.

IHRSA, International Health, Racquet & Sportsclub Association. *IHRSA Latin American Report: Dimensão e Abrangência dos Principais Mercados de Academias*. Tradução de Dayse Helena dos Santos. IHRSA, 2012. Disponível em: <<http://fitnessmais.com.br/download/vendas/Ihrsa-Latin-American-Report-Portuguese.compressed.pdf>>. Acessado em: 11 de agosto de 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os Temos Hipermodernos*. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

_____, Gilles. O Império do Espetáculo e do Divertimento. In: LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A Estetização do Mundo: Viver Na Era Do Capitalismo Artista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

VERBICARO, D.; VERBICARO, L. A indústria cultural e o caráter fictício da individualidade na definição do conceito de consumidor-comunidade global. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 17.

A PESSOA COM SÍNDROME DE DOWN E O DIREITO À SEXUALIDADE

PERSON WITH DOWN SYNDROME AND THE RIGHT TO SEXUALITY

Glauber Salomão Leite

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ.

Antonio Albuquerque Toscano Filho

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba/UFPB. Professor e membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba/FPB.

Submetido em: 21/10/2017

Aprovado em: 07/12/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5146>

Resumo: O artigo analisa a sexualidade das pessoas com síndrome de Down e busca aferir se, no plano normativo, tais indivíduos têm autonomia reconhecida para o exercício dessa dimensão da existência e se, por conseguinte, há previsão do direito à sexualidade em seu favor. Com base na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e na legislação nacional, foi possível concluir que o direito à sexualidade, de forma expressa ou implícita, tem previsão normativa e, portanto, é proteção assegurada à pessoa com síndrome de Down, nos moldes assegurados às demais pessoas.

Palavras-chave: Pessoa; Sexualidade; Deficiência; Direito; Down.

Abstract: *This work analyzes the sexuality of persons with Down syndrome and seeks to ascertain whether, on normative grounds, such individuals have recognized autonomy for the exercise of this dimension of existence and if, therefore, their right to sexuality is legally assured. Based on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Brazilian laws, it came to conclusion that the right to sexuality is, clearly or implicitly, guaranteed by legal rules. Therefore, it's a legal protection guaranteed for the persons with Down syndrome in the same conditions assured to the other people.*

Keywords: *Person; Sexuality; Disability; Right; Down Syndrome.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reflexões sobre o reconhecimento dos direitos humanos das pessoas com deficiência. 2.1 Breve retrospectiva histórica. 1.2 Aspectos dos modelos biomédico e social da deficiência. 3. Síndrome de Down: causas, consequências comportamentais e contrapartida social. 4. Autonomia moral da pessoa com deficiência. 5. Poder de decisão e capacidade legal da pessoa com deficiência. 6. Sexualidade da pessoa com deficiência. 7. Direitos sexuais da pessoa com Síndrome de Down. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o direito à sexualidade da pessoa com síndrome de Down.

Mediante o reconhecimento de que se trata de um atributo inerente à condição humana, o livre exercício da sexualidade é assegurado a todos, de forma ampla, nos tratados internacionais e na legislação pátria. Esse direito seria assegurado nos mesmos moldes à pessoa com síndrome de Down, levando-se em conta a sua condição cognitiva?

Na primeira parte, o trabalho discorre sobre a proteção conferida à pessoa com deficiência e aprofunda a distinção entre o modelo biomédico e o modelo social de direitos humanos.

Em seguida, analisa de forma pormenorizada a origem da síndrome de Down, suas causas e consequências comportamentais.

A partir desses elementos, o trabalho discorre sobre a autonomia moral e capacidade civil da pessoa com deficiência, a fim de estabelecer as premissas para enfrentar o tema da presente pesquisa, o direito à sexualidade da pessoa com síndrome de Down, que é discutido na parte final.

Trata-se de pesquisa exploratória, pautada na análise de material bibliográfico já produzido sobre o tema. Com isso, o artigo focou o disposto em livros, artigos científicos e legislação sobre o assunto, revelando-se, assim, pesquisa eminentemente dogmática.

2 REFLEXÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A história da humanidade aduz diversos episódios em que o indivíduo pertencente a um determinado grupo social era tratado de forma discriminatória e, em certos casos, de maneira cruel ou degradante, pelo simples fato de possuir alguma característica diferente do padrão cultural estabelecido ou mesmo devido a interesses políticos.

Para muitos a deficiência intelectual ainda é compreendida como um episódio de má sorte pessoal de alguém que habita um corpo “anormal” por conta de um problema médico, pensamento influenciado por uma expectativa biomédica de padrão de funcionamento da espécie.

2.1 BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Costa Filho (2012, p.396) ensina que em povos primitivos as pessoas com deficiência eram tratadas como coisas, expostas à população como animais ou monstros, sendo ridicularizadas pela sociedade em função de suas limitações funcionais, a exemplo do que ocorria na sociedade asteca. Na Grécia, ao tempo de Licurgo, crianças eram examinadas ao nascer por um conselho de anciãos e, caso constatado que possuíam alguma deficiência, eram condenadas à morte, sendo atiradas do alto do monte Taigeto, abismo com mais de 2.400 metros de altitude, próximo da cidade espartana. Por sua vez, na Roma antiga, em face da Tábua IV, da Lei das XII Tábuas, o filho nascido “monstruoso” deveria ser morto imediatamente e, em virtude deste sistema normativo, era comum que crianças com deficiência fossem jogadas às margens dos rios para serem mortas.

Na cultura dos povos supramencionados, o tratamento destinado às pessoas com deficiência por vezes estava ligado à ideia de sobrevivência. A deficiência era considerada empecilho ao desenvolvimento daquelas sociedades, entretanto, ainda na antiguidade era possível identificar povos que percebiam a pessoa com deficiência como necessitadas de proteção, sendo-lhes garantida tutela em função do desejo de agradar deuses, como gratidão pelos esforços em guerras ou mesmo em face de própria evolução moral e social.

Na Idade Média, sob a influência do Cristianismo, senhores feudais amparavam pessoas com deficiência e doentes em casas de assistência por eles mantidas e, mesmo após o declínio do período feudal, paulatinamente a ideia de que tais pessoas poderiam ser engajadas na sociedade foram sendo disseminadas, por exemplo, inserindo-as no sistema de produção. Já na França de Henrique II, instituiu-se em 1547 uma forma de assistência social obrigatória para amparar esses indivíduos, através de coletas de tributos, entretanto, com o pensamento renascentista, a visão assistencialista cedeu lugar à postura profissionalizante e integrativa da pessoa com deficiência (FONSECA, 2000, p.2).

Os exemplos supramencionados dão a noção da evolução relacionada à tutela desse grupo populacional. Na verdade, eles refletem a própria evolução histórica do reconhecimento da posição proeminente que a pessoa humana ocupa no mundo. Comparato (2013, p.4) aduz que a percepção desta posição levou à

construção da ideia de que nenhum indivíduo pode afirmar-se superior aos demais, pois são iguais em dignidade, ou seja, a percepção de que há certos direitos inatos do ser humano, independentemente de suas características.

As influências religiosa, filosófica e científica despertaram lentamente a ideia de uma “*igualdade essencial entre homens*” (COMPARATO, 2013, p.10), de forma que, das primeiras influências do período axial até a declaração, por uma totalidade de povos, de que todas as pessoas nascem iguais em dignidade e direitos, decorreram vinte séculos quando da edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Durante este longo lapso temporal, a pessoa humana foi sendo percebida lentamente como sujeito de direitos a serem respeitados pelo simples fato de sua humanidade¹.

Neste sentido, o século XX assistiu a afirmação da “era dos direitos humanos” e, conforme aduzido por Bobbio (2004, p.14), nasceram como direitos naturais universais, desenvolvendo-se posteriormente como direitos positivos particulares (direitos fundamentais incorporados nas Constituições) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.

Ocorre, entretanto, que a despeito dessa previsão universal dos direitos humanos, é certo que determinados grupos populacionais, especialmente aqueles fora dos padrões sociais hegemônicos, continuaram a sofrer histórico processo de discriminação e de não fruição desses mesmos direitos. Daí a necessidade de edição de diplomas normativos específicos, a fim de promover sua inclusão social e emancipação.

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, diversos diplomas internacionais foram sendo editados versando sobre os direitos da pessoa com deficiência. Neste desafio, o maior avanço em termos de celebração de tratados internacionais destinado à tutela e garantia de direitos desse grupo deu-se com a edição da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDDPD)², de 13 de dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembleia Geral n° 61/106.

Piovesan (2012, p.47) explica que a CDDPD surgiu como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumaniza-

¹ Fator crucial nesta construção história foi o implemento da escrita e, por conseguinte, de códigos normativos, leis escritas que permitiram o desenvolvimento da sociedade política, o reconhecimento de direitos da pessoa humana e a limitação do poder contra o arbítrio governamental.

² O referido diploma foi aprovado por maioria qualificada no Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n° 186 de 2008, sendo promulgado por meio do Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009. Neste sentido, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, tal diploma na ordem jurídica brasileira possui equivalência de emenda constitucional.

ção das pessoas com deficiência. Inovadora em muitos aspectos, sendo que foi o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado (o primeiro do século XXI), reconhecido como relevante instrumento para uma nova percepção de grupos de pessoas vulneráveis.

Conforme o art. 1º da Convenção, seu propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade. Lopes (2014, p.26) esclarece que referida Convenção buscou modificar o cenário de exclusão das pessoas com deficiência, imprimindo na esfera internacional maior consciência sobre suas potencialidades, assim como a percepção da necessidade de tutela, visibilizando suas vulnerabilidades e exigindo atuação de entes governamentais e não governamentais para ações efetivas, aduzindo um novo paradigma. Conforme esclarece:

A contribuição da Convenção é representada pelo modelo social de direitos humanos que propõe que o ambiente é o responsável pela situação de deficiência da pessoa, sendo que as barreiras arquitetônicas, de comunicação e atitudinais existentes é que impedem a sua plena inclusão social, razão pela qual devem ser removidas (LOPES, 2014, p.28).

Este novo modelo social informa que os entraves para uma efetiva inclusão social estão no próprio tecido social e não na pessoa com deficiência. Esta sofre, na verdade, os efeitos das barreiras que lhe são apresentadas no plano fático em virtude de sua limitação. Neste sentido, na CDDPD houve a preocupação em conceituar o termo “pessoa com deficiência” de maneira mais ampla possível, conciliando os diversos interesses dos países signatários, de forma que fosse possível chegar a um consenso em relação ao seu texto final.

A ação legislativa no plano internacional relacionada aos direitos e garantias inerentes à pessoa com deficiência repercutiram nos sistemas jurídicos dos países signatários, inclusive, sob a influência do que se denominou pela doutrina de “constitucionalismo contemporâneo”. Exemplificando, a CDDPD foi incorporada na ordem jurídica pátria, sendo o primeiro e único tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional, nos termos do § 3º do art. 5º da Carta “Cidadã”, a primeira a refletir os anseios positivados nos diplomas internacionais no que diz respeito a uma tutela da pessoa com deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI), Lei 13.146/2015, é reflexo disso e foi editada para regulamentar, no plano infraconstitucional, a CDDPD, de modo que o Brasil dispõe de um instrumental moderno referente à promoção dos direitos das pessoas com deficiência. A rigor, a lei não introduziu novos direitos nem trouxe inovações em relação ao disposto na Convenção. Seus méritos fundamentais são

dois: a) consolidar a legislação sobre a temática em um único diploma normativo; b) sedimentar, no plano infraconstitucional, o modelo social de deficiência.

2.2 ASPECTOS DOS MODELOS BIOMÉDICO E SOCIAL DA DEFICIÊNCIA

O modelo biomédico ou modelo médico tradicional tem sua gênese nos avanços da medicina no século XVIII, momento em que se buscava a reabilitação dos feridos de guerra, readaptando-os a outras funções militares. Neste sentido, a ciência quebra o paradigma do misticismo em relação a causa das deficiências, empreendendo esforços para a cura das patologias existentes.

Para Annandalle (1998, p.27), o modelo biomédico é uma consequência da teoria mecanicista do universo, de pensadores como Galileu, Descartes e Newton. Ou seja, o mencionado modelo surge da ideia de que o ser humano é uma máquina, a qual está submetida a um padrão de normalidade e funcionamento e quando possui alguma enfermidade ou alterações físicas, sensoriais ou cognitivas, é sinal que a “máquina” está defeituosa.

Neste sentido, Palácios (2008, p.92) assevera que já na primeira metade do século XX as pessoas com deficiência intelectual eram vistas como uma ameaça à saúde e à inteligência das gerações futuras. Como consequência da ideologia do modelo em comento, ditas pessoas eram internadas em instituições para tratamento e reabilitação, sob o fundamento de que tal medida serviria para o próprio bem delas próprias e para que não continuassem sendo um fardo para sociedade.

O mencionado modelo não considera as barreiras sociais, atitudinais e ambientais que envolvem aquela condição. Pelo contrário, o modelo biomédico da deficiência defende uma relação de interdependência entre o corpo com impedimentos e a exclusão social experimentada pela pessoa com deficiência, ou seja, experiências de desigualdade como a segregação, a baixa escolaridade e o desemprego, seriam fruto da incapacidade do corpo com impedimentos para a atividade laboral, trazendo a trágica ideia de que a pessoa que possuía um corpo com limitações intelectuais, por exemplo, estaria relegada à exclusão.

Nesta senda, através de fortes críticas ao modelo biomédico e tendo como plataforma de atuação a visão sociológica da deficiência, surge o modelo social nos anos 1960 no Reino Unido. Oliver (1990, p.132) comenta que o modelo social inicia sua trajetória quebrando o paradigma tradicional de compreensão da deficiência, utilizada pelo modelo biomédico, ao retirar do indivíduo a causa da desigualdade vivenciada pelas pessoas com deficiência, e devolvendo-a à sociedade.

Neste sentido, Palacios aduz que a gênese do modelo social se baseia em dois pressupostos fundamentais:

En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo presupuesto —que se refiere a la utilidad para la comunidad— se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas —sin discapacidad—. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia (2008, p.103) ³.

Destas premissas, verifica-se que a sociedade pode ser considerada um instrumento de segregação, na medida em que impõe às pessoas com deficiência barreiras de acessibilidade, institucionais e atitudinais. Ou seja, o modelo em estudo evidencia a opressão e discriminação sofrida pela pessoa que possui algum tipo de limitação funcional em ambientes com barreiras, mostrando que a deficiência não se funda em tais disfunções do corpo ou da mente, estando intrinsecamente relacionada com as barreiras sociais supramencionadas.

3 SÍNDROME DE DOWN: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS COMPORTAMENTAIS E CONTRAPARTIDA SOCIAL

A origem da nomenclatura da condição genética em tela tem proveniência distinta do que é usual – e negativamente – deduzida pela população. A palavra “Down” em inglês, de acordo com o dicionário Bab.la, tem o sentido de “para baixo”, “reduzido”, “caído”, “abatido”. Sem embargo, a “Síndrome de Down” não foi nomeada com o escopo de aduzir à Trissomia o sentido de ser inferior ou rebaixado.

³ “Em primeiro lugar, alega-se que as causas da deficiência não são nem religiosas, nem científicas, mas sociais, ou pelo menos predominantemente sociais. Segundo os defensores deste modelo, não são as limitações individuais as raízes do problema, mas as limitações da própria sociedade, para fornecer serviços adequados e garantir adequadamente que as necessidades das pessoas com deficiência sejam levadas em conta na organização social. Quanto ao segundo pressuposto—que se refere à utilidade para a comunidade— considera-se que as pessoas com deficiência têm muito a contribuir para a sociedade, ou pelo menos, a contribuição será na mesma medida que outras pessoas—sem deficiência—. Assim, partindo da premissa de que toda a vida humana é igualmente digna, a partir do modelo social se argumenta que o que as Pessoas com Deficiência podem contribuir para a sociedade está intimamente relacionado com a inclusão e aceitação da diferença” (Tradução livre dos autores).

A Síndrome de Down, a exemplo de diversas outras condições médicas, tem sua nomenclatura originada pelo físico pioneiro em descrever esta condição genética, o Dr. John Langdon Down, que, em 1860, escreveu um artigo descritivo acerca de um grupo específico de seus pacientes. No estudo evidenciado, republicado por Zigmond et al, através da obra *Neurobiology of Brain Disorders*, o cientista obtempera que a Trissomia 21 é invariavelmente congênita, não resultando de nenhuma espécie de acidente após a vida uterina, sendo ainda, em muitos casos, consequência da tuberculose dos genitores do trissômico. Um trecho significativo de seu artigo dispunha:

The Mongolian type of idiocy occurs in more than ten per cent of the cases which are presented to me. They have considerable power of imitation, even bordering on being mimics. They are humorous and a lively sense of the ridiculous often colours their mimicry. This faculty of imitation can be cultivated to a very great extent and a practical direction given to the results obtained. They are usually able to speak; the speech is thick and indistinct, but may be improved very greatly by a well directed scheme of tongue gymnastics. The co-ordinating faculty is abnormal, but not so defective that it cannot be strengthened. By systemic training, considerable manipulative power may be obtained (2014, p. 62).⁴

Langdon, fazendo uso de suas faculdades científicas, sem olvidar a sua experiência empírica, usou como critério de formação deste grupo em análise as semelhanças existentes entre os pacientes que os compunha. Entre os traços observados pelo físico, foram destacados: a sua causa congênita, independentemente de acidentes ocorridos após a vida uterina, a habilidade para a imitação e o uso de humor ao fazê-la.

Atualmente, a Trissomia 21 é considerada uma das principais causas da falta de desenvolvimento intelectual. Esta condição se caracteriza pela presença de um terceiro cromossomo no par 21, que provoca um desequilíbrio genético, levando a uma gama de alterações que impactam negativamente no desenvolvimento do organismo dos indivíduos acometidos pela Síndrome. Os seres humanos, ao serem fecundados, normalmente recebem 46 cromossomos em cada uma das células de seu organismo, sendo 23 provenientes dos espermatozoides do

⁴“O tipo de deficiência que acometem as pessoas com Síndrome de Down ocorre em mais de dez por cento dos casos que me são apresentados. Eles têm um poder de imitação considerável, chegando mesmo a ser imitadores. Eles são bem-humorados, e um sentido vivo do ridículo, muitas vezes, caracteriza sua mímica. Esta habilidade de imitação pode ser cultivada em grande medida e resultados podem ser obtidos mediante uma prática direcionada. Eles geralmente são capazes de falar; o discurso é grosseiro e indistinto, mas pode ser aperfeiçoado por um esquema bem dirigido de exercícios fonoaudiológicos para a fala. A coordenação é defeituosa, mas não tão defeituosa que não possa ser fortalecida. Por meio de um treinamento sistemático, resultados consideráveis podem ser obtidos” (Tradução livre dos autores).

pai e 23 do óvulo da mãe. Juntos, eles formam o zigoto, que é a primeira célula que origina o novo organismo.

Os 46 cromossomos de cada célula comportam os genes que determinam todas as características e peculiaridades do ser em formação, de forma que, 44 entre eles são cromossomos regulares, que formam pares – de 1 a 22. Os dois cromossomos restantes são denominados cromossomos sexuais e são os responsáveis por determinar o sexo do nascituro, sendo a combinação “XY” para os meninos e “XX” para as meninas. Desta forma, a síndrome de Down apresenta-se como uma desordem genética em nível cromossômico.

Sob o aspecto cognitivo, estudos realizados por Lúria e Tskvetkova (1964, p.102) atribuem a redução das habilidades de análise, síntese e a fala comprometida a uma lesão difusa sofrida pelos acometidos da condição genética, que é acompanhada por um funcionamento elétrico peculiar no tocante ao desenvolvimento cognitivo. As análises também apontam que este grupo apresenta dificuldades em selecionar e direcionar um estímulo, devido à fadiga das conexões.

Observa-se que, embora a síndrome de Down aumente a probabilidade do desenvolvimento de deficiências intelectuais, ela não constitui uma deficiência por si só, sendo medicamente referida como uma desordem cromossômica. Embora a Trissomia esteja relacionada à deficiência intelectual, ela também tem repercussão na saúde e formação física do indivíduo, sendo um precedente facilitador de determinadas enfermidades, como as doenças cardíacas congênitas Alzheimer, leucemia e a doença de Hirschsprung.

No tocante à personalidade das pessoas com síndrome de Down, são a elas atribuídas comumente traços como a obstinação, a facilidade do trato, a demonstração de afeto constante e a sociabilidade. Outras vertentes salientam a sua alegria, obediência e submissão. Há ainda inúmeras divulgações e bibliografias científicas a respeito das características emocionais deste grupo, que muitas vezes se embasam em qualitativos fixos, correndo o risco de constituir estereótipos que podem dar vazão a mitos creditados pelo resto da população.

Embora a incidência eventual dessas características exista, elas nem sempre estão claramente demonstradas e, em muitos casos, carecem de fundamento. Nesta senda, Ruiz (2012, p.115) salienta que as pessoas que conhecem a realidade possuem a consciência de que os clichês precedentes de estigmas têm pouca base empírica, sendo, frequentemente, falsos. O autor, na sua obra *“Actitudes, estereotipos y prejuicios: su influencia en el síndrome de Down”*, ainda assevera:

Los estereotipos son creencias relativas a las supuestas características comunes de los miembros de un determinado grupo social o colectividad. Es fácil comprobar que tendemos a considerar iguales, en la mayor

parte de los aspectos (físico, psicológico, conductual, cultural, social) a quienes pertenecen a grupos distintos del nuestro. Esa tendencia es la que origina y nutre muchos de los tópicos que sobre las personas con síndrome de Down se mantienen desde hace tanto tiempo: son muy cariñosas, son muy sociables, son muy tranquilas, son testarudas, son “niños para toda la vida (2012, p.116).⁵

O perigo de categorizar as pessoas com síndrome de Down em um grupo homogêneo é que isso pode ocasionar rotulações prejudiciais que, além de confundir e direcionar de forma errada as pessoas que convivem com os trissômicos, pode determinar falsas expectativas que se criam sobre eles. Neste ponto, é importante salientar que, embora existam estereótipos e coincidências aparentes, a variedade de temperamentos e personalidades dentro do grupo acometido pela desordem cromossômica é tão ampla como a da população geral. Esta preposição se amolda com perfeição ao alegado por Caneja (2007): “Compruébense, a modo de ejemplo, los márgenes temporales en que los niños adquieren determinadas capacidades o hitos de desarrollo, como la marcha o el habla, mucho más amplios que en cualquier otro caso” (2012, p.116).⁶

Por mais que possamos qualificar as características inicialmente mencionadas como uma combinação de traços herdados com influências ambientais, elas não podem ser consideradas fixas ou imutáveis, sendo papel de toda a sociedade agir de forma a potencializar suas habilidades e fazer o possível para corrigir os fatores que limitam o seu acesso social.

4 AUTONOMIA MORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na medida em que a pessoa com deficiência, sob o paradigma biomédico, era compreendida como um doente ou inválido, era impensável, sob essa perspectiva, falar-se em sua autonomia ou independência.

Apenas com o advento do modelo social, que foi sedimentado a partir dos anos 60 do século passado, a deficiência passou a ser visualizada sob o recorte

⁵ “Os estereótipos são crenças sobre as supostas características comuns dos membros de um determinado grupo social ou comunidade. É fácil comprovar que temos a tendência de considerar iguais, na maioria dos aspectos (físicos, psicológicos, comportamentais, culturais, sociais) quem pertence a grupos diferentes do nosso. Esta tendência é aquela que se origina e alimenta muitos dos tópicos que sobre as pessoas com síndrome de Down são mantidos por muito tempo: eles são muito amorosos, muito sociáveis, muito calmos, são teimosos, são “filhos para toda a vida” (Tradução livre dos autores).

⁶ “Comprova-se, por exemplo, as margens temporárias que as crianças adquirem certas habilidades ou marcos de desenvolvimento, como o caminhar ou a fala, muito maior do que em qualquer outro caso” (Tradução livre dos autores).

dos direitos humanos. A pessoa com deficiência, portanto, deixou de ser apenas destinatária de caridade e de ações paternalistas e foi, finalmente, reconhecida enquanto sujeito de direitos (PALACIOS, 2008, p. 154-155).

Nesse contexto, a CDDPD, que é o marco normativo desse novo paradigma, está assentada na promoção de direitos humanos em favor das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas.

E define, em seu art. 3º, no rol dos princípios basilares, “a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”.

Está-se falando em autonomia moral e liberdade em dimensões variadas (acessibilidade, capacidade legal, liberdade de ir e vir, inclusão na comunidade, liberdade de expressão e de opinião etc.), através de sistemática que perpassa toda a norma.

Na mesma direção, a LBI estabelece, no art. 1º, que é destinada “a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das **liberdades fundamentais** por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (grifamos).

Conforme referido anteriormente, o modelo social explica que as desvantagens que as pessoas com deficiência vivenciam em seu cotidiano decorrem de fatores políticos, sociais, culturais e históricos, não sendo fruto de disfunções físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais (MADRUGA, 2013, p. 61).

A pessoa com deficiência, portanto, está apta a se posicionar ante os fatos que a circundam e a levar uma vida independente.

Não é por outro motivo que o princípio da autonomia é um dos pilares da CDDPD, conforme referido anteriormente.

Trata-se, aqui, de autonomia como a aptidão necessária para tomar decisões livremente e sem interferência de terceiros. A capacidade de fazer as próprias escolhas e assumir os riscos que delas decorrem (MADRUGA, 2013, p. 113).

É, antes de mais nada, um princípio ético que consiste em dar a si mesmo sua própria lei. E, mais importante, a promoção da autonomia é essencial para a construção de um ambiente democrático, tendo como corolário o acolhimento da opinião alheia e o respeito à diversidade (ÁGUILA, 2015, p. 63).

Importante assinalar que um traço ainda forte em nossa cultura, o tratamento paternalista conferido à pessoa com deficiência, fere de morte a autonomia moral, na medida em que significa uma indevida ingerência na esfera alheia sob a justificativa da proteção aos interesses de “vulneráveis”, quando, a bem da

verdade, revela-se abusiva exatamente por não respeitar os atos praticados e as decisões tomadas por terceiros.

É indubitável que não há qualquer antagonismo entre autonomia individual e deficiência. Na verdade, associar de modo apriorístico falta de independência ou incapacidade para tomar decisões a limitações funcionais configura discriminação por motivo de deficiência, conforme previsto no art. 5º, 2, da CDDPD.

Ao regulamentar a norma citada, a LBI definiu a discriminação em razão da deficiência como sendo “toda forma de distinção, restrição, exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas”, conforme disposto no art. 4º, §1º.

A deficiência física ou a deficiência sensorial de modo algum impedem ou diminuem a manifestação livre e consciente da vontade. Observe que eventuais dificuldades para a comunicação não afetam a autonomia individual, que restará preservada. Pessoa que somente se comunica por meio de LIBRAS ou, em uma situação extrema, pelo piscar dos olhos fruto de severa limitação motora, permanecerá em condições de se posicionar a respeito dos fatos que a cercam.

Mesmo pessoas com deficiência mental ou intelectual, como é o caso de alguém com síndrome de Down, preservam a capacidade de autodeterminação e autonomia de julgamento. No máximo, em casos de limitação mais severa, tem-se uma redução nessa capacidade. Ao contrário do apregoado pelo senso comum, os casos de ausência total de discernimento são bastante raros.

É recorrente, entretanto, confusão envolvendo as noções de independência e autossuficiência no que diz respeito às pessoas com deficiência. Conforme referido, a autonomia moral consiste na capacidade de tomar decisões, estando assentada na qualidade necessária para fazer julgamentos de forma isenta e com segurança. Não passa, portanto, pela esfera da execução de certas atividades ou prática de determinados atos. Desta forma, a eventual impossibilidade de, pessoalmente, realizar algumas funções, em decorrência de fatores estruturais, não significa qualquer limitação à autonomia da pessoa com deficiência, dimensão esta que, reitere-se, está baseada no seu “querer” e não no “fazer”.

De sorte que é necessário ampliar o foco e rever a noção tradicional de independência, na medida em que a eventual necessidade de apoios ou de cuidados, de nenhum modo reduz a autonomia da pessoa com deficiência. Não importa a natureza ou o grau dos apoios, se a pessoa com deficiência consegue expressar a sua vontade com isenção, esta deverá ser respeitada (ÁGUILA, 2015, p. 65).

Assim, tanto a pessoa que tem alguma leve disfunção física ou da mente e que, por isso, vive o cotidiano com autonomia, quanto aquela que está sujeita a uma limitação severa e, por esse motivo, necessita de cuidados, desde que preservem a capacidade decisória, ambas estarão igualmente no exercício de sua autonomia individual.

5 PODER DE DECISÃO E CAPACIDADE LEGAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De acordo com o exposto anteriormente, a CDDPD e a LBI, de modo expreso, asseguram à pessoa com deficiência o direito à autonomia moral.

É dizer que ambas as normas reconhecem uma esfera de autodeterminação em que é possível tomar decisões livremente a respeito de fatos de seu próprio interesse.

É reflexo dessa nova concepção, portanto, o direito à capacidade legal plena em favor de todas as pessoas com deficiência, independentemente da natureza da limitação funcional.

A Convenção prescreve, no art. 12, 2, que “os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Significa um tratamento igualitário em favor das pessoas com deficiência, quanto à capacidade legal, na comparação com o restante da população. A igualdade, portanto, é o referencial no trato conferido à matéria. Por esse motivo, a capacidade até pode sofrer algum tipo de restrição, mas jamais por motivo de deficiência, sob pena de romper com a citada isonomia de tratamento (KRAUT; PALACIOS; 2014, p. 127-128).

A LBI, na regulamentação da CDDPD, tratou do tema em dois momentos: no art. 6º, ao reconhecer que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]” e entre os artigos 84 e 87, quando expressamente consignou que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Para ser mais exato, é possível afirmar que a LBI revolucionou o tratamento conferido à capacidade legal em nosso país, tendo, inclusive, revogado em sua quase totalidade a sistemática a esse respeito que vigorava até então no Código Civil (MENEZES, 2016, p. 34-35).

Historicamente, a deficiência sempre esteve associada à incapacidade, como se fossem dimensões equivalentes. A partir da consolidação do modelo social,

todavia, mediante o reconhecimento de direitos à pessoa com deficiência, essa perspectiva lentamente foi sendo modificada.

Se o novo paradigma era o da promoção de direitos humanos em favor da pessoa com deficiência, seria incoerente tão somente assegurar tais direitos sem a garantia do exercício pessoal pelo próprio indivíduo com deficiência.

Eis que temos atualmente, conforme as normas citadas acima, verdadeira presunção de capacidade legal plena em relação à pessoa com deficiência. Significa dizer que a pessoa com deficiência é reconhecida como sujeito de direitos, podendo, inclusive, exercer todos os seus direitos pessoalmente e independentemente de intermediário ou representante. Sendo-lhe assegurado, portanto, firmar contratos, elaborar testamento, receber e realizar pagamentos, contrair matrimônio, adotar, bem como tomar decisões a respeito do próprio corpo, educação, saúde, intimidade, etc.

Com isso, são considerados válidos na esfera jurídica os atos e negócios praticados, bem como as decisões tomadas a respeito de seus interesses pessoais e patrimoniais. E, vale salientar, tal presunção vigora em favor de todas as pessoas com deficiência, inclusive as que apresentam deficiência mental ou intelectual.

Trata-se, portanto, do reconhecimento jurídico de que a pessoa com deficiência está na direção da própria vida e dos seus interesses.

Em que pese a previsão expressa do direito à capacidade legal, necessário ressaltar que tal garantia tem caráter relativo, vez que pode ser excepcionalmente limitada por decisão judicial, que nomeará curador para a pessoa sem discernimento ou com discernimento reduzido. Mas, importante registrar, a limitação não poderá ser fundamentada na própria deficiência (mas na ausência ou redução no discernimento), e mesmo neste caso o incapaz ficará impedido de praticar tão somente atos ou negócios de natureza patrimonial, vez que a curatela não alcança os interesses existências, não econômicos, conforme disposto nos artigos 84 e 85 da LBI.

6 SEXUALIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A sexualidade da pessoa com deficiência é um fato. Simples assim. Como, aliás, é um fato inerente a todas as demais pessoas.

Trata-se, na verdade, de um atributo inerente à condição humana, de modo que as reações de estranheza e até mesmo de repulsa em relação à sexualidade da pessoa com deficiência dizem muito sobre a cultura de preconceito e de desinformação que ainda imperam nessa seara.

A pessoa com alguma limitação funcional é comumente enxergada como assexuada, “inofensiva”, como se não tivesse libido.

No tocante às pessoas com deficiência mental esse quadro é ainda mais grave, pois se manifestações da sexualidade são aceitas para a população em geral, para este grupo tais manifestações são tidas como inconcebíveis, por serem tais sujeitos supostamente alheios ao universo do sexo ou por tais expressões serem taxadas de incompletas ou primitivas. A pessoa com deficiência mental é tratada como alguém que não pensa, logo não teria propensões à vida sexual (PINHEIRO, 2004).

Necessário registrar que a sexualidade é uma construção histórica e cultural, de modo que as noções de sexualidade “normal” e “feliz” são sedimentadas em um contexto social, econômico e cultural, sendo difundidas por meio de propagandas, telenovelas, literatura, filmes, músicas etc. (MAIA; RIBEIRO, 2010, p. 161-162).

Essa construção do imaginário acaba por fomentar regras de poder e são determinantes para aprofundar o preconceito e estigmatizar as pessoas com deficiência, uma vez que elas estão fora desses padrões sociais hegemônicos.

Conforme essa visão, o sexo, a libido e o desejo são próprios de pessoas “atraentes”, “desejáveis”, com corpos “saudáveis”, por isso mesmo as pessoas com deficiência estariam apartadas do universo da sexualidade, tendo em vista suas disfunções do corpo e da mente.

A sexualidade da pessoa com deficiência, a rigor, é marcada por uma série de mitos sem qualquer embasamento científico, mas que são determinantes para alimentar uma visão negativa e de inferioridade, dentre os quais destacam-se: “pessoas com deficiência não tem necessidades sexuais ou, ao contrário, são hipersexuadas e tem desejos acima da média da população”; “pessoas com deficiência não conseguem usufruir do sexo considerado ‘normal’, que envolve penetração e orgasmo” (MAIA; RIBEIRO, 2010, p. 164-169).

Importante também observar como a cultura de gênero constrói determinados estereótipos que resvalam nas pessoas com deficiência e no imaginário que envolve a sua sexualidade. Conforme essa visão machista e patriarcal, “poder”, “força”, “liderança”, seriam características tipicamente masculinas. Homens com deficiência acabam por não se identificar com esse padrão masculino e heteronormativo, na medida em que, por questões físicas ou mentais, vivenciam muitas vezes experiências de passividade ou dependência. O resultado desse descompasso são dúvidas, inadequação e insegurança a respeito da própria sexualidade (SHAKESPEARE, 1996, p. 208-209).

A despeito dessas crenças, mitos e preconceitos, as pessoas com deficiência vivenciam a experiência da sexualidade e do desejo como qualquer outra pessoa. O maior problema aqui, ao que parece, não é de ordem motora, sensorial ou da mente, mas relativa à exclusão social.

Reforça esse entendimento duas pesquisas realizadas por Glat (1992, p. 65-72) com pessoas com deficiência mental leve e moderada a respeito de questões ligadas à sua vida amorosa e sexual. A autora concluiu, a partir dos dados coletados, que tais indivíduos têm desenvolvimento das características sexuais condizentes com pessoas neurotípicas, tanto em termos físicos quanto psicológicos. Concluiu ainda que são plenamente capazes de manter relacionamentos afetivos e que seu quociente intelectual ou problema neurológico não os impedem de ter uma vida amorosa satisfatória, sendo que, na verdade, os principais problemas, nessa esfera, são a infantilização decorrente da superproteção dos genitores, o isolamento social e a falta de educação sexual.

A falta de informações sobre o próprio corpo e sexualidade, além de impedir o desenvolvimento de uma vida sexual saudável, ainda torna essas pessoas mais vulneráveis e expostas a risco, por causa da existência de doenças sexualmente transmissíveis, casos de gravidez indesejada ou, mais grave ainda, problemas ligados a abusos sexuais.

Pesquisa feita por Castelão, Schiavo e Jurberg (2003), com pais e profissionais de pessoas com síndrome de Down, levou às mesmas conclusões, no sentido de que tais pessoas têm a sua sexualidade estruturada nos mesmos moldes dos demais indivíduos, sendo que a experiência da sexualidade é vivenciada de modo diferenciado não por razões físicas ou psicológicas, mas pelas barreiras sociais.

7 DIREITOS SEXUAIS DAS PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN

Os direitos sexuais consistem nos direitos que assegurem a livre decisão sobre a maneira de viver o próprio corpo na esfera sexual e pressupõe, dentre outras garantias, o direito de toda pessoa decidir com quem, quando e o modo de manter ou não relações sexuais (FUNCHAL, 2013, p. 107).

Os direitos reprodutivos, que se traduzem na garantia de toda pessoa decidir livremente sobre o nascimento e a quantidade de filhos, embora relacionados com os direitos sexuais, com os mesmos não se confundem. E, tendo em vista o recorte conferido ao presente trabalho e ao problema de pesquisa eleito, não serão aqui abordados.

Não há, na CDDPD, previsão expressa sobre direitos sexuais atribuídos à pessoa com deficiência, embora seja possível deduzir tal garantia de outros direi-

tos expressamente assegurados, como o direito à autonomia individual, independência e liberdade de fazer as próprias escolhas (art. 3º, a); direito à igualdade e não discriminação (art. 5º); respeito à privacidade (art. 22); respeito pelo lar e pela família (art. 23); direito à saúde (art. 25).

A LBI, por sua vez, de forma expressa estabelece, no art. 6º, que a deficiência não afetará a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, inclusive para “exercer direitos sexuais e reprodutivos”. No capítulo III, destinado ao direito à saúde, estabelece que “as ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar”, dentre outras coisas, “atenção sexual e reprodutiva”.

A CDDPD, a rigor, não criou novos direitos. Na verdade, tem como um dos paradigmas centrais assegurar à pessoa com deficiência os direitos humanos tradicionalmente reconhecidos às demais pessoas (MADRUGA, 2013, p. 275). A LBI, por ser norma regulamentadora, tem o mesmo perfil. Ambas as normas, portanto, têm na promoção da igualdade material um dos paradigmas centrais. Isso fica evidenciado na previsão de discriminação por motivo de deficiência, que decorre de qualquer distinção que impeça ou dificulte o acesso a direitos, com base na limitação funcional da pessoa. Nesses termos, considerando que a liberdade para o exercício da sexualidade é garantia indissociável da condição humana e, por isso mesmo, assegurada a todas as pessoas, não promover o mesmo direito em favor de quem tem deficiência terá natureza extremamente discriminatória e irá de encontro à *ratio* das duas normas em análise.

Não há dúvida, portanto, que, de forma implícita ou de modo expresso, a pessoa com deficiência encontra amparo normativo para o livre exercício da sexualidade. Tal questão, todavia, ainda é controversa quando se refere aos direitos sexuais de pessoas com deficiência mental ou intelectual (dentre as quais estão incluídos os indivíduos com síndrome de Down), vide a suposta falta de discernimento para vivenciar essa dimensão da vida com segurança e de modo saudável. Eis que finalmente chegamos ao cerne do presente trabalho.

As duas normas estão voltadas à proteção especial das pessoas com deficiência. Qualquer que seja a deficiência. Esse é um ponto relevante e que não pode ser negligenciado. Não há, em nenhum dos diplomas em comento, tratamento desigual que preveja, por consequência, menor fruição de direitos com base na natureza da deficiência: física, sensorial, mental ou intelectual. E isso inclui os direitos de liberdade, como é o caso da sexualidade.

Portanto, não é possível criar distinção em desfavor das pessoas com deficiência mental ou intelectual, não havendo previsão normativa expressa. E tal previsão, reiterar-se, não existe.

Outro aspecto que merece destaque é o fato de a presunção geral de capacidade civil, prevista na LBI e na CDDPD, pelos fundamentos descritos acima, também se aplicar à pessoa com deficiência mental e intelectual.

Por esse motivo, a pessoa com síndrome de Down goza de capacidade legal plena e, assim, tem assegurado o direito de tomar suas próprias decisões e de tê-las respeitadas nos planos jurídico e social. E, naturalmente, a capacidade legal abrange a autonomia para deliberar sobre aspectos da própria sexualidade.

É dizer que a pessoa com síndrome de Down que livremente decidir manter relações sexuais estará no exercício regular de um direito fundamental, exatamente como qualquer outra pessoa.

É possível, entretanto, que tal presunção seja excepcionada por decisão judicial, a partir do reconhecimento de capacidade reduzida do indivíduo. Com isso, haverá nomeação de curador, que passará a agir em nome do incapaz.

Neste caso, pergunta-se: a pessoa com síndrome de Down que eventualmente esteja sob o regime de curatela ainda assim manterá autonomia para decidir sobre sua vida sexual?

A resposta para nós, em princípio, é afirmativa.

Em primeiro lugar, a LBI é expressa ao estabelecer, no art. 85, *caput*, que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. O §1º, do mesmo artigo, ainda assinala que a “definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

Com o regime jurídico estabelecido na LBI, temos atualmente uma curatela menos invasiva e proporcional às necessidades do incapaz. Sob o argumento de “proteção aos interesses do incapaz”, no passado a curatela era estabelecida de modo padronizado, distante da realidade e desproporcional, na medida em que o padrão era a curatela instituída de forma absoluta, total, ou seja, para todos os atos do incapaz, relegando-o a um limbo de praticamente não existir juridicamente, fato que contribuía sobremaneira para a exclusão social dessas pessoas.

Conforme observado, a curatela atualmente é apenas parcial, estabelecida tão somente para alguns atos do incapaz e, ainda assim, configura medida extraordinária, que deverá ser implementada somente em último caso, de acordo com o prescrito no art. 85, §2º, da LBI.

Com isso, ainda que esteja eventual e extraordinariamente sob regime de curatela, a pessoa com síndrome de Down preservará autonomia sobre os atos de natureza existencial, como aqueles inerentes à sua vida sexual.

Nesse sentido, é imperativo que a redução do discernimento, que poderá levar à curatela, seja sempre funcionalizado, ou seja, observado à luz da realidade da pessoa, de suas necessidades e dos atos que ela necessita praticar. Afinal, é possível (e provável) que as limitações que um indivíduo apresente comprometam a autonomia no tocante apenas a determinada dimensão de sua vida, sem afetar as demais (PERLINGIERI, 2008, p. 779 e seguintes).

Alguém que, por sua condição subjetiva, encontra dificuldade ou não consiga praticar atos patrimoniais pessoalmente e em segurança, não necessariamente encontrará dificuldade para decidir sobre questões de outra esfera, como a existencial: se deseja ou não se submeter a uma cirurgia, a um determinado tratamento de saúde ou a se envolver afetivamente com alguém e livremente manter relações sexuais com ela, por exemplo.

CONCLUSÃO

O Brasil ainda se encontra numa transição do modelo biomédico para o modelo social de deficiência. Ainda que a legislação esteja fundamentada no segundo modelo, centrado na promoção dos direitos humanos, é certo que ainda prevalece uma cultura que associa a deficiência à tragédia pessoal e à doença, ensejando uma visão e práticas paternalistas a esse respeito.

Em certa medida, a sexualidade da pessoa com deficiência ainda está imersa nessa perspectiva patologizante e assistencialista. É o que revelam os mitos e crenças sem embasamento científico a esse respeito. O resultado é uma leitura preconceituosa e estereotipada dessa dimensão tão importante da existência do indivíduo.

Ocorre, entretanto, que as pesquisas envolvendo pessoas com deficiência atestam que elas apresentam a sexualidade construída nos mesmos moldes das pessoas sem deficiência. E que as dificuldades e incongruências decorrem, em regra, não de fatores associados às limitações funcionais, mas do processo de exclusão social e isolamento. Nesse contexto, a falta de educação sexual acaba por ser um fator determinante nesse sentido, que acaba por sujeitar as pessoas com deficiência a situações de vulnerabilidade, como ausência de informações adequadas sobre a vida sexual, doenças sexualmente transmissíveis, gravidez, etc.

À medida que a pessoa com deficiência é reconhecida como legalmente capaz e tem sua autonomia e liberdade de fazer as próprias escolhas assegurada pelo ordenamento jurídico, o exercício da sexualidade encontra amparo e figura como direito fundamental de toda pessoa com deficiência, inclusive as com deficiência mental ou intelectual.

Por esse motivo, o indivíduo com síndrome de Down, ainda que sob regime de curatela, pode livremente decidir sobre sua própria vida sexual, devendo tais escolhas serem respeitadas como expressões legítimas da autonomia moral e autodeterminação.

O instrumental jurídico em vigor é adequado para assegurar os direitos sexuais da pessoa com deficiência. Os principais desafios, em certa medida, ainda decorrem da necessidade de modificar uma cultura que infantiliza, estigmatiza e exclui aqueles indivíduos que estão fora dos padrões sociais hegemônicos.

REFERÊNCIAS

ÁGUILA, Luis Miguel del. La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata (Ed.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Lima/Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

CASTELÃO, Talita Borges; SCHIAVO, Márcio Ruiz; JURBERG, Pedro. Sexualidade da pessoa com síndrome de Down. *Revista de Saúde Pública (versão on-line)*, n. 37, v.1, 2003.

COMPARATO, Fábio K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A pessoa com deficiência no contexto das relações de consumo: tutela jurídica decorrente do código de defesa do consumidor. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOWN, J.L. (1862). *Observations on an Ethnic Classification of Idiots*. London Hospital Clinical Report.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Seminário Internacional sobre todas as formas de discriminação no Trabalho*. Brasília/DF, 15 e 16 de maio de 2000. Disponível em <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub25.html>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

GLAT, Rosana. A sexualidade da pessoa com deficiência mental. *Revista Brasileira de Educação Especial*, v. 1, p. 65-74, 1992.

LOPES, Laís V. de C. de F. Artigo 1: Propósito. In: DIAS, Joelson et al. *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD, 2014. p.25-35.

LÚRIA, A.R.; TSKVETKOVA, L. S. *The programming of constructive activity in local brain injuries*. Londres: Basic, 1964.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi; RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. Desfazendo Mitos para minimizar o preconceito sobre a sexualidade de pessoas com deficiências. *Revista Brasileira de Educação Especial*, v. 16, n. 2, p. 159-176, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, 2016.

OLIVER, M. *The Politics of Disablement*. London: MacMillan; 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. 2006a. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.

_____. 2006b. *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.

PALACIOS, Agustina; KRAUT, Alfredo Jorge. Artículos 31 a 50. In: LORENZO, Miguel Federico de; LORENZETTI, Pablo (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires-Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Silvia Nara Siqueira. Sexualidade e deficiência mental: revisando pesquisas. *Psicologia Escolar e Educacional*, n. 2, v.8, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUIZ, Rodríguez, Emilio. Actitudes, Estereotipos Y Prejuicios: Su Influencia En El Síndrome De Down Propuestas De Intervención. *Revista Síndrome De Down*, vol. 29, set. 2012.

SHAKESPEARE, Tom. Poder y prejuicio: los temas de género, sexualidad y discapacidad. In: BARTON, L. (Coord.). *Discapacidad y sociedad*. Madri: Ediciones Morata, 1998.

ZIGMOND, M; COYLE, J; ROWLAND, L. *Neurobiology of Brain Disorders*. Londres: Elsevier, 2014.

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 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; 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.