

Gilmar Antonio Bedin
ORGANIZADOR

Cidadania, justiça e controle social



Essere nel Mondo

e-book editora

Essere nel Mondo

Rua Borges de Medeiros, 76

Cep: 96810-034 - Santa Cruz do Sul

Fones: (51) 3711.3958 e 9994. 7269

www.esserenelmondo.com.br

Todos os direitos são reservados. Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida por qualquer meio impresso, eletrônico ou que venha a ser criado, sem o prévio e expresso consentimento da Editora. A utilização de citações do texto deverá obedecer as regras editadas pela ABNT.

As ideias, conceitos e/ou comentários expressos na presente obra são criação e elaboração exclusiva do(s) autor(es), não cabendo nenhuma responsabilidade à Editora.

C568 Cidadania, justiça e controle social [recurso eletrônico] / Gilmar Antonio Bedin, organizador – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016.
198p.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Direitos humanos. 2. Cidadania. 3. Justiça. 4. Estado de direito
5. Controle social. I. Bedin, Gilmar Antonio.

CDD-Dir: 341.12191

Prefixo Editorial: 67722

Número ISBN: 978-85-67722-52-8

Bibliotecária responsável: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406

Catálogo: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406

Correção ortográfica: Aila Graça Corrent

Diagramação: Agência Nakao www.agencianakao.com

Gilmar Antonio Bedin

(Organizador)

Cidadania, justiça e controle social

1ª Edição

Santa Cruz do Sul/RS

Essere 
nel Mondo

e-book editora

2016

AGRADECIMENTOS

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível superior (CAPES), no âmbito do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP), Processo nº 3.075/2015-13, pelo apoio financeiro para a realização do III Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia e do presente livro.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
PARTE I – DIREITOS HUMANOS E LUTAS EMANCIPATÓRIAS	9
A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a atualidade	10
Dora Resende Alves & Daniela Serra Castilhos	
Pluralismo jurídico, lucha social y ciudadanía	22
Alejandro Rosillo Martínez & Guillermo Luévano Bustamante	
Educação em direitos humanos nas universidades: da palavra à construção de sujeitos	36
Rosângela Angelin	
A consagração do direito humano à diferença	47
Janaína Soares Schorr	
PARTE II – DIREITOS HUMANOS E TECNOLOGIAS	56
Novos movimentos sociais na sociedade em rede: hacktivismo e desafios para o direito (1999 Seattle World Trade Organization Meeting)	57
Germano Schwartz & Jorge Alberto de Macedo Acosta Junior	
Marcos regulatórios balizadores das patentes na biotecnologia: patentes de genes humanos 65	
Salete Oro Boff & Vilmar Antonio Boff	
Direitos humanos e a (des)proteção dos conhecimentos tradicionais associados na legislação internacional: existe(m) alternativa(s)?	78
Isabel Christini Silva de Gregori	
Justiça ambiental e ecologia política: reflexões sobre a técnica de construção do espaço urbano	87
Jerônimo Siqueira Tybusch	
PARTE III – DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE DIREITO	102
Controle social, contratualismo e constituição: apontamentos conceituais sobre o arquétipo do estado de direito	103
André Leonardo Copetti Santos & Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth	
O estado tecnocrático como obstáculo à realização da democracia	120
Reginaldo Pereira & Silvana Winckler	

Análises comparativas sobre o controle jurisdicional de convencionalidade pelas cortes constitucionais brasileira e argentina	132
Fernanda Graebin Mendonça	
PARTE IV – DIREITOS HUMANOS E CONTROLE SOCIAL.....	142
Lei do Feminicídio no Brasil: ilusão de segurança jurídica para as mulheres	143
Marli Marlene Moraes da Costa	
A criminologia do reconhecimento e as atuais práticas de reificação: uma abordagem crítica do atuarismo penal.....	161
José Francisco Dias da Costa Lyra	
Nova estratégia para o controle da corrupção: construindo a responsabilidade empresarial pela prática do suborno.....	184
Luciano Vaz Ferreira	
Resumo.....	196
Currículo do Autor.....	197

APRESENTAÇÃO

As atividades que marcam a trajetória de um Programa de Pós-Graduação são bastante diversas e vão se consolidando ao longo dos anos. No caso do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), uma atividade que tem sido realizada anualmente com grande sucesso e que rapidamente se consolidou é o Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia (já se vislumbra sua quarta edição).

A terceira edição do Seminário foi realizada entre os dias 25 a 27 de novembro de 2015 e contou com a participação de um significativo número de palestrantes e de participantes (professores, alunos de Cursos de Graduação em Direito e áreas afins, profissionais, pós-graduandos de várias universidades). O evento foi acompanhado de excelente mostra de trabalhos científicos (foram mais de cem trabalhos apresentados) e contou com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ (DCJS) e de toda a Universidade.

O tema central da terceira edição do Seminário – que dá o título ao presente livro – foi Cidadania, Justiça e Controle Social e teve como objetivo geral refletir sobre os desafios dos direitos humanos e da democracia na atualidade. O foco maior da análise foi, contudo, o contexto brasileiro e latino-americano da atualidade. Esse direcionamento foi motivado pelo fato que a América Latina (pelo menos a maioria de seus países) está encerrando um longo ciclo político (que teve início ainda na década de 1980) e que, neste momento, pressupõe/reivindica a realização de um balanço.

Nesse sentido, é evidente que, no período referido, os países latino-americanos tiveram a capacidade (e felicidade) de terem construído alguns avanços significativos: destaque para a relevância da democracia e o respeito às regras do jogo; a valorização da diversidade e da pluralidade política; a ampliação do acesso à educação, à saúde e aos demais direitos sociais. Contudo, também é notório que houve várias derrotas; entre elas, duas se destacam. Em primeiro lugar, os avanços realizados não conseguiram garantir a manutenção da estabilidade econômica (a inflação voltou com força em vários países latino-americanos) e o distanciamento da chamada tentação do populismo macroeconômico (infelizmente, na região, volta-se a acreditar novamente em milagres econômicos e na possibilidade de construir uma sociedade melhor sem esforço). Em segundo lugar, as vitórias da região não conseguiram estabelecer uma clara distinção entre a esfera pública (patrimônio do Estado) e a esfera privada (das coisas que se pode dipor como bem se entende).

Essas duas derrotas são o prenúncio de tempos difíceis. De tempos de crise e de pouca esperança. É que a primeira derrota desorganiza a vida e o planejamento das pessoas e se constitui num dos “impostos” mais perversos existentes na região (sempre pune os mais pobres com mais intensidade). Além disso, fragiliza as ações do Estado, deteriora as contas públicas e aumenta significativamente o custo de vida. Esse fato ainda impulsiona o declínio econômico, o desemprego e o retorno de milhões de pessoas às condições adversas da pobreza. A segunda derrota amplia os níveis de corrupção e gera uma crise muito profunda de valores. Entre esses valores, destacam-se a destruição da virtude cívica (aquele valor que dá dignidade e legitimida-

de à política) e a fragilização da esperança de todos (principalmente dos jovens) na construção de uma sociedade melhor (principalmente mais honesta e digna).

Em consequência desses fatos, fica evidente que os desafios dos países da região continuam sendo significativos e que alternativas devem ser construídas no novo ciclo político neste momento em gestação. Daí, portanto, a importância de eventos com o III Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia e o espaço de diálogo que eles proporcionam. Em espaços como esses, é possível ter mais consciência dos problemas e das alternativas que os países da região podem construir.

É nesse contexto acadêmico-político que o presente livro quer se inserir. Ele reúne várias palestras proferidas no III Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia e tem como objetivo ampliar as reflexões realizadas e aprofundar a análise dos desafios dos direitos humanos e a democracia da região.

Boa leitura a todos os interessados.

Gilmar Antonio Bedin

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ

PARTE I

DIREITOS HUMANOS E LUTAS EMANCIPATÓRIAS

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA: OS PRINCIPAIS MOMENTOS DESDE A AUSÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA ATÉ A ATUALIDADE

Dora Resende Alves¹
Daniela Serra Castilhos²

Introdução

O poder político organizado pressupõe a definição de um conjunto de valores que ressalte o respeito pela pessoa humana e de meios de defesa que efectivem a sua protecção. Os direitos fundamentais constam do texto constitucional dos Estados de Direito e, nesses Estados, são-lhes conferidas garantias jurisdicionais; contudo, isso não acontece só nos ordenamentos nacionais. Em âmbito internacional, e especificamente europeu, a sua tutela é já obrigatória, embora a sua execução ainda se encontre comprometida.

Nomeadamente, na construção comunitária, os tratados criadores das Comunidades Europeias (de 1951 e 1957) não dispunham de qualquer previsão de direitos fundamentais, uma vez que os seus objectivos eram essencialmente de natureza económica. Porém, como resultado das sucessivas revisões operadas nos tratados originários, o campo das competências comunitárias expandiu-se à dimensão cívica e a matérias tradicionalmente pertencentes ao núcleo de soberania dos Estados, nomeadamente relacionadas já com os direitos fundamentais. Então, nesta comunidade de direito, tornou-se necessária uma forma de tutela, uma protecção própria no que toca aos direitos fundamentais (PACHECO, (2005, p. 102 e 124).

Até a inexistência de um catálogo específico de direitos da União Europeia foi colmatada pela acção do Tribunal de Justiça.

Segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram. Neste quadro, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem reveste um significado particular (NICOLAU, 2013)³.

A dimensão política da construção europeia permitiu, ao Tribunal de Justiça, a elaboração progressiva de um catálogo (não escrito) de direitos fundamentais e um sistema específico de garantia desses mesmos direitos (PACHECO, 2005, p. 124 e VILAÇA 2014, p. 20).

“Remonta a 1959 a primeira vez que o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a questão da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária” e é

1 Doutora em Direito. Professora Auxiliar Convidada e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Correio eletrónico: dra@upt.pt.

2 Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Coordenadora do Grupo de Investigação Internacional “Dimensions of Human Rights” do Instituto Jurídico Portucalense. Membro e investigadora do Centro de Estudios de la Mujer (CEMUSA) da Universidade de Salamanca. Correio eletrónico: dcastilhos@upt.pt.

3 TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, *Roquette Frères / Directeur général de la concurrence*, Proc. C-94/00, Collect. p. I-9052.

apenas no final dos anos 60 que o Tribunal aprofunda a análise do problema e estabelece que, se certos direitos são reconhecidos como fundamentais pelas Constituições dos Estados-membros, tais direitos deverão ser considerados como fazendo parte de um património comum aos princípios gerais que constituem parte integrante do direito comunitário e cujo respeito por si deve ser assegurado no quadro da estrutura e dos objectivos da [hoje União Europeia] (ANTUNES, 1995, p. 87-88).

Contudo, a protecção conferida pela jurisprudência comunitária não era suficiente (MARTINS, 2007 126 e 130), e o seu reforço passou pela adesão ao catálogo internacional e pela consagração de um texto de direitos da própria União Europeia.

Conceitos

Brevemente, importa clarificar os conceitos envolvidos, cada um deles objecto de vasta doutrina.

Os direitos fundamentais apresentam-se como as posições jurídicas activas consagradas na Constituição: formais, quando se considere a Constituição em sentido formal, o diploma aprovado segundo procedimento específico a que chama “Constituição”; materiais, quando resultem dos princípios e normas essenciais de determinado ordenamento. Aquelas são posições favoráveis às pessoas pelas Constituições modernas e respondem também à justaposição nas ordens internas do sistema de direito romano-germânico, dos direitos do homem, que derivam da tradução anglo-saxônica (ALVES; SILVA, 2010, p. 13) e que tiveram reconhecimento nas primeiras experiências constitucionais americanas de 1776, e que se constituem como círculos jurídico-positivos imanentes a cada pessoas e que são capazes de deter a actuação arbitrária do Estado. Aliás, dentro dos direitos fundamentais consagrados na Constituição portuguesa⁴, é utilizada a distinção entre direitos, liberdades e garantias, conceitos possíveis de distinguir na doutrina, mas de pouca utilidade para a aplicação dos preceitos constitucionais que usam a expressão conjunta.

A Organização das Nações Unidas (ONU) define os direitos humanos como “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra acções ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana” (TAVARES, 2012, p. 22), alguns limites naturais subjectivos anteriores ao Estado e que por este devem ser garantidos, contudo sem gozarem de um valor absoluto (MESQUITA, 2013, p. 52).

Muitas classificações são oponíveis aos direitos fundamentais: quanto à fonte, direitos com assento em constituição federal, federada, textos europeus ou de direito internacional; quanto ao titular, direitos comuns ou próprios de certas categorias (mães, crianças, minorias, refugiados, etc); quanto ao obrigado, direitos oponíveis ao Estado ou *erga omnes*; quanto à matéria regulada (religião, cultura, economia, vida privada, opção política); entre direitos individuais ou institucionais; comuns ou particulares; do homem, cidadão ou trabalhador; pessoais, sociais ou políticos; gerais ou especiais; materiais ou procedimentais; direitos subjectivos *proprio sensu*; privados ou públicos (CORDEIRO, 2004, p. 61). E ainda há a possibilidade de alguns direitos fundamentais não se encaixarem nas classificações propostas (GOUVEIA, 1995).

⁴ Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976 na redacção que lhe foi dada pela Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto (DR n.º 155, p. 4.642).

Atualmente, na tutela dos direitos fundamentais, há que ter em conta várias fontes de direito em diversos níveis: o direito interno e o direito internacional e neste o caso do direito da União Europeia, cada com catálogos de direitos não totalmente coincidentes⁵ e que importam aqui: o elenco constitucional português, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tal como interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, e a jurisprudência comunitária do Tribunal de Justiça da União Europeia depois com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). O grau de protecção conferido por cada ordenamento a determinado direito não é exactamente o mesmo e pode levar a conflitos entre os regimes jurídicos e a divergências na interpretação da mesma norma que ainda estão em processo de harmonização.

Primeiros textos europeus

Na atualidade, a existência de uma declaração de direitos e liberdades fundamentais é uma *conditio sine qua none* de uma noção moderna de Constituição⁶. “O reconhecimento de direitos fundamentais, como princípio fundador da ideia de cidadania e como instrumento de limitação jurídica do poder do Estado, integra a própria noção material de Constituição” (DUARTE, 2007, p. 31), tal como indica o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adoptada em 1789 pela Assembleia Nacional Constituinte francesa⁷.

A preocupação de identificá-los acontece “no plano nacional, pela via da sua catalogação constitucional e no plano internacional, pela via declarativa da proclamação (...) ou pela via da vinculação contratual, mediante a celebração de convenções internacionais” (DUARTE, 2007, p. 31).

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que inaugura uma nova era de orientação do Direito Internacional Público para o respeito da dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2013, p. 513) e reconhecimento e a garantia dos direitos e liberdades individuais (CAMPOS, 2010, p. 671).

Textos da União Europeia

Os Tratados originários das Comunidades Europeias estavam exclusivamente focados na realização de objectivos económicos e, nesse contexto, considerou-se que as Constituições nacionais seriam suficientes para tutelar os direitos fundamentais mais ainda com a então recente ratificação da CEDH que atribuía a um Tribunal próprio a protecção europeia dos direitos fundamentais dos indivíduos (ROCHA, 2013, p. 221).

Contudo, a CEDH e seus Protocolos garantem, sobretudo, direitos habitualmente chamados de “civis e políticos”, contendo relativamente poucas disposições sobre os ditos direitos “económicos, sociais e culturais”. Então, para colmatar essa lacuna, surge a Carta Social Europeia (TAVARES, 2012, p. 92). De 18 de outubro de 1961, a Carta Social Europeia⁸, convenção aprovada pelo Conselho da Europa e assinada na cidade de Turim, Itália, que estende a missão

⁵ Levando a doutrina a falar em constitucionalismo a vários níveis ou pluralismo constitucional. (CANOTILHO, 2007, p. 325).

⁶ Ver o artigo 16.º da DDHC de 1789. (BOTELHO, 2013, p. 332).

⁷ Quando diz: “Qualquer sociedade em que não seja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”.

⁸ Texto no *Diário da República* n.º 179, I Série-A, de 06.08.1991, p. 3855 a 3872, pela Resolução da Assembleia da República n.º 21/91.

do Conselho da Europa aos direitos sociais (CAMPOS, 2010, p. 676)⁹, seria completada por Protocolos e revista pela Carta Social Europeia Revista de 3 de maio de 1996¹⁰.

Inspirada na anterior, segue-se a aprovação de uma Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, por impulso de *Jacques Delors*, que defendia uma política social comum com vista a combater o desemprego. Aprovada no Conselho Europeu de Estrasburgo, de 8 e 9 de dezembro de 1989 (CAMPOS, 2010, p. 210 e 678; PARLAMENTO EUROPEU, p. 2016), foi assinada por todos os Estados-membros das Comunidades Europeias com exceção do Reino Unido (MARTINS, 2012, p. 92). Com um texto de 26 artigos, viria influenciar a CDFUE em matéria de direitos sociais¹¹.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A versão originária dos tratados institutivos das Comunidades Europeias, de cariz económico, não continha disposições específicas sobre a protecção dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2010, p. 678). Na sua ausência, o Tribunal de Justiça “inventou” um caminho de defesa de direitos fundamentais à medida que as situações iam surgindo na sua alçada e utilizando outras fontes de direito como as Constituições dos Estados-membros e os instrumentos internacionais, entre eles a CEDH (DUARTE, 2007, p. 32 e 36), criando um precedente vinculativo (SILVEIRA, 2011, p. 212).

Com a CDFUE, pela primeira vez, após sucessivas e malsucedidas tentativas, a União dispõe de um texto proclamatório de direitos, de vocação geral (DUARTE, 2010, p. 170)¹².

A Carta não proclama novos direitos, ela incorpora os direitos humanos clássicos da CEDH, tal como desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas com um âmbito de aplicação muito mais vasto, pois se trata de um conjunto de direitos da competência da União Europeia, conforme estabelecido nos Tratados e desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Ela ainda reafirma os direitos e princípios que decorrem das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados membros, tendo em conta progressos científicos e tecnológicos e reflectindo o modelo social europeu¹³, e integra um conjunto de “cláusulas horizontais” para facilitar a sua aplicação¹⁴.

Fora no Conselho Europeu, em Colónia, Alemanha, em 3 e 4 de junho de 1999, que se decidiu a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. No Conselho Europeu de Nice, França, de 7 a 9 de dezembro de 2000, foi solenemente proclamado o texto da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais¹⁵, ainda sem ser juridicamente vinculativa. Contudo, apesar da incerteza quanto ao valor jurídico das suas disposições, o texto foi redigido para se aplicar no futuro como um verdadeiro instrumento normativo de reconhecimento de direitos (DUARTE, p.171). A Convenção que produziu o texto trabalhou «como se» estivesse a elaborar um texto jurídico de carácter vinculativo, com a intenção expressa de lhe atribuir segurança

9 Expressamente referida no artigo 151.º do TFUE.

10 Texto no *Diário da República* I Série-A, de 17.10.2001, p. 6604(2) a (28), pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001 e Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001.

11 Expressamente referida no artigo 151.º do TFUE.

12 Conferência proferida pela *Prof.ª Dr.ª Alessandra Silveira*, com o título “A protecção jurisdicional dos direitos fundamentais na União Europeia”, em 10 de Dezembro de 2008, no Auditório da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

13 Resolução do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002, JOUE C 300 E de 11.12.2003, p. 434, § G.

14 Artigos 51.º a 54.º da Carta. (CANOTILHO, 2007, p. 330)

15 Publicado em 2000/C 364/01 no JOCE C 364 de 18.12.2000, p. 1 a 22.

jurídica¹⁶.

Em 2007, o texto da CDFUE foi republicado, adaptado e validado a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹⁷. Segue-se a publicação de Anotações¹⁸ relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, que constituem um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, muda a posição da Carta de Direitos Fundamentais que fora incluída como Parte II (artigos II-61.^º a II-114.^º da Constituição Europeia, JOUE C 310 de 16.12.2004) para figurar agora em Declaração anexa, com algumas ressalvas para a República Checa, Polónia e Reino Unido¹⁹.

Pelo Tratado de Lisboa, a Carta de Direitos Fundamentais torna-se juridicamente vinculativa²⁰ (novo artigo 6.^º, n.^º 1, do TUE), com 54 artigos repartidos por sete capítulos com as epígrafes: *Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições Gerais*. Contém um número alargado de direitos e de categorias de direitos: direitos civis, direitos políticos, direitos económicos e direitos sociais.

O Parlamento Europeu assume a garantia pelo respeito da Carta atento o seu carácter vinculativo, que assegura o reconhecimento dos direitos, liberdades e princípios definidos para todos os cidadãos e residentes na UE²¹ e surgiu um organismo novo, a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia²², com o objectivo de proporcionar às instituições, órgãos, organismos e agências da Comunidade, bem como aos seus Estados membros, quando aplicarem o direito comunitário, assistência e competências no domínio dos direitos fundamentais, a fim de ajudá-los a respeitar plenamente esses direitos quando tomarem medidas ou definirem acções no âmbito das respectivas esferas de competência.

A Carta reúne, num texto único, o conjunto dos direitos fundamentais protegidos na União, o que compreende que os direitos e princípios contidos na Carta decorrem nomeadamente das tradições constitucionais e das convenções internacionais comuns aos Estados-membros, da CEDH, das Cartas Sociais adaptadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Porém, a proclamação solene pelo Parlamento Europeu, imediatamente anterior à assinatura do Tratado de Lisboa, e a Declaração anexa ao Tratado asseguram que ela “não alarga o âmbito de aplicação do direito da União a domínios que não sejam da competência da União”²³. Os destinatários da Carta são, em primeiro lugar, as instituições, órgãos e organismos da União, sendo ela também aplicável aos Estados-membros, apenas quando apliquem o direito

16 Resolução do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002, JOUE C 300 E de 11.12.2003, p. 433, § C.

17 No JOUE C 303 de 14.12.2007, Informação oriunda das instituições e dos órgãos da União Europeia, 2007/C 303/01, p. 1 a 16.

18 2007/C 303/02, p. 17 a 35.

19 Declarações dos Estados-membros C. 53. relativa à República Checa, 61. quanto à Polónia, e 62. quanto à Polónia e ao Reino Unido que remete para o Protocolo A. anexo ao TL relativo à aplicação da CDFUE à Polónia e ao Reino Unido (JOUE C 306 de 17.12.2007, páginas 267 e 154). (BASTOS, 2010, p. 79).

20 Nos termos da Declaração A. 1., adoptada pela Conferência dos Representantes dos Estados-membros e anexa ao TL, porém com ressalvas de alguns países em declarações anexas ao Tratado (JOUE C 306 de 17.12.2007, p. 12).

21 Resolução 2010/C 212 E/08 de 7 de Maio de 2009, JOUE C 212 E de 05.08.2010, p. 37.

22 Criada pelo Regulamento (CE) n.º 168/2007 do Conselho.

Os representantes dos Estados membros, reunidos no Conselho Europeu, em 13 de Dezembro de 2003, chegaram a acordo no sentido de desenvolver o então existente Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia, estabelecido pelo Regulamento (CE) n.º 1035/97, e de alargar o seu mandato para que este passasse a constituir uma Agência dos Direitos Humanos. Decidiram ainda nessa ocasião que a sede da agência deveria permanecer em Viena.

23 Artigo 51.^º, n.º 2, da Carta. (RODRIGUES, 2008, p. 191).

Resolução do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002, JOUE C 300 E de 11.12.2003, p. 434, § M.

da União²⁴.

O Parlamento Europeu²⁵ e o Conselho Europeu²⁶ fizeram da promoção dos direitos fundamentais na União uma das suas prioridades para o futuro do espaço de justiça, de liberdade e de segurança²⁷, e a Comissão tomou medidas de organização interna²⁸ depois estendidas ao longo de todo o processo legislativo para aí promover o respeito pelos direitos enunciados na CDFUE.

O Tribunal de Justiça da União Europeia teve desde sempre papel central no desenvolvimento da protecção dos direitos fundamentais e confirma a criação de um espaço constitucional europeu de direitos fundamentais com a autonomia geral de interpretação dos preceitos da CDFUE face à CEDH (RITLENG, 2013, p. 267), mas com inspiração comum.

De facto, o Tratado de Lisboa representa uma etapa fundamental da evolução da protecção dos direitos fundamentais na Europa²⁹.

O representante especial da União Europeia para os direitos humanos

O Parlamento Europeu apelou repetidamente à nomeação de um Representante Especial da União Europeia para os Direitos Humanos (REUE)³⁰ e, após a chefe da diplomacia europeia (*Catherine Ashton*³¹) indicar, no Parlamento Europeu, em Estrasburgo, a busca de uma personalidade com muita experiência na área dos direitos humanos para ocupar o novo cargo, assim surgiu a nomeação do grego *Stavros Lambrinidis*, que se mantém³².

Essa nomeação faz parte dos planos da União Europeia, dos seus esforços para ampliar seu trabalho nos sectores de direitos humanos e democracia no mundo para o que este advogado e ministro grego de 50 anos, político de centro-esquerda, promete ser um guardião, um facilitador e a voz quando se trata de defender os direitos humanos. No primeiro dia no cargo, em 1º de setembro de 2012, o novo representante especial da União Europeia para os direitos humanos apresentou a sua agenda ao Parlamento Europeu, em Bruxelas, afirmando: “Vou focar a minha atenção nas situações de crise, como é óbvio, mas vou também trabalhar para tornar mais eficientes todos os instrumentos à nossa disposição no sentido de prevenir violações dos direitos

24 Artigo 51.º, n.º 1, da Carta.

Quando um Estado membro não respeita os direitos fundamentais ao aplicar o direito da União, a Comissão, enquanto guardião dos Tratados, dispõe de poderes próprios para tentar pôr termo à infracção e pode, caso necessário, submeter o caso ao Tribunal de Justiça através do mecanismo da acção por incumprimento. Mas a Comissão só pode intervir se a situação em causa tiver um elemento de conexão com o direito da União (por exemplo, quando uma legislação nacional transpõe uma directiva da União de modo contrário aos direitos fundamentais, ou quando uma autoridade pública aplica um acto legislativo da União de modo contrário aos direitos fundamentais, ou quando uma decisão judicial nacional definitiva aplica ou interpreta o direito da União de modo contrário aos direitos fundamentais).

A Carta não se aplica nas situações de violação dos direitos fundamentais que não apresentem qualquer elemento de conexão com o direito da União. Aí os Estados membros têm os seus próprios sistemas de protecção dos direitos fundamentais, assegurados pelos tribunais nacionais, e a Carta não os substitui.

Ver Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2013, Åklagaren / Hans Åkerberg Fransson, Proc. C-617/10, § 30.

25 Resolução do Parlamento Europeu de 25.11.2009.

26 Programa de Estocolmo 2010/C 115/01 do Conselho Europeu, JOUE C 115 de 04.05.2010.

27 Recentemente com meios financeiros no Regulamento (UE) N.º 234/2014.

28 Comunicação da Comissão COM (2005) 172 final de 27.04.2005, tendo em conta a dimensão dos direitos fundamentais na avaliação de impacto que constitui um instrumento que a Comissão utiliza desde 2002, e na a exposição de motivos, entre outros pontos.

29 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Documento de reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspectos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 5 de Maio de 2010.

30 Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 332 E/24, JOUE C 332 E de 15.11.2013, p. 114.

31 Decisão do Conselho Europeu 2009/880/UE de 1 de Dezembro de 2009 tomada com o acordo do Presidente da Comissão que nomeia o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (JOUE L 315 de 02.12.2009, p. 49).

32 Decisão 2012/440/PESC de 25 de julho de 2012, JOUE L 200 de 27.07.2012, p. 21.

humanos, antes de se chegar a uma situação de crise". O seu mandato irá até 2017³³.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Em 4 de novembro de 1950, foi assinada em Roma a CEDH, ou Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais³⁴, no âmbito da principal tarefa do Conselho da Europa de tutela dos direitos do homem, criando um Tribunal dos Direitos do Homem em Estrasburgo com competência para julgar casos de violação dos direitos do homem. Essa foi a primeira das convenções negociadas e celebradas sob a égide do Conselho da Europa e entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 (CAMPOS, 2010, p. 672).

Esse texto teve o mérito de ser o primeiro instrumento jurídico vinculativo de direito internacional em matéria de direitos humanos, constituindo o mais perfeito modelo internacional de direitos fundamentais, criado após a Segunda Guerra Mundial perante a falência dos modelos puramente nacionais de defesa de direitos fundamentais e o que explica a razão das altas expectativas dos Estados europeus na sua redacção. Ainda hoje (cumpriu, em 3 de setembro de 2013, 60 anos de vigência) representa o melhor exemplo da hipótese internacional de defesa dos direitos fundamentais, completando a protecção constitucional conferida por cada Estado. (ROCHA, 2013, p. 54)

Tinha, em 2012, 47 Estados-partes, ou seja, todos os membros do Conselho da Europa, a mais abrangente das organizações europeias (CAMPOS, 2010, p. 649 e 656). A sua ratificação é, aliás, requisito indispensável para a adesão a essa organização regional TAVARES, 2012, p. 94).

A CEDH viria a ter alguns Protocolos adicionais: foram assinados 14 entre 20 de março de 1952 e 13 de maio de 2004, dos quais metade se encontra em vigor.

A discussão sobre a adesão das Comunidades Europeias à CEDH quase tão antiga como as próprias Comunidades (JACQUÉ, 2011, 995). Em 1975, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia fez, "pela primeira vez, de forma explícita, referência a disposições da CEDH como elemento de interpretação para a definição do grau de protecção dos direitos fundamentais no quadro comunitário" (ANTUNES, 1995, p. 91).

O Parlamento Europeu foi, em 1977, a primeira das instituições comunitárias a sustentar a tese da adesão das Comunidades Europeias à CEHD, numa estratégia de protecção comunitária dos direitos fundamentais, caminho que foi sendo traçado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados membros colaboraram ou a que aderiram. Neste quadro, a CEDH reveste um significado particular³⁵.

33 Decisões 2014/385/PESC e 2015/260/PESC do Conselho que prorrogam o mandato, JOUE L 183 de 24.06.2014, p. 66 e L 43 de 18.02.2015, p. 29.

34 Portugal aderiu ao Conselho da Europa em 1976 como 19.º Estado membro e ratificou esta Convenção pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro no *Diário da República* n.º 236, I Série, p. 2119 a 2145. (CAMPOS, 2010, p. 664 e 689).

Alguns textos no endereço electrónico da Direcção-Geral da Política de Justiça, Gabinete de Relações Internacionais em <http://www.gri.mj.pt/sections/AC/Assuntos%20Europeus%20Extra-Comunitarios/conselho-da-europa/CRN/ratificadas>, consultados em Janeiro de 2009.

35 TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, *Roquette Frères / Directeur général de la concurrence*, Proc. C-94/00, Colect. p. I-9039 a I-9078.

Porém, apesar de o Tribunal de Justiça se pautar pela aceitação da CEDH e encontrar nela quadro de referência para complemento da protecção dos direitos fundamentais (MARTINS, 2007, p. 124e 141), não se conseguiu ainda concretizar tal adesão.

Conclusões

Apesar de já longo, o percurso da protecção de direitos fundamentais plasmado em textos juridicamente vinculativos na Europa é ainda um caminho aberto e em progresso. Muito tem sido alcançado no plano de criação de um catálogo de direitos europeu, mas ainda há conquistas importantes a alcançar no acesso à sua garantia através dos mecanismos processuais da União Europeia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia deu, desde a primeira hora, um forte contributo para a criação de um espaço constitucional europeu de protecção dos direitos fundamentais. Depois, um importante passo foi dado com a adopção da CDFUE, primeiro de modo não vinculativo e com o Tratado de Lisboa passando a ter o mesmo valor jurídico que os tratados. Esse texto fez mais do que ser mais uma catalogação abstracta de direitos a nível internacional, dando-lhes significado e tornando-os imperativos no âmbito do direito da União Europeia. Assim, o percurso começou em 1969 e, 40 anos, depois obteve forte impulso.

Não deixa de ser curioso que os avanços impulsionados pelo Tratado de Lisboa, no sentido do consenso na adesão da União Europeia à CEDH, surjam precisamente quando mais progressos se atingiram no seio da União Europeia em matéria de protecção dos direitos fundamentais. Há, assim, três níveis de protecção na Europa: nacional, no tribunal de Estrasburgo e no tribunal de Luxemburgo.

Referências

- ANTUNES, Luís Miguel Pais. **Direito da Concorrência – os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 1995. ISBN 972-40-0871-1.
- ALVES, Dora Resende e SILVA, Maria Manuela Magalhães. **Noções de Direito Constitucional e Ciência Política**. Reimpressão da 2.^a edição. Lisboa: Letras e Conceitos, 2010. ISBN 978-989-51-8305-03-9.
- ALVIM, Mariana de Sousa. “O direito a uma tutela judicial efetiva dos particulares no direito da União Europeia. Em particular, no direito da concorrência da União Europeia” in **Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos**. Coimbra Editora, 2013, p. 703 a 735. ISBN 978-972-32-2116-9.
- ARESTIS, George. **Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective**. Research Paper 02/2013. College of Europe. Acedido em 04.07.2014 em <https://www.coleurope.eu/website/study/european-legal-studies/research-activities>.
- BASTOS, Fernando Loureiro. “A União Europeia após o Tratado de Lisboa. Uma reflexão sobre a fase actual da integração europeia e algumas das brechas intergovernamentais que podem ser detectadas na sua construção” in **O Tratado de Lisboa**. Cadernos O Direito. N.º 5. Almedina, 2010. p. 65 a 87.
- BARATTA, Roberto. “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s prior

involvement mechanism” in **Common Market Law Review**. Netherlands: Kluwer Academic Publishers. Vol. 50, Nº 5 (October), 2013, p. 1305-1332. ISSN 0165-0750.

BOTELHO, Catarina Santos. “A recepção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na ordem jurídico-constitucional portuguesa: uma dinâmica *pro unione* ou *pro constitutione*” in **Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos**. Coimbra Editora, 2013, p. 289 a 333. ISBN 978-972-32-2116-9.

CAMPOS, João Mota de (coordenação). **Organizações Internacionais**. Coimbra: Wolters Kluwer | Coimbra Editora. 4.ª ed., 2010. ISBN 978-972-32-1903-6.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. “O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia” in **50 Anos do Tratado de Roma**. Quid Juris Editora: Lisboa, 2007. ISBN 978-972-724-358-7, p. 325 a 76.

COMISSÃO EUROPEIA. **Relatório Geral sobre a actividade da União Europeia 2013**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia, 2014. ISBN 978-92-79-34393-3.

CORDEIRO, António Menezes. “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção” in **Revista O Direito**. Ano 136.º, I. Almedina: 2004. ISBN 972-40-2406-7, p. 43 a 76.

CORTÉS MARTÍN, José Manuel. “Adhesión al cedh y autonomía del derecho de la Unión: legitimación pasiva de la unión y sus miembros y compatibilidad material” in **Revista General de Derecho Europeo**. 22. Iustel, 2010. p. 1-53.

DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa” in **Cadernos O Direito, n.º 5 - O Tratado de Lisboa**. Almedina, 2010. p. 169 a 189.

_____ “União Europeia, estatuto de cidadania e direitos de participação política” in **Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos**. Coimbra Editora, 2013, p. 669 a 701. ISBN 978-972-32-2116-9.

_____ “O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais – dualidade e convergência” in **Revista de estudos europeus**. Ano I, n.º 1. Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-2265-0. p. 31 a 42.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Editorial Notícias, 1995. ISBN 972-46-0701-1.

_____ e COUTINHO, Francisco Pereira. **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**. Quid Juris Editora, 2013. ISBN 978-972-724-642-7.

JACQUÉ, Jean Paul. “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms” in **Common Market Law Review**. Vol 48, nº 4. Wolters Kluwer, 2011. ISSN 0165-0750. p. 995 a 1023.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Ensaio sobre o Tratado de Lisboa**. Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4587-0.

_____ **Manual de Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-5047-8.

_____ “A protecção dos direitos fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia” in **Revista de estudos europeus**. Ano I, n.º 2. Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3197-2. p. 113 a 147.

MESQUITA, Amílcar. “Justiça e história no pensamento europeu” in **Direitos de Personalidade e sua tutela**. Volume I, com coordenação de Manuela Costa Andrade, da colecção “Estudos

- seleccionados do Instituto Jurídico Portucalense”. Rei dos Livros e Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2013. ISBN 978-989-8305-51-0. p. 9 a 117.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. **A União Europeia após o Tratado de Lisboa**. Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4322-7.
- MIRANDA, Jorge. “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil” in **Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos**. Coimbra Editora, 2013, p. 503 a 520. ISBN 978-972-32-2116-9.
- NICOLAOU, George. **The Strasbourg View on the Charter of Fundamental Rights**. Research Paper 03/2013. College of Europe. Acedido em 04.07.2014 em <https://www.coleurope.eu/website/study/european-legal-studies/research-activities>.
- PACHECO, Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro. “O sistema de protecção dos direitos fundamentais na União Europeia – entre a autonomia e o compromisso” in **Julgar**. N.º 14, Maio-Agosto. Coimbra Editora, 2011. ISSN 1646-6853. p. 11 a 28.
- _____ “A protecção dos particulares no sistema português de direitos fundamentais e no sistema da União Europeia” in **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 3, 2005. ISSN 1646-1029. p. 99 a 152.
- PAIS, Sofia Oliveira. **Direito da União Europeia - legislação e jurisprudência fundamentais**. Quid Juris, 2012. ISBN 978-972-724-562-8.
- PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de Direito da União Europeia**. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4779-9.
- PARLAMENTO EUROPEU. **50 Anos de Europa – os grandes textos da construção europeia**. 2ª ed. Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, 2001. ISBN 972-97048-3-X.
- PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação). **Tratado de Lisboa - anotado e comentado**. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4613-6.
- QUEIROZ, Cristina. **Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais – uma via constitucional para a Europa?** Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2129-9.
- PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação). **Tratado de Lisboa - anotado e comentado**. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4613-6.
- RITLENG, Dominique. “De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union. Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson e *Melloni*” in **Revue trimestrielle de droit européen**. N° 2, avril-juin, 2013. ISSN 0035-4317. p. 267 a 292.
- ROCHA, Armando L. S. “The elephant in the room”: a liberdade de expressão no Tribunal Geral” in **Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos**. Coimbra Editora, 2013, p. 219 a 258. ISBN 978-972-32-2116-9.
- _____ “A nova Europa” in *Jornal Público* de 1 de Outubro de 2013, p. 54.
- RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. “A nova estrutura do Tratado de Lisboa e a política de concorrência na União Europeia” in **Temas de Integração**. N° 26, 2.º semestre, 2008. ISBN 978-972-40-3792-9. p. 189 a 227.
- SANTOS, Paula Marques dos e SILVA, Mónica. “A identidade europeia: a cidadania supranacional” in **Janus.net – E-Journal of International relations**. Vol. 2, n.º 1, Março, 2011. Em <http://observare.ual.pt/janus.net/>, consulta em 03.06.2013.
- SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia – doutrina e jurisprudência**. Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-430-0.

_____ “Interconstitucionalidade na União Europeia” in **Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado**. Tomo LX, n.º 326, 2011. ISSN 0870-8185. p. 211 a 223.

_____ **A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia** no Seminário Internacional de Estudos Íbero-Americanos em Direito Constitucional - “A evolução dos direitos fundamentais e sua eficácia constitucional”, dia 11 de Julho de 2013 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Auditório 201, Painele II – Os direitos fundamentais em Portugal, Espanha e União Europeia.

_____ e CANOTILHO, Mariana (coordenação). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada**. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.

_____, FROUFE, Pedro Madeira e CANOTILHO, Mariana. **Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions**. FIDE, 2012.

TAVARES, Raquel. **Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?** Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012. ISBN 978-972-27-2063-2.

VILAÇA, José Luís da Cruz, *EU Law and Integration*. **Twenty years of judicial application of EU law**. Hart Publishing, 2014. ISBN 978-1-84946-508-3.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA

Decisão 2015/260/PESC DO CONSELHO de 17 de fevereiro de 2015 que prorroga o mandato do Representante Especial da União Europeia para os Direitos Humanos *Stavros Lambrinidis* até 28 de Fevereiro de 2017, JOUE L 43 de 18.02.2015, p. 29 a 32.

Decisão 2014/385/PESC do Conselho de 23 de junho de 2014 que prorroga o mandato do Representante Especial da União Europeia para os Direitos Humanos *Stavros Lambrinidis* até 28 de Fevereiro de 2015, JOUE L 183 de 24.06.2014, p. 66 a 69.

Regulamento (UE) N.º 234/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 2014 que cria um Instrumento de Parceria para a cooperação com países terceiros, JOUE L 77 de 15.03.2014, p. 77 a 84.

Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2013, Åklagaren / Hans Åkerberg Fransson, Proc. C-617/10, por pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Haparanda Tingsrätt (Suécia).

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 332 E/24, de 13 de junho de 2012, sobre o Representante Especial da UE para os Direitos Humanos, JOUE C 332 E de 15.11.2013, p. 114 a 117.

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 258 E/02, de 18 de abril de 2012, sobre o relatório anual sobre os direitos humanos no mundo e a política da União Europeia neste domínio, incluindo as implicações para a política estratégica da UE em matéria de direitos humanos, JOUE C 261 E de 07.09.2013, p. 8 a 36.

Decisão 2013/352/PESC do Conselho de 2 de Julho de 2013 que altera a Decisão 2012/440/PESC de 25 de julho de 2012 (JOUE L 200 de 27.07.2012, p. 21) que nomeia o Representante Especial da União Europeia para os Direitos Humanos, que se mantém *Stavros Lambrinidis*, JOUE L 185 de 04.07.2013, p. 8.

Resolução do Parlamento Europeu 2012/C 169 E/07, de 15 de Dezembro de 2010, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2009) – aplicação efectiva após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, JOUE C 169 E de 15.06.2012, p. 49 a 58.

Comunicação da Comissão com a Estratégia para a aplicação efectiva da Carta dos Direitos Fundamentais pela União Europeia COM(2010) 573 final. Bruxelas, 19.10.2010.

Resolução do Parlamento Europeu de 25.11.2009 sobre a Comunicação da Comissão – Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos – Programa de Estocolmo. Programa de Estocolmo 2010/C 115/01 do Conselho Europeu — Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos, JOUE C 115 de 04.05.2010, p. 1 a 38.

Relatório sobre o funcionamento da metodologia para um controlo sistemático e rigoroso do respeito pela Carta dos Direitos Fundamentais – COM(2009) 205 de 29.04.2009.

Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 212 E/08 de 7 de Maio de 2009 sobre as novas competências e responsabilidades do Parlamento na aplicação do Tratado de Lisboa, JOUE C 212 E de 05.08.2010, p. 37 a 46.

Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 46 E/08 de 14 de Janeiro de 2009 sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008), JOUE C 46 E de 24.02.2010, p. 48 a 69.

Decisão do Conselho 2008/578/CE de 28 de Fevereiro de 2008 relativa à celebração de um Acordo entre a Comunidade Europeia e o Conselho da Europa de cooperação entre a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Conselho da Europa, JOUE L 186 de 15.07.2008, p. 6. O texto do Acordo acompanha a Decisão no Jornal Oficial da União Europeia, JOUE L 183 de 11.07.2008, p. 31 e 32.

Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 1149/2007/CE de 25 de Setembro de 2007 que cria, para o período de 2007 a 2013, o programa específico “Justiça Civil” no âmbito do Programa Geral “Direitos Fundamentais da União Europeia e Justiça”, JOUE L 257 de 03.10.2007, p. 16 a 22.

Regulamento (CE) n.º 168/2007 do Conselho de 15 de Fevereiro que cria a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, JOUE L 53 de 22.02.2007, p. 1 a 14.

Comunicação da Comissão «O respeito da Carta dos Direitos Fundamentais nas propostas legislativas da Comissão – Metodologia para um controlo sistemático e rigoroso» - COM (2005) 172 final de 27.04.2005.

Resolução do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002, sobre o impacto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o seu futuro estatuto, JOUE C 300 E de 11.12.2003, p. 432 a 437.

Regulamento (CE) n.º 1035/97 que estabelece o Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia, JOCE L 151 de 10.6.1997, p. 1, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1652/2003, no JOUE L 245 de 29.09.2003, p. 33. Regulamento revogado com efeitos a partir de 1 de Março de 2007.

PLURALISMO JURÍDICO, LUCHA SOCIAL Y CIUDADANÍA

*Alejandro Rosillo Martínez*³⁶
*Guillermo Luévano Bustamante*³⁷

Introducción

El tema del “pluralismo jurídico” es amplio y se puede analizar desde perspectivas históricas, jurídicas, sociológicas, antropológicas, etc. Además, ha sido abordado tanto desde la perspectiva de los países centrales como de la de los periféricos. Nuestro interés es ubicarlo como una praxis que se ha desarrollado en América Latina, y que desde cierta perspectiva la Filosofía de la Liberación (FL) le significa un momento filosófico y crítico para que pueda realmente responder a la liberación de los pueblos y al empoderamiento de la ciudadanía. Para esto, seguiremos principalmente el pensamiento de Antonio Carlos Wolkmer, complementándolo con la obra de otros autores que han visto en el pluralismo jurídico una dimensión de la praxis de liberación latinoamericana.

El carácter liberador del pluralismo jurídico parte del hecho de diagnosticar y responder a una crisis en el paradigma moderno de derecho. Una crisis de paradigmas se identifica a partir del momento en que el paradigma dominante ya no logra explicar los fenómenos que debería esclarecer. En cuanto a lo jurídico, la crisis del paradigma moderno se ha dado cuando sus categorías no son suficientes para explicar la dinámica social relacionada con la juridicidad, y en la práctica muestra ineficacia para cumplir con los cometidos que se propone. En otras palabras, y desde la FL, para América Latina la crisis del derecho moderno se da porque como sistema ha generado diversas comunidades de víctimas que muestran su ineficacia y desmienten sus promesas de igualdad y libertad. Es necesario analizar el grado de eficacia o ineficacia del actual modelo normativo de control y reglamentación social en América Latina.

Crisis del paradigma moderno del derecho

El paradigma moderno del derecho tiene como una de sus notas históricas fundamentales, el hecho de que entre los siglos XVII y XVIII europeos, el liberalismo surgió como una nueva visión del mundo contenida de valores, creencias e intereses de la clase burguesa en su lucha histórica contra el dominio del feudalismo aristocrático. Y aunque en un inicio este liberalismo cobró un matiz revolucionario, sin embargo, más tarde, “cuando el capitalismo comienza a pasar a la fase industrial, la burguesía (la elite burguesa), asumiendo el poder político y consolidando su control económico, comienza a ‘aplicar en la práctica sólo los aspectos de la teoría liberal’ que más le interesan, negando la distribución social de la riqueza y excluyendo al pueblo del acceso del gobierno” (WOLKMER, 2006a: 50). En esta lógica, el liberalismo es ambiguo en casi todos sus aspectos, pues por un lado predica la libertad, pero por otro limita la acción de quienes no tienen dinero. En efecto, si es revolucionario ante el antiguo régimen, es bastante conservador en relación con las reivindicaciones populares.

36 Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Inicio (UASLP). Correo-e: alejandro.rosillo@gmail.com

37 Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Inicio (UASLP). Correo-e: guillermo.luevano@gmail.com

Dichos principios de la sociedad moderna europea dentro del contexto capitalista, tienen a su vez una estructura político-institucional que reproduce y asegura los intereses específicos de esa nueva clase social dominante, la burguesa. Esta estructura es la moderna organización estatal de poder, revestida por el monopolio de la fuerza soberana, de la centralización, de la secularización y de la burocracia administrativa. Se trata de un paradigma monista, es decir, que sólo reconoce la existencia de un solo sistema jurídico en un territorio y en un tiempo determinado. El estado es quien tiene el monopolio de la producción jurídica y el ejercicio de la violencia legítima. Esta característica es expresión de la “simetría liberal moderna”, es decir, que todo el estado es de derecho y todo el derecho es del estado, lo que según Boaventura de Sousa Santos es una de las grandes innovaciones de la modernidad occidental pero también una cuestión muy problemática “no solamente porque desconoce toda la diversidad de derecho no estatales existentes en las sociedades, sino también porque afirma la autonomía del derecho con relación a lo político en el mismo proceso en que hace depender su validez del Estado” (SANTOS, 2010: 106).

Al iniciar el siglo XXI, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y encajonado en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que afecta a sus propios fundamentos, a su objetivo y a sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar, desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burguesa capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado no en un idealismo formalistas ni en una rigidez técnica legalista, sino en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales.

Por otro lado, José Carlos Moreira da Silva Filho considera que el paradigma dominante jurídico es el dogmático, el que tuvo una compleja génesis. Considera que se compone a partir de la convergencia de procesos básicos que se encuentran en la base de la Modernidad hegemónica, a través de una matriz epistemológica y una matriz política. En primero lugar, si bien la dogmática jurídica llega a una expresión acabada en el siglo XIX, subsume tres herencias básicas (MOREIRA, 2007: 51-53):

La jurisprudencial, que proviene del Derecho Romano, referida a la técnica de la *prudentia*, que busca pensar los problemas como conflictos que deben ser resueltos por una autoridad.

La exegetica, que se origina de la tradición de los glosadores de la Edad Media europea, donde esta tarea era hecha sobre los textos jurídicos romanos, revistiéndoles de un carácter dogmático, sagrado y trascendente.

La sistemática, generada por el iusnaturalismo racionalista moderno, que rompe con los procedimientos de glosadores y con el saber prudencial, y pasa a centrarse en el uso de la razón cuyos principios tenían que ser investigados para su aplicación.

En el siglo XIX, la dogmática jurídica se constituye como el paradigma jurídico; en general, significa la sistematización del derecho a través de un proceso de conceptualización e integración de las normas jurídicas. Con el avance de la construcción jurídica se desplaza el problema del contenido del derecho a la discusión sobre las formas en que se realiza, influido por el conocimiento científico moderno. Este cientificismo tiene su mayor expresión en el positivismo jurídico, que es el momento donde el paradigma dogmático alcanza su maduración.

Por otro lado, la matriz política de este paradigma es el liberalismo que otorga especial

énfasis al individualismo como fundamento del orden político-jurídico. Las relaciones sociales son vistas en su aspecto consensual como fruto de un contrato social realizado entre individuos libres e iguales. El conflicto se considera, entonces, como una anomalía que amenaza la armonía social prevista en el contrato, percibiéndose sólo en su dimensión individual, desvinculándose de las relaciones de clase o de grupos sociales. Esto lleva a que, según Moreira, el positivismo y el liberalismo tengan algo en común, que los hace matrices del discurso jurídico dominante: “[E]s la percepción del poder como algo exclusivamente exteriorizado y concentrado en la ley, confiando de manera mitológica en su racionalidad e imparcialidad” (MOREIRA, 2007: 58-59). Entonces, por supuesto, se concentra la generación del derecho por un solo ente, el estado, quien tiene a su cargo la administración de los conflictos. De ahí que el liberalismo y el positivismo como matrices del paradigma jurídico dominante estén estrechamente ligados al monismo jurídico.

Ahora bien, los modelos culturales y normativos que justificaron los espacios vitales, la organización social y los criterios científicos de la Modernidad, se han vuelto insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar nuevas normas de referencia y legitimidad. Las características de la normatividad moderna (abstracción, igualdad formal, etc.) han servido a las burguesías para imponer sus intereses y satisfacer sus derechos. Lo contrario sucede con otros grupos sociales y la implementación de “nuevos” derechos no contemplados por la legislación y los códigos positivos o que aunque reconocidos no tienen efectividad práctica, y la mayoría de las veces sólo son logrados o asegurados a través de un proceso de luchas comunitarias y de conflictos colectivos. De ahí que Wolkmer afirme que “se genera un proceso natural en el que la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos” (WOLKMER, 2006a: 93).

Por su parte, Jesús Antonio de la Torre Rangel también realiza una crítica a la función del paradigma del derecho moderno en América Latina, y a su carácter monista. Este paradigma penetró en el subcontinente en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, cuyo desarrollo urbano e industrial era casi nulo. De ahí que este paradigma repercutirá directamente sobre la tenencia de la tierra (DE LA TORRE, 2006: 87). Las leyes que regularon la propiedad asumieron las características de igualdad, generalidad y abstracción del derecho moderno, lo que trabajó la privatización de la propiedad agraria y el despojo tanto de las comunidades indígenas como de los pequeños propietarios pobres. El derecho de los pueblos indígenas no era tal, pues no pertenecía al nuevo estado-nación. Cuestión parecida sucedía con los campesinos pobres que sin título jurídico no podían defenderse, y eran despojados de sus tierras; sólo las grandes haciendas podían hacerse respetar por las compañías deslindadoras.

Uno de los ámbitos donde en América Latina se ha mostrado con mayor claridad la crisis del paradigma moderno de derecho es en su relación con los pueblos indígenas. La emergencia de las jurisdicciones indígenas, sus normatividades y sus sistemas de cargos, que se encontraban invisibilizadas y hasta eran (son) combatidas por el estado moderno, es parte de la lucha que ha emprendido esta subjetividad emergente.

A partir de las incoherencias entre el sistema jurídico y su aplicabilidad real, Wolkmer afirma que la estructura normativa del moderno derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la conflictividad de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina. Estas sociedades pasan por distintas especies de reproducción del capital, llenas de acen-

tuadas contradicciones sociales y de flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia. En otra de sus obras, Wolkmer complementa esta observación con el análisis del sociólogo jurídico José Eduardo Faria, señalando que los nuevos paradigmas están directamente vinculados a la

creciente complejidad de los conflictos, a la heterogeneidad socioeconómica, a la concentración y centralización del capital, a la expansión del intervencionismo estatal, a la hipertrofia del Ejecutivo, etc. En la medida en que la sociedad es vista como un sistema necesariamente en constante conflicto, tenso y en permanente transformación, cualquier análisis pasa a ser considerado válido siempre y cuando sea capaz de identificar los factores de cambio responsables de la continua inadecuación de los modelos culturales tradicionales –entre ellos, el derecho (WOLKMER, 2006b: 25-26).

Esta crisis se percibe, en relación con nuestro tema, de manera más aguda en los países periféricos, pues la inadecuación entre derecho y realidad es evidente y se remonta al propio periodo colonial. De ahí que se proponga un nuevo Derecho, que parta de una noción de pluralismo jurídico, capaz de reconocer y dar legitimidad a normas extra e infraestatales. En este contexto, es importante señalar que, como ampliaremos más adelante, el pluralismo jurídico es diverso, y para ser emancipador debe superar las matrices colonialistas y capitalistas del paradigma moderno; de lo contrario, puede constituir un proyecto conservador. Así, por ejemplo, Santos refiere cómo los países colonialistas utilizaron el pluralismo jurídico como estrategia de colonización, y referido a final de cuentas al derecho del estado moderno respondió más a la regulación y opresión de las poblaciones originales que a su liberación (SANTOS, 2009: 67-70).

La construcción de este referencial diferente de reglamentación implica dar prioridad a las aspiraciones más inmediatas de la sociedad civil, representada en los Nuevos Movimientos Sociales, envolviendo la articulación de un proyecto cultural desmistificador y emancipatorio. A partir de dicha crisis, Wolkmer afirma la propuesta configurada por un tipo específico de pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa y democrática, síntesis de todos los intereses cotidianos, individuales y colectivos (WOLKMER, 2006: 81).

Hasta el momento se ha mostrado el punto de partida: en países de capitalismo periférico, como son los latinoamericanos, el paradigma moderno de derecho y estado ha servido para los intereses de las clases burguesas, y no logra resolver los conflictos colectivos ni satisfacer las demandas de nuevos derechos o garantizar los derechos ya reconocidos a las clases populares, los cuales en muchas ocasiones tienen que hacerse valer a través de acciones comunitarias y construyendo movimientos sociales. Ante esta situación, se apuesta por una pluralidad en lo jurídico. Sin embargo, debemos ser conscientes de los diversos tipos y concepciones de pluralismo.

Caracterización del pluralismo jurídico

El pluralismo se ha hecho presente en diversos momentos de la historia occidental, tanto en los mundos medieval, moderno y contemporáneo. Por eso, se da una compleja variedad de interpretaciones en función de la realidad que se analice y del campo de acción al cual se aplica. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tipo filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con distintos orígenes y características particulares. No existe una uniformidad de principios sobre el pluralismo jurídico, pues se da una variedad de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espíritu-

alistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas, etc.

En razón de su significado contemporáneo, Wolkmer busca presentar una noción clara de qué es el pluralismo, sus causas determinantes, tipología y objeciones. Para comenzar designa al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales. Partiendo de este concepto, se resaltan algunas de las causas determinantes para la aparición del pluralismo jurídico (WOLKMER, 2006a: 181-90).

La pluralidad normativa y cultural es uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, y es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas que no pueden soslayarse, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de macrovariables históricas solo susceptibles de investigación profunda si son acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.

Avanzando en esta temática, señala Wolkmer, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad *no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad*. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el estado.

Wolkmer advierte del posible uso ideológico de las prácticas normativas populares; es decir, en cierta forma, invita a que se asuma el pluralismo jurídico como una realidad histórica y, por tanto, dinámica, y que es necesario realizar la historización de su uso como principio de desideologización (WOLKMER, 2002: 202). De manera semejante, Santos advierte sobre esta equivocidad del pluralismo jurídico:

El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita, pero siempre ha de estar sometido a una especie de prueba de fuego para decidir qué tipos de pluralismo jurídico son propicios a la legalidad cosmopolita y cuáles no. El examen consiste en evaluar si el pluralismo jurídico contribuye a reducir la desigualdad de las relaciones de poder, y por ello a reducir la exclusión social o a mejorar la calidad de la inclusión social, o si, por el contrario, fortalece los intercambios desiguales y reproduce la exclusión social. En el primer caso las legalidades no hegemónicas desde abajo forman parte de la pluralidad jurídica cosmopolita (SANTOS, 2009: 577-578).

En síntesis, la introducción del pluralismo jurídico implica, en la realidad de América Latina, no sólo admitir que el tema involucra complejidad, ambigüedad y límites, como sobre todo, que el mismo puede ejercer una función ideológica instrumental “conservadora” o “emancipadora”.

Pluralismo jurídico como proyecto conservador

El proyecto de derecho propuesto por Wolkmer para el tercer milenio no es el del pluralismo corporativista medieval ni tampoco el del pluralismo burgués liberal de minorías exclusivistas, discriminadoras y desagregadoras. Tal pluralismo de tradición burguesa, que fue

defendido en la primera mitad del siglo XX, viene siendo reintroducido como la principal estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial, involucrando descentralización administrativa, integración de mercados, globalización y acumulación flexible de capital, formación de bloques económicos, políticas de privatización, dirección informal de servicios, regulación social reflexiva y supranacional, etc. (FARIA, 2010; HERNÁNDEZ, 2014). De ahí que el pluralismo jurídico tradicional –ahora expresado en el pluralismo jurídico de la globalización hegemónica– sea rechazado desde la perspectiva de la FL, al no responder a la construcción de un derecho desde la perspectiva de las víctimas.

El debate sobre el pluralismo jurídico se muestra oportuno, particularmente cuando se piensa en la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa, adaptada a las contingencias de sociedades marginalizadas como las de América Latina, que conviven con el neocolonialismo, la dependencia y el autoritarismo. En efecto, es prioritario distinguir al pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra práctica de pluralismo que está siendo presentada como una nueva salida para los intentos de “neocolonialismo” o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado. Este tipo conservador de pluralismo, vinculado a los proyectos de “posmodernidad” (posmodernidad celebratoria, en término de Boaventura de Sousa Santos), es, para Wolkmer, otro engaño para lograr la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria.

El pluralismo de corte conservador se contrapone radicalmente al pluralismo progresista y democrático. La diferencia entre el primero y el segundo radica fundamentalmente en el hecho de que el pluralismo conservador imposibilita la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, mientras que el pluralismo progresista, como estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base.

Del mismo modo se puede diferenciar el antiguo pluralismo (de matriz liberal), de aquél que es afín con las nuevas exigencias históricas. Mientras que el pluralismo liberal era atomístico, consagrando una estructura privada de individuos aislados, movilizadas para alcanzar sus intereses económicos exclusivos, el nuevo pluralismo se caracteriza por ser integrador, que une a los individuos, sujetos y grupos organizados alrededor de necesidades comunes. (WOLKMER, 1993: 241-242).

Se trata de la creación de un pluralismo de “sujetos colectivos”, fundado en un nuevo desafío: construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre “predominio de la voluntad general (...) sin negar el pluralismo de los intereses particulares”. Además, la hegemonía del “pluralismo de sujetos colectivos”, sedimentada en las bases de un ancho proceso de democratización, descentralización y participación, debe también rescatar alguno de los principios de la cultura política occidental, tales como el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia, a la autonomía y a la tolerancia.

Por tanto, un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico, que parte de una propuesta de consolidación democrática coherente para América Latina, sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras sociales y sus respectivos actores se encuentran en permanente cambio de influencias y continua reacomodación, hacien-

do posible la reconstrucción crítica de la esfera jurídica hacia una reordenación de tipo político.

Pluralismo jurídico como proyecto emancipador

La propuesta del pluralismo como un proyecto de “legalidad alternativa” se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo, identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desreglamentación social, y por otro lado, la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades.

Este tipo de pluralismo jurídico es un proyecto que busca hacer realidad los derechos humanos desde la perspectiva que hemos defendido en otros espacios (ROSILLO, 2013). Es decir, se trata de una “legalidad alternativa” construida por el sujeto vivo, práxico e intersubjetivo que es, a su vez, el fundamento de derechos humanos. La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios del capitalismo periférico latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual debemos observar:

Fundamentos de “efectividad material”: Se refieren al surgimiento de nuevos sujetos colectivos, y a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales.

Fundamentos de “efectividad formal”: Son el reordenamiento del espacio público mediante una política democrático-comunitaria descentralizadora y participativa, el desarrollo de una ética concreta de la alteridad, y la construcción de procesos para una racionalidad emancipatoria (WOLKMER, 2006a: 204-246).

Es en estos fundamentos donde se hace uso de la FL para integrar su propuesta de pluralismo jurídico como proyecto emancipador.

Nuevas subjetividades: nuevos movimientos sociales

En primer lugar, como fundamento de efectividad material, Wolkmer señala la cuestión de los *nuevos sujetos sociales* que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo “*a priori*”, se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. Este enfoque de pluralismo jurídico se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social.

La situación de lo “nuevo”, en cuanto portador del futuro, no está referida a una totalidad universalista constituida por sujetos soberanos, centralizados y creados *a priori*, sino en el espacio de subjetividades cotidianas compuestas por una pluralidad de sujetos diferentes y heterogéneos. En efecto, tanto el “nuevo” como el “colectivo” no deben ser pensados en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio de clase, etnia, sexo, edad, religión o necesidad, “sino en función de la postura que permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores pasaran a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia” (WOLKMER, 2006a: 208). Se trata del sujeto vivo, intersubjetivo y práxico que se muestra como comunidad de víctimas. Al caracterizar la noción de sujeto como entidad que implica lo “nuevo” como oposición a lo “establecido” y lo “oficial”, y lo “colectivo” frente a lo “abstracto” e “individual”, se privilegia en una pluralidad de sujetos a los movimientos sociales recientes. Los movimientos sociales son en la actualidad, los sujetos de una nueva ciudadanía, revelándose como auténticas fuentes de una nueva legitimidad.

El sistema de necesidades

El sujeto vivo como fundamento de derechos humanos tiene estrecha relación con la satisfacción de necesidades para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. (ROSILLO, 2013: 125-150). En cuanto al pluralismo jurídico, Wolkmer señala que con la aparición de los nuevos sujetos colectivos de legalidad, concretizados en los movimientos sociales, se justifica la existencia de todo un complejo “sistema de necesidades”. Este “sistema de necesidades” es calificado como la *segunda suposición o fundamento* en la elaboración del nuevo pluralismo de tenor comunitario participativo.

En su sentido genérico, las necesidades involucran exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las “necesidades humanas”, que varían de una sociedad para otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la libertad, la vida, la justicia etc. Las condiciones económicas generadas por el capitalismo, impiden la satisfacción de las necesidades, generando un sistema de falsas necesidades, necesidades que no pueden ser completamente satisfechas. Señala nuestro autor que “[a]unque la dinámica de las necesidades esté vinculada a la formación de identidades individuales y colectivas en cualquier tipo de sociedad, fue con la modernidad burguesa capitalista e industrial que adquirió especificidades no comunes e ilimitadas” (WOLKMER, 2006a: 213).

No obstante, el desarrollo coyuntural y estructural del capitalismo dependiente latinoamericano favorece la interpretación de las “necesidades” como producto de las carencias primarias, de luchas y conflictos engendrados por la división social del trabajo y por exigencias de bienes y servicios vinculados a la vida productiva.

Las condiciones de vida experimentadas por los diversos segmentos populares latinoamericanos, básicamente, aquellas condiciones negadoras de la satisfacción de las necesidades identificadas con la sobrevivencia y subsistencia, acaban produciendo reivindicaciones que exigen y afirman derechos. No hay duda de que la situación de privación, carencia y exclusión, constituyen la razón motivadora de la aparición de derechos por las necesidades. Es decir, los derechos objetivados por los agentes de una nueva ciudadanía colectiva expresan la intermediación entre necesidad, conflictos y demandas.

Reordenamiento del espacio público

El *tercer supuesto* para articular un pluralismo comunitario consiste en viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija, y al mismo tiempo reproduzca, un *espacio comunitario descentralizado y participativo*. Tal propósito no parece ser muy fácil en estructuras sociales con alto grado de inestabilidad socio política, como las latinoamericanas, ya que están contaminadas hasta las raíces por una tradición centralizadora, dependiente y autoritaria.

Debe tomarse en cuenta, además, que las estructuras sociales periféricas están contaminadas hasta las raíces por una tradición político-cultural centralizadora, dependiente y autoritaria. La composición territorial y política se formó en dependencia de un proceso de imposición de la producción del capital internacional y de intereses exclusivistas de una elite burocrática-oligárquica, poseedora de la hegemonía política, económica y cultural.

Al profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina le parece claro que la ruptura con este tipo de estructura societaria, demanda profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores de modo de vida cotidiana. Más allá de la subversión a nivel de pensamiento, discurso y comportamiento, importa, del mismo modo, reordenar el espacio público individual y colectivo, rescatando formas de acción humanas que pasan por las cuestiones de la “comunidad”, “políticas democráticas de bases”, “participación y control popular”, “gestión descentralizada”, “poder local o municipal” y “sistemas de consejos”. Para esto es importante recuperar el concepto de “comunidad”

Wolkmer se aleja de nociones liberales-capitalistas de “comunidad”, basadas más en la idea del contractualismo, las cuales le dan un carácter estático a esa noción. Por eso, la forma de pensar la comunidad, en este tipo de concepción pluralista, significa comprenderla como un espacio público constituido en parte por la legitimación de nuevas fuerzas sociales que, en permanente ejercicio de su alteridad, son conscientes de sus necesidades fundamentales y se habilitan como instancias productoras de prácticas jurídicas autónomas. En este sentido, “la comunidad a través de los movimientos sociales y de los múltiples cuerpos intermedios está llamada a co-dirigir su destino” (WOLKMER, 2006a: 220).

Lo importante en el nuevo orden político del espacio público, con el respectivo proceso de consolidación de la *democracia participativa de base*, es el descubrimiento de una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos y de las diferencias, propiciando otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos. Pues, en la medida en que la democracia formal y el sistema convencional de representación, es decir, los partidos políticos, se vuelven obsoletos y no logran canalizar las demandas sociales, se dan las condiciones de participación para las nuevas identidades colectivas insurgentes

En síntesis, el pluralismo jurídico emancipador requiere de un nuevo espacio público, que supere la democracia burgués formal y la regulación estatal de la “ciudadanía”, para potencializar las ventajas de las prácticas democráticas de intervención continua, que reflejen los intereses y los conflictos cotidianos de las diversas fuerzas sociales a cada momento. Es decir, la democracia participativa de base no se consolida por el número de votos, sino por la capacidad de determinados sectores sociales para organizarse en la expresión de sus necesidades a través de su intervención en la opinión pública.

Ética concreta de la alteridad

Una *cuarta condición o fundamento* para la composición de la legalidad alternativa es la construcción de una ética de la solidaridad o de la alteridad. La cuestión de la alteridad, recordémoslo, la hemos abordado tanto en el capítulo primero de esta tesis al hablar de la praxis de los primeros defensores de los pueblos indígenas como al hablar del fundamento de derechos humanos al inicio del presente capítulo. El agotamiento de la cultura burgués capitalista de cuño individualista nos lleva a la crisis ética de la modernidad. Se vive en la actualidad, las consecuencias de una ética basada en el individualismo, en el poder, en la competencia, en la eficiencia, en la producción, en el relativismo, etc.

La ética concreta de la alteridad no se prende de ingenierías “ontológicas” y de juicios universales *a priori*, colocados para ser aplicados en situaciones concretas, sino que asume y construye concepciones valorativas que emergen de las propias luchas, conflictos e intereses

de nuevos sujetos insurgentes en permanente afirmación. Wolkmer señala que así, esta ética “posee un cuño liberador, pues, por estar inserta en las prácticas sociales y de ellas ser producto, puede perfectamente materializarse como el instrumento pedagógico que mejor se adapta a los intentos de conscientización y transformación de las naciones dependientes del capitalismo periférico, así como de las luchas de liberación y emancipación nacional de los pueblos oprimidos” (WOLKMER, 2006a: 223).

La ética de la alteridad comparte ciertos valores racionales y universales, como la vida, la libertad y el bien común, pero por ser parte de una pluralidad de formas de vida, traduce la singularidad de ciertas metas específicas, representadas por la justicia, la solidaridad, la emancipación y por la satisfacción de las necesidades humanas. Esta ética da prioridad a las prácticas culturales de una determinada condición histórica particular, material y no formal.

Se trata de una ética de solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, alienados y excluidos. Por ser una ética que debe reflejar los valores de la emancipación de nuevas entidades colectivas que van afirmando y reflejando una praxis concreta, comprometida con la dignidad del otro, encuentra sus soportes teóricos no sólo en las prácticas sociales cotidianas y en las necesidades históricas reales, sino en algunos supuestos epistemológicos de la FL (DUSSEL, 1996; 1998).

A partir de las necesidades de los segmentos excluidos, esta ética se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos y explotados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del otro, es fundamental llevar el ejercicio del derecho más allá de los profesionales liberales y realizar todo un esfuerzo pedagógico para que lo jurídico sea un instrumento de los movimientos populares. Para lo cual es indispensable el aporte del pensamiento de Paulo Freire y su pedagogía del oprimido (FREIRE, 1996). Se trata de una educación como proceso de desmitificación y concientización, apta para llevar y para permitir, por medio de una dinámica de interacción entre conciencia, acción, reflexión y transformación, que las identidades individuales y colectivas asuman el papel de agentes históricos de juridicidad, haciendo y rehaciendo el mundo de la vida, y ampliando los horizontes del poder de la sociedad.

Racionalidad de carácter emancipatoria

La última condición que es necesario considerar para fundamentar un nuevo paradigma de legalidad se refiere a la elaboración de una *racionalidad de carácter emancipatoria*, engendrada a partir de la práctica social resultante de intereses, carencias y necesidades vitales. Es lo que hemos llamado como *logos* histórico con una función liberadora, y la racionalidad del sujeto vivo (ROSILLO, 2013: 42-66).

Wolkmer efectúa una revisión de la crítica a la razón instrumental realizada por la Escuela de Frankfurt, desde Adorno hasta Habermas. Reconoce sus aportaciones para superar las formas disgregantes y distorsionadas asumidas por la racionalidad iluminista, pero considera sus límites, pues “[a]unque se puede reconocer la validez de la ‘racionalidad comunicativa’ en el futuro diálogo entre las naciones ricas del Norte y los países pobres del Sur, se deben tener presente ciertas insuficiencias de su ‘discurso emancipador’ con respecto a la ‘praxis’ socio-política de estas últimas sociedades dependientes” (WOLKMER, 2006a: 244-245). Esto en función de que las categorías *a priori* pueden desconocer que toda formulación teórica que implique procesos

racionales, debe surgir de las necesidades, reivindicaciones, conflictos y luchas históricas.

Por tanto, el modelo tradicional de racionalidad técnico formal, debe ser suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta. No se trata de una “razón operacional” predeterminada y sobrepuesta a la vida, dirigida para modificar el espacio comunitario, sino de una razón que parte de la totalidad de la vida y de sus necesidades históricas. En síntesis, se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autodeterminación. Se trata de una razón libre, cuya realidad no provenga de la razón, sino cuya razón derive de la realidad. Y toda esta racionalidad se conecta con lo ya comentado respecto a la necesaria pedagogía del oprimido, y la comprensión del Derecho como instrumento de la vida cotidiana de las comunidades y no como herramienta técnico-formal de los profesionistas liberales.

Pluralismo jurídico y legalidad alternativa

La emergencia de nuevas y múltiples formas de producción del derecho está comprendida en el fenómeno “práctico histórico” del pluralismo jurídico. Se trata de la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes de los órganos o agencias del estado. La prueba de esta realidad innovadora, que no se centraliza en los lugares tradicionales del ejercicio jurídico (tribunales, administración, escuelas de derecho) sino en el seno de la propia comunidad, son los nuevos sujetos sociales. Con esto, aflora toda una nueva lógica y una “nueva” justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Wolkmer propone romper con la configuración mítica de que el derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política. En este sentido, en un espacio como el latinoamericano, donde la fluidez de significados y prácticas sociales derivados del pluralismo jurídico irrumpen como hendiduras en la fija unidad mono-racionalista de la Modernidad no es de extrañar, afirma nuestro autor, que el derecho oficial deba ser reconceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes “posiciones discursivas” interactúan en un proceso constructivo.

Diversos hechos confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes; sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, a través de aquéllas se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales.

Los nuevos modelos plurales y democráticos de justicia se dirigen a un desarrollo de ciertas prácticas nombradas como de “legalidad alternativa”. No se trata propiamente de un “uso alternativo del derecho”, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. Ciertamente que el objetivo más importante de transformación jurídica no consiste, señala Wolkmer siguiendo a Germán Palacio, en la substitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad (PALACIO, 1993: 130-131). El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas, que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico, comprende prácticas no siempre homogéneas e idénticas.

Un ejemplo de esto puede ser constatado en dos tipologías recientes.

Para Germán Palacio, la expresión genérica del Derecho alternativo se refiere a las formas del Derecho indígena, del Derecho de transición social o del Derecho insurgente. El Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas es el Derecho nativo de resistencia que subsiste pese a las ofensivas imperialistas de los países coloniales. El Derecho de transición social es aquel que surge de sociedades políticas que pasaron por un proceso revolucionario (Portugal en el tiempo de la Revolución, la Nicaragua de los Sandinistas). Por fin, el Derecho insurgente que es el generado por los oprimidos en función de sus intereses y necesidades (PALACIO, 1993: 87-125; CORREAS, 2003: 87-125).

Ciertamente que los criterios que expresan prácticas alternativas de reglamentación implican informalización, descentralización y democratización de los procedimientos, factores que se constituyen en el medio más adecuado para hacer operativas las demandas para el acceso a la justicia y operar los conflictos colectivos de espacios societarios, marcados constantemente por inestabilidad y cambios sociales.

Conclusión

Para valorar la propuesta de Wolkmer, en relación con lo que hemos señalado como la perspectiva desde la FL de derechos humanos, hay que tomar en cuenta que no se trata de una teoría del derecho dentro del marco de la racionalidad positivista, ni busca darle una categoría de “teoría pura”. Más bien consiste en una visión interdisciplinaria, relacional y compleja del fenómeno jurídico, pues sólo de esta forma puede denunciarse la insuficiencia y el agotamiento del modelo clásico occidental de legalidad positiva, y desde ahí construir un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas y luchas sociales insurgentes, de las praxis de liberación de los sujetos vivos e intersubjetivos (DE LA TORRE, 2005).

Es importante aclarar que la FL no idealiza las prácticas populares, sino que reconoce que éstas pueden engendrar también un derecho injusto –al igual que puede hacer el estado–. De ahí la importancia de una ética de la alteridad, que sea capaz de ser crítica de las prácticas de los nuevos movimientos sociales. Tampoco se trata de que el pluralismo jurídico desconozca el valor de lo formal, ni del estado de derecho o la constitucionalidad de los derechos fundamentales, sino que, tratándose de los países con capitalismo periférico, el respeto a este tipo de juridicidad requiere otros mecanismos más allá de la clásica división de poderes y una representatividad que supere la de las democracias burguesas. En este sentido, la dualidad estado – sociedad civil se comprende, en la propuesta de Wolkmer, de una forma diferente a la clásica de la Modernidad. La sociedad civil no debe ser un conjunto atomizado de ciudadanos, sino es el nuevo espacio de participación política de movimientos sociales. Es el espacio donde se construye el sujeto intersubjetivo. Es decir, el pluralismo jurídico no sólo significa una nueva legalidad sino también una nueva concepción del estado, que no conlleva a su debilitamiento sino a su fortalecimiento desde la base.

Otorgar legitimidad a las demandas de los Nuevos Movimientos Sociales permite, entre otras cosas, asumir que los derechos humanos más allá del individualismo ilustrado y de la visión eurocéntrica de la historia. Además, posibilita que la teoría del derecho sea capaz de asumir uno de los cambios más importantes que se han dado en las últimas décadas respecto a los

derechos: la llegada de nuevos interlocutores a este campo, de subjetividades emergentes. De ahí que sea importante la recuperación de los sujetos colectivos (sea el “pueblo” o los “nuevos movimientos”), pues en la era de la globalización, los derechos humanos deben comprenderse, para su efectividad, como derechos de los pobres para evitar así la inversión ideológica a favor de los dueños del gran capital (WILFRED, 2004).

Ante la pretensión de los pensamientos abstractos de encontrar respuestas *a priori*, hay que dejar en claro la apuesta epistemológica generada desde las categorías de la FL. Es una epistemología crítica que busca delinear caminos de emancipación a partir de prácticas emancipatorias. De ahí que, la pretendida neutralidad científica y política, queden a un lado. Además, al tratarse más de una *teoría procesual* que de una teoría pura, contiene una importante dimensión pedagógica. Ésta dimensión tiene la función estratégica de preparar, a nivel social y político, los horizontes de un nuevo paradigma capaz de reconocer y otorgar legitimidad a normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos sujetos sociales, y de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de profunda desigualdad.

Referencias

- CORREAS, Óscar (2003). **Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena**. México: Fontamara.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2005). **El derecho que nace del pueblo**. México: Porrúa.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2006). **El derecho como arma de liberación en América Latina**. San Luis Potosí: UASLP-CENEJUS-CEDH.
- DUSSEL, Enrique (1996). **Filosofía de la liberación**. Bogotá: Nueva América.
- DUSSEL, Enrique (1998). **Ética de la liberación**. En la edad de la globalización y de la exclusión. Madrid: Trotta.
- FARIA, José Eduardo (2001). **Derecho y globalización económica**. Madrid: Trotta.
- FREIRE, Paulo (1996). **Pedagogía del oprimido**. México: Siglo XXI.
- HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida (2014). **La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional**. Aguascalientes-México-San Luis Potosí: CENEJUS-UNAM-UASLP.
- MOREIRA DA SILVA, José Carlos (2007). “Pluralismo jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis de la dogmática jurídica a la afirmación de nuevos derechos” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), **Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias**. Aguascalientes-San Luis Potosí: CENEJUS-UASLP.
- PALACIO, Germán (1993). **Pluralismo Jurídico**. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2013). **Fundamentación de derechos humanos desde América Latina**. México: Itaca.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2009). **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid-Botogá: Trotta-ILSA.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2010). **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur**. México-Bogotá: Siglo XXI-Universidad de los Andes.
- WILFRED, Felix (2004). “¿Derechos humanos o los derechos de los pobres? Rescatando los derechos humanos de las inversiones contemporáneas”, en **Filosofía para la convivencia**.

Caminos de diálogo norte-sur. Sevilla: MAD.

WOLKMER, Antonio Carlos (1993). "El pluralismo jurídico: Elementos para un ordenamiento alternativo" en **Crítica jurídica**, n. 13, México: UNAM.

WOLKMER, Antonio Carlos (2006a). **Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho**, Sevilla: MAD.

WOLKMER, Antonio Carlos (2006b). **Introducción al pensamiento jurídico crítico**. San Luis Potosí: Univesidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NAS UNIVERSIDADES: DA PALAVRA À CONSTRUÇÃO DE SUJEITOS

Rosângela Angelin³⁸

Considerações iniciais

Não há unanimidade nas teorias acerca dos motivos que levam os seres humanos a viver em sociedade: a maioria defende ser este um impulso natural, outros afirmam que o convívio social não é algo natural e, sim, um acordo de vontades do grupo em questão. Independentemente da linha teórica seguida para explicar esse fenômeno, o certo é que a convivência dos seres humanos requer, embora em graus diferenciados, alguns tipos de acordos; entre eles, garantir uma vida social organizada e com certos limites, com a finalidade de alcançar um bom convívio entre as pessoas.

A ideia de Estado de Direito surgiu como forma de promover a organização social de um povo que habita determinado território, por meio da criação de regras de convívio, bem como possui a tarefa de assegurar e garantir o acesso a direitos individuais³⁹ e sociais para esses grupos. Por conseguinte, pode-se afirmar que a existência do Estado está vinculada à existência dos seres humanos e à dignidade da pessoa humana como o principal bem jurídico protegido a ser efetivado, o qual envolve o bem-estar, as liberdades, a integridade física e mental, acessibilidades, entre outras questões, sendo que, neste caso, os direitos humanos são instrumentos de promoção e garantia dessa dignidade.

Todas as responsabilidades do Estado – aqui compreendido não somente como os poderes constituídos (embora possuam a obrigação de prestações positiva para a promoção do bem estar), mas também como a sociedade de modo geral – envolvem mover-se na perspectiva de proteção da dignidade humana. Não poderia ser diferente o propósito das universidades que formam e educam pessoas. Nesse sentido, qual vem a ser a responsabilidade das universidades na educação para os direitos humanos e na incumbência de formar indivíduos, em sujeitos ativos e comprometidos com o bem-estar social? Para analisar essas questões, o presente trabalho buscará refletir acerca das crises dos Direitos Humanos, bem como sobre a responsabilidade das universidades diante da educação para os direitos humanos.

Considerações acerca das crises dos direitos humanos

A dignidade da pessoa humana está em vossas mãos: conservai-a.

Friedrich von Schiller - 1789

38 Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo e da Graduação de Direito dessa Instituição, situada no município de Santo Ângelo, Estado do Rio Grande do Sul (Brasil). Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural”, vinculado ao PPGDireito-Mestrado mencionado. Vice-coordenadora do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Integra a Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

39 Inicialmente, este pensamento estava vinculado à função do Estado como garantidor de direitos e, ao mesmo tempo, como ideia de liberdade individual e de iniciativas econômicas.

Conhecer a história dos direitos humanos é compreender a evolução e os retrocessos dos seres humanos no decorrer dos tempos e aprender com essas experiências a construir novas alternativas e possibilidades de fortalecimento do direito à dignidade da pessoa humana. Assim como grande parte dos pesquisadores, Norberto Bobbio, importante filósofo político italiano, ressalta que o discurso sobre os direitos humanos está situado no plano histórico da época moderna e se encontram amplamente ligados aos problemas envolvendo o direito dos seres humanos, a democracia e a paz (BOBBIO, 1992, p. 01). Isso não significa que anteriormente não existiam preocupações nesse sentido; muito pelo contrário, houve elementos históricos e políticos decisivos para a construção da ideia moderna sobre os direitos humanos. Porém, foi na idade moderna que o debate tomou uma dimensão mais significativa.

Assim, a história dos direitos humanos inicia no mundo antigo, avança pelas diversas formas de Estado e atinge seu ápice com o surgimento do Estado Moderno, momento em que inúmeros direitos humanos foram positivados nas constituições e em que a atuação do poder estatal sofreu limitações significativas:

A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política” [...] (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Por conseguinte, os direitos fundamentais são direitos humanos positivados nas constituições, caracterizados por um processo histórico, sendo frutos de reivindicações e de contestações ao poder soberano do Estado absoluto. Inicialmente, os direitos humanos estavam voltados essencialmente para o aspecto individualista, principalmente diante da exigência de proteção contra as arbitrariedades e tiranias do Estado; mais adiante, os direitos fundamentais assumem caráter social e coletivo e, atualmente, foram agregados a eles também os direitos difusos.

Importante salientar que, no contexto de busca do direito à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais/direitos humanos servem como instrumentos de garantia, uma vez que a unidade deles encontra-se no ser humano. Como forma de proteção dos seres humanos na organização social, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) elegeu a dignidade da pessoa humana e o bem-estar delas como centros da existência do Estado Democrático de Direito brasileiro (Artigo 1º, inciso II, CF/1988), com ênfase na promoção da justiça social.

Nesse contexto, vale destacar que, paralelamente, o Brasil também optou pela ordem econômica voltada ao modo de produção capitalista intervencionista, o que pode se apresentar, em alguns momentos, contraditório à dignidade da pessoa humana, principalmente quando se refere à efetivação de direitos sociais (PIOVESAN, 2009, p. 320; 323). Karl Marx, filósofo, sociólogo e jurista alemão, chamava a atenção para a função do Estado, afirmando que o surgimento dele está envolto em relações de poder desequilibradas e, jamais, o Estado estará comprometido com a promoção da dignidade humana, pois os interesses estão voltados para alicerçar as desigualdades sociais, estando a serviço dos possuidores dos meios de produção, impossibilitando o Estado de ser promovedor da dignidade das pessoas (MARX, 2001).

Marx havia acompanhado a implementação dos direitos individuais, que não eram mais suficientes para promover uma vida digna para a classe trabalhadora, que se encontrava em

situação de profunda exploração da força de trabalho, sem que houvesse nenhuma intervenção do Estado no sentido de melhor tais condições. Diante desse cenário, sua crítica se fazia contundente. Seus escritos – juntamente com Friedrich Engels, denunciando a má distribuição de rendas e a exploração dos trabalhadores – influenciaram os movimentos sindicais da época que, na esteira da história, mobilizaram-se e forçaram o Estado Liberal a fazer concessões de direitos às classes menos privilegiadas. Portanto, as péssimas condições materiais de vida dos trabalhadores aliadas à negativa dos grupos dominantes em conceder direitos aos trabalhadores geraram a primeira crise significativa dos direitos humanos:

Os direitos humanos, em sua estrutura jurídica e constitucional, tornaram-se a forma de legitimação de uma nova dominação: havia liberdade econômica para uns e de assalariamento para outros; havia igualdade de todos perante a lei fixada nos códigos; resistia-se fortemente a ampliar a igualdade no âmbito econômico-social (SCHAPER *in* VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 64).

A força da classe trabalhadora, demonstrada através dos movimentos sindicais gerou uma nova obrigatoriedade ao Estado no que se refere à necessidade de revisão das perspectivas dos direitos humanos; assim, foram implementados, portanto, os direitos sociais com o intuito de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. A realidade é que, com o passar dos tempos, muitos desses direitos foram se perdendo pela impossibilidade ou pelo não empenho do Estado em efetivá-los. Diante de violações de direitos, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em cujo texto constam tanto direitos civis, quanto direitos econômicos, sociais e culturais, buscando “[...] colocar no mesmo patamar de igualdade os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e culturais” (SCHAPER *in* VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 64-65), o que dificulta o acesso aos direitos humanos às camadas sociais menos privilegiadas.

A denúncia do funcionamento do Estado voltado ao capital persiste na atualidade, porém em moldes ressignificados. Embora a positivação de direitos individuais e sociais seja uma realidade concreta, ao mesmo tempo, houve a manutenção do liberalismo e o fortalecimento da globalização econômica, a qual interage entre fatores econômicos e culturais, influenciando cada vez mais os padrões consumistas de bens e serviços.

A tendência inicial da globalização era de que as identidades se tornassem mais homogêneas e menos diferentes umas das outras, num processo de hibridação bastante unilateral (WOODWARD *in* SILVA [Org.], 2013, p. 21-22). Tanto o filósofo francês Alain Touraine quanto o sociólogo jamaicano Stuart Hall expõem que a globalização é capaz de construir uma sociedade de massa, porém ambos destacam que a circulação dos bens de consumo materiais e culturais ocorre em países onde os níveis de vida e tradições culturais são bastante distintos, gerando novas formas de relações com o espaço e o tempo (TOURAINÉ, 2006, p. 32; HALL, 2011, p. 67).

Ao encontro do suscitado, o antropólogo latino-americano Néstor García Canclini, chama a atenção para os efeitos e as consequências da globalização, destacando que esta tem aprofundado e acentuado as desigualdades preexistentes, em especial em relação aos países apontados como mais ricos e mais pobres, uma vez que, nos últimos, o descontrole econômico, cultural e social é avassalador, fazendo com que muitas empresas e o comércio local, que movimentam a economia do país, não suportem a onda global e percam seu lugar por grandes empresas (CANCLINI, 2009, p. 244). Contudo, nesse processo, nem todas as pessoas podem ser incluídas,

o que tem gerado a marginalização de elevada parte da população mundial, a quem é negado, por conseguinte, o acesso a direitos humanos básicos. Isso tem feito com que as diferenças e as desigualdades entre países ricos e países que não se encontram nesse patamar se tornem mais evidentes.

Além disso, surgem também novos conflitos envoltos em vasta complexidade, visto vez que a globalização ruma a transformar o mundo em uma única localidade, forçando o contato entre as pessoas, entre culturas o que acaba, por vezes, em várias formas de violência (KRETSCHMANN, 2009).

A globalização acabou criando uma sociedade de risco econômico, social, cultural, ambiental e humano, em que os direitos humanos, embora apregoados e positivados nos ordenamentos jurídicos, são estendidos somente para uma parcela da população. Esse contexto remete à necessidade de se resgatar e potencializar o respeito à diversidade e aos direitos humanos. As normas jurídicas podem contribuir para isso; todavia, não se pode olvidar que os poderes constituídos também sofrem influências da globalização (BARRETO, 2013, p. 32), o que acaba dificultando tal tarefa, colocando a sociedade diante de uma dicotomia: enquanto, por um lado, os direitos humanos são proclamados e exaltados pela sociedade, assim como positivados em textos legais, por outro, vêm sendo sistematicamente desrespeitados, permanecendo como ideais utópicos, em especial para quem possui menor renda (BARRETO, 2013, p. 32).

Nesse processo de busca de efetivação dos direitos humanos, além de conhecer as influências e as consequências do processo globalizante, é importante destacar outros fatores também responsáveis pela violação desses direitos, como valores culturais e identitários que são aprendidos durante a vida, como é o caso do desrespeito à diversidade em todas as suas formas, a exemplo da diversidade étnica, sexual, cultural. No aprendizado humanizante do que é ser pessoa, a *palavra*, como algo dito ou escrito, tem influência significativa, pois tem o poder de representar anseios, sonhos, valores, (pré)conceitos, juízos de cada pessoa, de cada cultura e de cada sociedade. Para a filósofa alemã Hannah Arendt, “O puro nomear das coisas, a criação de palavras, é a maneira humana de apropriação e, por assim dizer, desalienação do mundo no qual, afinal, cada um de nós nasce, como um recém-chegado, como um estranho” (ARENDR, 1995, p. 77).

No mesmo sentido, o teólogo e estudioso sobre direitos humanos Valério Guilherme Schaper destaca que “A fala é justamente a expressão performática de nosso lugar no mundo, de nossa autocompreensão e afirmação de nossa inviolabilidade e também a do outro” (SCHAPER *in* VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 59). Ernest Callembach tece ponderações sobre o poder das palavras e sua intervenção na realidade:

As palavras e os significados que atribuímos a elas ajudam a ‘definir a realidade’. [...] OS VOCABULÁRIOS NUNCA SÃO NEUTROS. As coisas que são incluídas num vocabulário passam a compor uma realidade familiar; aquelas que são deixadas de fora são ignoradas ou chegam a ter sua existência negada. [...] Além disso, um vocabulário oferece a versão de como o mundo funciona e por quê. Essas versões sempre servem aos interesses das instituições ou classes dominantes (CALLEMBACH *in* STONE; BARLOW [Orgs.], 2006, p. 70; 71).

As palavras e seus usos têm sofrido, nos últimos tempos, distorções significativas em seu uso e em sua interpretação, com a finalidade reduzir seu poder, como é o caso dos direitos humanos apregoados, mas nem sempre efetivados, por inúmeros motivos; entre eles, questões culturais e econômicas. Como exemplo, existe uma ideia disseminada na sociedade de que a ex-

pressão direitos humanos é sinônima de proteção de bandidos. As pessoas dizem e formalizam palavras, mas elas têm perdido seu poder, ou seu significado tem sido transmutado. Além disso, em outros casos, está faltando proximidade maior entre o que se *diz* e o que, realmente, se faz. Urge transformar palavras em ações, em consequências. E essa também é uma responsabilidade das Universidades através da educação em direitos humanos.

Educação em direitos humanos nas universidades

Ruben Alves (2012), destacado educador brasileiro, analisa, em sua obra *A alegria de ensinar*, a estória do príncipe que virou sapo. Diante do feitiço lançado, o príncipe acreditou na palavra dita e virou sapo. Passou a se sentir bem nos locais onde os sapos viviam. Entrou para uma escola de sapos e aprendeu tudo que um sapo deve saber, saindo-se muito bem, inclusive. Quanto mais aprendia sobre os sapos e com os sapos, mais se esquecia de sua vida de príncipe e mais se tornava um sapo. Nesse sentido, Alves destaca que a aprendizagem envolve o esquecimento, ou seja: “[...] para se aprender de um lado, há que se esquecer do outro”. O feitiço não faz parte de estórias. Ele existe quando a palavra entra no corpo das pessoas e as transforma:

A estória do príncipe que virou sapo é a nossa própria estória. Desde que nascemos, continuamente, palavras vão sendo ditas. Elas entram no nosso corpo, e ele vai se transformando. Virando uma coisa, diferente da que era. Educação é isto: o processo pelo qual os nossos corpos vão ficando iguais às palavras que nos ensinam (ALVES, 2012, p. 34-35).

O feitiço das palavras é lançado pela família, escola, professores, religiosos, líderes políticos, meios de comunicação social, entre outros; toma os corpos das pessoas e os transforma, criando estereótipos e ensinando sobre como devem ser as relações sociais: “Meu corpo é um corpo enfeitado: porque o meu corpo aprendeu as palavras que lhe foram ditas, ele esqueceu de outras que, agora permanecem mal... ditas...” (ALVES, 2012, p. 35).

A construção das relações humanas e os valores de vida são feitiços lançados diariamente sobre os corpos das pessoas. Neste interim, qual tem sido o feitiço lançado pelas universidades acerca dos direitos humanos? Essa pergunta é pertinente, uma vez que as universidades são responsáveis pela formação/educação de pessoas que estão preparando-se para exercer profissões e contribuir na vida em sociedade para a viabilização de uma vida boa, ou não.

As universidades têm papel crucial no desenvolvimento dos Estados, pois possuem acúmulo de conhecimento, em diversas áreas, os quais podem e têm mudado o rumo da humanidade. Porém, o termo desenvolvimento, aqui empregado, não significa somente desenvolvimento econômico, como a maioria dos governantes e uma parcela da sociedade compreendem. Minimamente, ao se abordar o tema desenvolvimento, é preciso trazer em pauta ampliar a extensão do termo para o desenvolvimento humano, social, cultural, ambiental e econômico, a fim de se abranger uma totalidade maior das necessidades humanas. Todavia, o que se tem visto com a globalização neoliberal é a centralização do desenvolvimento em questões meramente econômicas. Essa visão tem afetado também as Universidades que, na maioria de seus cursos, têm voltado suas pesquisas, o ensino e a extensão, prioritariamente, para as *necessidades* do mercado, deixando de lado, muitas vezes, sua responsabilidade diante da formação de sujeitos sociais que pensam a sustentabilidade do planeta como um todo.

A CF/1988, no título que trata dos fundamentos do Estado, mais especificadamente, em

seu artigo 3º, apregoa os objetivos fundamentais do país, estendendo tal tarefa para os governantes, assim como para a sociedade, conforme segue, *in verbis*:

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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Tais metas do Estado brasileiro são constituídas por demandas apresentadas e exigidas, em especial, pelos movimentos sociais⁴⁰, e que estão ligadas, diretamente, à efetivação dos direitos humanos, assim como também as garantias fundamentais constantes nesse documento apresentam tal intuito. Isso significa afirmar que, a partir dos dispositivos constitucionais e da criação de leis e políticas públicas, o Estado tem a tarefa de viabilizar e efetivar direitos humanos. Perceptível é que, em aspectos de palavras escritas, o ordenamento jurídico brasileiro é estruturalmente bastante sólido no que diz respeito aos direitos humanos, servindo de exemplo para outros países; porém, para todas essas palavras tornarem-se realidade, existe ainda um caminho longo a ser percorrido. Claro que não se podem negar avanços significativos no país, através de leis e políticas públicas, como programas habitacionais, o Programa Bolsa-Família, a Lei Maria da Penha, o Programa Universidade para Todos, entre outros, que garantiram o alcance de maior parte da população aos Direitos Humanos até então existentes somente na letra da lei.

Verel Elvira Monroy Flores, economista pela Universidad Autónoma Metropolitana (México) e Mestre em Incapacidade e Inclusão Social pela Universidad Nacional da Colombia, apresenta uma reflexão muito interessante acerca da Educação Superior, destacando a ideia do cultivo da humanidade a partir dos pensamentos da filósofa Martha Nussbaun. Nesse texto, a autora aborda sobre a qualidade de pessoas que se pretende formar no ensino superior, ressaltando que é preciso trabalhar para formar mais do que bons profissionais: formar bons cidadãos (FLORES, 2015).

Para isso, é preciso levar em conta dois fatores na formação acadêmica: o conhecimento, ou seja, as universidades, como já mencionado, configuram-se como locais onde existe acúmulo significativo de conhecimentos, como também se apresentam como um espaço de grandes desafios na produção de novos conhecimentos, tarefa que deve ser primada e aprimorada; o reconhecimento do próprio *entorno*, ou seja, reconhecer que a universidade é um local formado por indivíduos que têm suas próprias histórias, muito diversas entre si e, ao mesmo tempo, vislumbrá-la como um espaço privilegiado de encontro, inteiração e intercâmbio entre esses

40 Schapper chama a atenção ao fato de que “Não se pode entender o avanço dos direitos humanos no Brasil sem render o devido crédito à sociedade organizada em movimentos. Foram, em grande medida, esses movimentos que convergiram com suas demandas para a constituinte de 1988 e são eles que seguem lutando para a transformação dessa constituição em realidade”. O autor reflete acerca de outro elemento crucial para os Direitos Humanos no Brasil, a *Teologia da Libertação*, destacando que, “Embora as religiões tenham sido e, em muitos casos, sigam sendo grandes violadoras de direitos, a história dos direitos humanos da América Latina e do Brasil não será contada devidamente sem se registrar o lugar que deve o movimento religioso cristão em torno da teologia da libertação” (SCHAPER *in VIOLA*; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 74).

indivíduos (FLORES, 2015).

O filósofo gaúcho Paulo César Carbonari destaca que a construção do ser humano ocorre pela inteiração que ele tem com as outras pessoas, bem como com o meio ambiente natural e cultural, ressaltando que os direitos também fazem parte de um processo histórico, permitindo que as pessoas se tornem, ou não, sujeitos de direitos. Isso irá “[...] depender da qualidade das relações estabelecidas. Falar da qualidade das relações é tocar no âmago da educação em geral e da educação em e para os direitos humanos” (CARBONARI in VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 119).

A grande maioria das Universidades tem sofrido forte influência neoliberal em seus processos educativos e tem se voltado mais para a tecnificação e mercantilização de seus profissionais, buscando formar pessoas produtivas e competitivas, deixando de lado a formação de cidadãos responsáveis. O grande desafio dessas instituições, nesse contexto, deveria ser criar bons profissionais e, ao mesmo tempo, bons cidadãos. Para isso, é preciso mudar o rumo pedagógico, colocando estudantes em contato com realidades diferentes, analisando-as, comprometendo-se com a efetivação dos direitos humanos e desenvolvendo o pensamento crítico dos estudantes. As universidades, por serem importantes e influentes meios ideológicos, precisam voltar-se mais à educação em direitos humanos, formando mais do que indivíduos para o mercado de trabalho: formando sujeitos⁴¹ com ampla capacidade de discernimento, crítica, contestação, sensibilidade, a fim de contribuírem para o desenvolvimento humano, social e econômico.

Flores (2015) apresenta três princípios trazidos pela teoria de Nussbaun, os quais os profissionais que ingressam na universidade deveriam ter presente: a) educar para a liberdade, ou seja, a liberdade aqui vista como a liberdade de pensamentos, sendo as pessoas sabedoras de que são donas de suas próprias mentes; b) educar para a cidadania, primando por relações diante da diversidade, possibilitando espaços para a vivência da alteridade, aqui vista não como o colocar-se no lugar do outro, mas, sim, ao lado do outro, entendendo, respeitando, vivenciando as diferenças e construindo cidadania⁴²; c) educar para a humanização, fomentando a valorização do ser humano e o conhecimento do seu entorno, a fim de agir com mais eficácia e responsabilidade.

Para Carbonari, “[...] Entender a educação em direitos humanos como ‘processo’ significa dizer que tem duração no tempo e posicionamento no espaço. Ou seja, se estende como uma realização e não como um evento. Processos requerem momentos diversos e complementares que estejam articulados entre si por algum ou vários eixos.”, requerendo o reconhecimento de que, nesses processos concretos envolvendo a educação em direitos humanos, é preciso ter presente vários fatores multidimensionais, quais sejam:

da apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos”, da “afirmação de valores, atitudes e práticas sociais”, da “formação de uma consciência cidadã”, do “desenvolvimento de processos metodológicos participativos” e do “fortalecimento de práticas individuais e sociais”. Trata-se, portanto, de articular atitudes, competências e habilidades que se traduzam em posicionamento e em atuação (CARBONARI in VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 121).

41 O conceito de sujeito aqui trabalhado parte da teoria do sociólogo francês Alain Touraine, adepto à sociologia da ação, para o qual o sujeito é aquele indivíduo atuante na sociedade, capaz de criticar e se mobilizar para mudar o *status quo* (TOURAINÉ, 1999).

42 Neste contexto, Carbonari destaca que “A educação ocorre na concretude da relação, que é constitutiva da vida, ou não ocorre. Não há vida (e nem educação) sem relação, sem alteridade. Mas o outro da relação não é um outro generalizado nem abstrato [...]. O outro da relação é diverso e diferente, sua diversidade é específica e sua diferença concreta” (CARBONARI, 2011 in VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 122).

As experiências vivenciadas no coletivo, a partir de histórias de vida individuais, encontram-se baseadas em subjetividades e especificidades de cada ser humano, o que se conhece como diversidades e o espaço universitário, de acordo com Flores, pode e deve ser um local de encontro dessas diversidades e a conseqüente ação de cultivar a humanidade. Isso acontece na interação das pessoas, mas também se dá através do papel das universidades exercido pelo ensino, pela pesquisa e pela extensão. Aqui se destaca o trabalho de extensão, pois esse é o que mais faz com que se conheçam os reais fatores que envolvem a vida das pessoas, possibilitando uma visão mais clara e precisa a fim de serem propostas melhores alternativas para a efetivação dos direitos humanos.

A extensão também permite que as universidades estejam em contato com a população e possam colocar em prática seus conhecimentos, construir novos conhecimentos e formar acadêmicos e acadêmicas capazes de intervir na realidade social de forma solidária e comprometida com a vida como um todo: “[...] é preciso que a educação esteja [...] adaptada ao fim que se persegue: permitir ao homem chegar a ser sujeito, construir-se como pessoa, transformar o mundo, estabelecer com os outros homens relações de reciprocidade, fazer a cultura e a história [...]” (FREIRE, 1980, p. 39). Isso exige um aprender construído através da recriação do conhecimento como ação, conforme assevera Carbonari:

Aprender é essencialmente recriar conhecimento como ação, como atitude e como compromisso ético com a criação de tempos e espaços que efetivamente se abram à realização da dignidade humana e de todos os direitos de todos os seres humanos, no contexto de uma compreensão pluridimensional do sujeito de direitos que seja capaz de conjugar de maneira aberta e dialógica a diversidade das perspectivas (CARBONARI *in* VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 126).

A educação em direitos humanos requer que os sujeitos de direito sejam o centro da atuação educativa, exigindo nova postura das universidades nesse processo:

Uma nova pedagogia é mais a exigência de uma postura e de nova perspectiva do que a invenção imediata de tecnologias, por mais adequadas e consistentes que sejam. Fazer educação em direitos humanos é, acima de tudo, um novo compreender e um novo fazer educação nos múltiplos espaços e tempos educativos (CARBONARI *in* VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 126).

Assim, é importante destacar a necessidade de que os processos de educação voltados aos direitos humanos perpassem transversalmente pelas áreas do conhecimento e participem mais ativamente dos currículos dos cursos, não como um mero formalismo (atualmente, o Ministério da Educação exige a inclusão nos currículos de temas acerca de Direitos Humanos e Culturais), mas de forma orgânica, atendendo às bases do ensino superior: a) trabalhar o ensino, ou seja, o que já se tem de acúmulo de conhecimentos; b) voltar-se para a pesquisa que envolve analisar criticamente os conhecimentos aprendidos e, com isso, despertar o interesse acadêmico na busca por mais conhecimentos, por sua interpretação, (re) leitura, crítica e novas formas de solução de problemas; c) primar pela extensão acadêmica, ou seja, o contato direto com a sociedade, seus problemas, suas expectativas, a fim de se poder ter presente o entorno dos problemas e, assim, com maior efetividade prestar sua contribuição na promoção de um mundo mais justo, em que os direitos humanos sejam efetivados.

Considerações finais

A indiferença e a naturalização de todas as formas de violência que subtraem a dignidade das pessoas tornam-se uma peste que assola nossos dias. Estamos perdendo a capacidade de nos indignar, a capacidade de falar. Estamos, assim, perdendo rapidamente também a capacidade de nos responsabilizar
(SCHAPER in VIOLA; ALBUQUERQUE [Orgs.], 2011, p. 75-76).

A forma de vida cada vez mais individualista e egoísta tem levado as pessoas a afastarem-se uma das outras e, conseqüentemente, tem surgido uma indiferença quanto à vida, às vivências e ao sofrimento dos demais. O que tem movido grande parte da sociedade é a busca, a qualquer preço, por um espaço para si e, no máximo, para sua família. O individualismo exacerbado e a ideia de um desenvolvimento econômico sem limites têm enfeitado as pessoas e as instituições, a ponto de os direitos humanos serem violados com justificativas tidas como plausíveis.

Esse contexto não é diferente nas universidades, uma vez que essas instituições fazem parte da sociedade e são formadas por pessoas; porém, o papel delas é muito maior e mais poderoso: são importante instrumento ideológico na sociedade e têm a capacidade de redirecionar pensamentos e ações. Um de seus grandes desafios na atualidade é realizar a educação em Direitos Humanos, tarefa nada fácil dentro do próprio corpo docente e discente, porém possível. É preciso muito mais do que apresentar soluções simplórias para as violações dos direitos humanos ou alienar-se para não se responsabilizar.

Faz-se necessária uma mudança de paradigmas para que os direitos humanos sejam colocados a serviço de uma política emancipatória em todos os espaços, de modo a diminuir a exclusão, as desigualdades econômicas e sociais e permitir a ascensão de uma solidariedade transcultural por meio de um diálogo entre os distintos espaços existentes. A educação de bons cidadãos pelas universidades vai depender da missão da instituição, do corpo docente, dos projetos de pesquisa desenvolvidos, da extensão, enfim, de um conjunto de ações e posicionamentos que levarão a termo, ou não, a educação em direitos humanos.

Muitas universidades já vêm desenvolvendo trabalhos importantes junto à sociedade e possibilitando aos estudantes contato com as realidades e momentos de reflexão crítica tanto para estudantes quanto para docentes, o que, em sala de aula, não seria possível, uma vez que, para conhecer melhor a realidade é preciso vivenciá-la ou estar inserido nela. Não se pode olvidar que o ser humano é humanizado pelas relações entre seus semelhantes e as vivências próprias que modificam e/ou reforçam suas identidades. A educação em direitos humanos se faz, sobretudo, com a vivência, convivência com os demais, bem como através da construção de uma memória histórica dos avanços e retrocessos da humanidade. A partir disso, pode-se perceber, conhecer e se solidarizar com os problemas dos outros, exercendo a alteridade e comprometendo-se com a efetivação de uma vida melhor para todas as pessoas considerando de suas diversidades.

É papel das universidades lançar o feitiço dos direitos humanos sobre seus estudantes, docentes, sobre a sociedade. É preciso ocupar e criar espaços de educação, partilha, solidariedade e

responsabilidade social, ressignificando valores de solidariedade e humanismo, possibilitando, assim, a formação de sujeitos capazes de interagir criticamente com as realidades e, modificá-las. Evidente é que não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que a Universidade é o espaço exclusivo de educação em Direitos Humanos, ou que realizar formação voltada para os direitos humanos é o suficiente para que se efetivem. As violações dos direitos humanos remetem à forma como as pessoas vivem e se relacionam, o modo como os bens são divididos, (re)distribuídos na sociedade, entre outros fatores. É preciso olhar as crises dos direitos humanos em uma perspectiva sistêmica.

Martin Luther King Jr. anunciou que “Nossa vidas começam a terminar no dia em que permanecemos em silêncio sobre as coisas que importam”. Os direitos humanos importam e muito para todas as pessoas, especialmente para aquelas que não têm acesso a uma vida digna; logo, a educação em direitos humanos pode um instrumento capaz de ressignificar palavras, transformando-as em ações concretas. Essa é responsabilidade também das universidades: formar bons cidadãos e cidadãs, ou seja, formar sujeitos capazes de se indignar, capazes de falar e de agir na construção de um mundo melhor.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **A vida do espírito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume-Demará, 1995.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 jan. 2015.
- CALLEMBACH, Ernest. O poder da palavra. In: STONE, Michel K; BARLOW [Orgs.]. Zenóbia. **Alfabetização Ecológica: a educação das crianças para um mundo sustentável**. Tradução: Carmem Fischer. São Paulo: Cultrix, 2006. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=YDs1MovHN2YC&pg=PA69&lpg=PA69&dq=Ernest+Callenbach+biografia&source=bl&ots=wiPcshfAoP&sig=cBQW1X3V6SkyhqNhtl3MQC5G8n4&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiynY3eu7HKAhXCH5AKHe0YAQ4Q6AEIXTAI#v=onepage&q=Ernest%20Callenbach%20biografia&f=false>>. Acesso em: 17 jan. 2016.
- CANCLINI, Néstor Garcia. **Diferentes, desiguais e desconectados: mapas da interculturalidade**. Tradução: Luiz Sérgio Henriques. 3. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONARI, Paulo Cesar. Educação em Direitos Humanos: por uma nova pedagogia. In: VIOLA, Solon Eduardo Annes; ALBUQUERQUE, Marina Z. de [Orgs.]. **Fundamentos para educação em direitos humanos**. São Leopoldo: Sinodal/EST, 2011.
- FLORES, Verel Elvira Monroy. Reflexiones em torno a la Educación Superior: El cultivo de la Humanidad” de Martha C. Nussbaun. In: **Red Educación y Economía Social y Solidária**. Novembro de 2015. Disponível em: <<http://educacionyeconomiasocial.ning.com/-forum/topics/te-invito-a-que-leas-reflexiones-en-torno-a-la-educaci-n-superior>> ou <http://-api.ning.com/files/gz9pVbbD3TG9ADnWjmBs3IRGgiiRV71*GvfEEi0EDVGBx4lgGdf18zS1m2aThWtDxXqE->

VWMW03B*1fL7XhWNo6OHq5xqQ3Sh/ELCULTIVODELAHUMANIDADNUSSBAUM.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação**. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

KRETSCHMANN, Ângela. **Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional**. Organizado por Evandro Menezes de Carvalho. 1. ed. (ano 2008) 1. reimp./ Curitiba: Juruá, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Editora Anita Garibaldi, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

SCHAPER, Valério Guilherme. O humano em questão: os direitos humanos como proposta social. In: VIOLA, Solon Eduardo Annes; ALBUQUERQUE, Marina Z. de [Orgs.]. **Fundamentos para educação em direitos humanos**. São Leopoldo: Sinodal/EST, 2011.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução: Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes**. Poderemos viver juntos? Petrópolis: Vozes, 1999.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. [Org.]. **Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais**. Petrópolis: Vozes, 2013.

A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO HUMANO À DIFERENÇA

Janaína Soares Schorr⁴³

“(...) as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”
(Boaventura de Sousa Santos)

Introdução

O Estado Democrático de Direito é constituído por princípios e diretrizes que consagram a liberdade do indivíduo, a igualdade entre os homens, a cidadania e o reconhecimento do outro como ser de direitos, deveres e desejos. Porém, ao se analisar a história mundial, nota-se que essas prerrogativas não estiveram nem estão hodiernamente presentes nas sociedades como um todo.

O mundo está engatinhando em termos de democracia, muitas lutas foram deflagradas para a sua conquista, e muito se fez para que realmente ela fosse efetivada, razão pela qual ainda está se aprendendo a viver democraticamente e a respeitar o outro como ele realmente é e quer ser.

Caminhando pela história, percebe-se um tempo em que alguns homens não eram considerados nem mesmo seres humanos e, por consequência, não possuíam nenhum tipo de direito, sendo tratados realmente como se coisas fossem. É em relação a esse período e à falta de qualquer reconhecimento em relação ao outro que trata a primeira parte deste estudo.

A partir da conquista dos primeiros direitos, das mudanças ocorridas pelas grandes guerras e do surgimento dos movimentos e organizações sociais, o paradigma da igualdade foi se instalando em grande parte das sociedades, com a consequente consideração de que todos os homens – referindo-se à espécie e incluindo a totalidade dos homens, mulheres, crianças e idosos – são iguais e, portanto, titulares e merecedores dos mesmos direitos, oportunidades e obrigações.

Todavia, longe de ser o fim, foi o começo da necessidade de aceitar o outro como ele realmente é, com suas qualidades, seus defeitos e, especialmente, suas diferenças. Assim, surgiu a busca pelo reconhecimento da alteridade, a busca pela individualidade, não em termos egoísticos e, sim, no sentido de identidade, esfera particular de cada um, que deve ser respeitada e vivida na plenitude.

43 Mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – (UNIJUÍ). Bolsista do Programa de Bolsas do Mestrado da UNIJUÍ. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade”, vinculado ao CNPq, atuando na linha de pesquisa “Democracia, Regulação Internacional e Equidade”. Especialista em Docência no Ensino Superior pelo Senac, *Campus* Santo Amaro/SP. Especialista em Direito Processual: Grandes Transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA). Advogada e orientadora educacional profissional do Senac, unidade Santo Ângelo/RS. E-mail: janaschorr@yahoo.com.br.

Essa caminhada traçada pela humanidade é o objetivo principal do presente estudo. Trazer à tona a luta pelo reconhecimento do eu particular, da individualidade presente em cada ser, a consagração efetiva e a aceitação plena do direito humano à diferença são aspectos abordados neste estudo.

É sabido que o tema, por sua relevante importância, deve ser cada vez mais estudado, vez que trata da história de cada um e de todos, e que há a necessidade cada vez mais premente da aceitação de cada ser humano como ser único, dotado sobretudo de individualidade e de particularidades que devem ser respeitadas para a efetivação de um mundo realmente plural, onde exista concretamente a almejada paz social.

O paradigma da desigualdade presente na sociedade

Da Idade Antiga ao Estado Moderno encontra-se um mundo que sofreu incontáveis mudanças e progressos, oriundos da evolução natural da sociedade e do homem. Parte-se de um Planeta dominado pela barbárie a um globo que reconhece os direitos humanos – na maioria dos países – e que adota, via de regra, uma visão humanista e solidária para a resolução de seus conflitos.

Mesmo que tenham ocorrido experiências democráticas na Grécia e na Roma Antigas, elas foram exceções à regra da época em que vigoravam governos autoritários, despóticos e monárquicos:

Quando os seres humanos começaram a se estabelecer por demorados períodos em comunidades fixas para tratar da agricultura e do comércio, os tipos de circunstâncias favoráveis à participação popular no que acabo de mencionar – a identidade do grupo, a pouca interferência exterior, um pressuposto de igualdade – parecem ter rareado. As formas de hierarquia e dominação tornaram-se mais naturais. Em consequência, os governos populares desapareceram entre os povos estabelecidos por milhares de anos. No entanto, eles foram substituídos por monarquias, despotismo, aristocracias ou oligarquias, todos com base em alguma forma de categorização ou hierarquia (DAHL, 2001, p. 20).

O homem era considerado um ser desigual, como refere Platão em sua obra *A República*. Havia homens de ouro, que valiam mais do que ninguém; homens de prata, que serviam para auxiliar; e homens de ferro e bronze, que possuíam como destino serem lavradores e artesãos (BEDIN, 2002).

O mundo era tão preconceituoso e contrário à igualdade entre os homens que alguns, como é o caso de Edmund Burke, afirmavam, no século XVIII, “que se as ‘classes servis’ chegassem ao poder estaria configurada uma guerra civil contra a natureza” (bedin, 2002, p. 26). Inclusive, mencionando que as ocupações mais servis não podiam ser motivo de honra alguma, devendo haver opressão por parte do Estado.

Assim, a humanidade está envolvida em uma história repleta de casos em que a desigualdade estava presente em todos os aspectos da vida diária. E, em alguns casos isolados, ainda permanece, em pleno século XXI, mesmo que sobre afirmações de igualdade e de respeito entre os povos, existindo, inclusive, casos flagrantes de desigualdade e preconceito entre integrantes de uma mesma comunidade.

Algumas situações extremamente emblemáticas e que atravessam os séculos – como o sistema de castas na Índia ou o trabalho escravo existente em inúmeros países – comprovam a

existência de uma sociedade desigual e composta por partes dominantes e dominadas. Igualmente, as mulheres, as crianças, os idosos – que, por séculos, foram impedidos de serem considerados cidadãos e, mais do que isso, de serem vistos como seres humanos – provam que a luta por direitos e igualdade não é vã nem sem fundamento e, por isso, deve ocorrer todos os dias.

A instalação da igualdade entre os homens

A incorporação do princípio da igualdade ao mundo moderno esteve mais vinculada a um fundo religioso do que político, transformando todos os seres perante o Estado, a religião e toda a sociedade como iguais; assim, a partir desse princípio, todos possuíam os mesmos direitos e as mesmas obrigações (TROURRAINE, 1998b).

O valor central que caracteriza a sociedade moderna é o individualismo, e justamente o seu surgimento possibilitou a emergência dos direitos do homem e o abandono do modelo organicista de sociedade, para passar a predominar o modelo individualista ou atomista de sociedade. A grande consequência desse novo modelo é a convicção de que todos os homens são iguais e devem ser assim tratados (BEDIN, 2002).

Touraine, elucidando a questão refere, que

Foi durante a época industrial que empreendedores e trabalhadores organizaram seus conflitos sobre o uso social de um progresso técnico que os dois campos valorizavam, que as instituições democráticas se fixaram solidariamente, mesmo que, às vezes, e em particular no caso britânico, o sufrágio universal tenha sido lentamente instalado. Tais movimentos e conflitos sociais se ligavam a um princípio não social, a crença no progresso, com relações de poder que eram defendidas ou atacadas (TOURRAINE, 2008. p. 42).

A associação feita entre democracia e movimento operário retirou de cena a filosofia da história, liberal ou revolucionária, irrompendo a ideia de uma justiça social e de dignidade humana.

Ressalta Touraine que,

Em particular as políticas do *Welfare State*, inicialmente criadas dentro de um espírito de igualitarismo à inglesa, seja dentro de um espírito de assistência aos trabalhadores à maneira de Bismarck e depois à francesa, foram progressivamente ampliadas e transformadas de uma ação de assistência numa ação de solidariedade, ou seja, de reconhecimento dos direitos de cada indivíduo no espírito da Declaração universal dos direitos do homem de 1948 (TOURRAINE, 2008, p. 42-44).

O mundo acordava para uma nova realidade. As organizações e os movimentos sociais começavam a surgir, com o objetivo de garantir que todos os indivíduos fossem considerados iguais e que caíssem por terra distinções em nível de raça, credo ou cor. Já não se aceitava mais que pessoas fossem classificadas como coisas e que mulheres fossem vistas quase como artefatos de luxo.

Conforme Bedin,

A completa inversão entre desigualdade e igualdade, no entanto, somente se concretizou com os pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII. Foram eles, portanto, os primeiros a sustentarem a ideia de igualdade entre os homens como um elemento construtivo da nova sociedade (BEDIN, 2002, p. 27).

São sob os três ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade –, originários das gerações de direitos e pano de fundo para os direitos humanos, assentou-se a democracia. A partir de então, mesmo que muitos ainda negassem a nova realidade, o mundo lentamente começou a transformar-se, e a democracia, pôde, enfim, instalar-se em definitivo.

Para Touraine,

A liberdade do sujeito é o princípio central sobre o qual se assenta a democracia, e esta não pode reduzir-se a um *laisser-faire* cultural, à tolerância generalizada, pois uma política puramente negativa culminaria na completa fragmentação da sociedade, noutras palavras, no agravamento das desigualdades e da segregação. A defesa da liberdade deve ser ativa, garantir a igualdade de oportunidades, criar as condições do reconhecimento mútuo e fazer aparecer também a consciência de se pertencer a uma sociedade livre (TOURRAINE, 1998b, 240).

Entre os objetivos principais da democracia – ao lado da diminuição das distâncias sociais, com o reforço do controle social e político da economia, e a garantia do respeito à diversidade cultural – encontra-se a igualdade dos direitos civis e sociais para todos, levando em consideração que todos devem ter direitos à assistência médica, à educação ou à informação (TOURRAINE, 1998b, p. 298).

Não se queria, portanto, invocar uma igualdade abstrata dos direitos e, sim, como defendem todos os teóricos da democracia, de Hobbes a Rousseau e Tocqueville, que a igualdade efetivamente combatesse e colocasse por terra as desigualdades de fato existentes na época. Entre estas, a relevante desigualdade de nascimento e a desigualdade de acesso às decisões públicas.

Hobbes afirmava que a natureza fez os homens tão iguais quanto as faculdades do corpo e do espírito e, mesmo que um seja mais forte do que o outro – em termos de estrutura física –, a diferença entre eles não é suficiente para que um possa reclamar um benefício que o outro também não possa alcançar e dele usufruir (BEDIN, 2002).

Para Locke, a condição natural dos homens engloba, igualmente, um estado de igualdade

onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição (LOCKE, 1994, p. 36).

Rousseau defende que os homens podem ser desiguais – como já o fazia Hobbes – em força física; porém, por convenção e direito, são todos iguais e, assim, devem ser realmente tratados, sendo essa uma igualdade moral e legítima (BEDIN, 2002).

A concretização da certeza do alcance do princípio da igualdade corresponde às Declarações de Direitos de 1789 e 1948, em que foi lembrada a igualdade de direitos no primeiro artigo de cada uma delas, referindo que todos os homens nascem livres e iguais em direitos e dignidades.

Diante das desigualdades de fato, o apelo à igualdade só pode se apoiar em bases morais e, ao mesmo tempo, políticas. Para uns, todos os seres humanos são iguais na medida em que todos são dotados de razão; para outros, que podem ser os mesmos, a igualdade surge da participação do contrato social ou das próprias instituições democráticas (TOURRAINE, 1998b, p. 104-105).

O Estado Democrático de Direito deve reconhecer que os cidadãos menos favorecidos possuem o direito de agir, no quadro da lei, contra uma ordem desigual no Estado do qual fazem

parte. Quando assim o fazem, o Estado acaba compensando as desigualdades sociais existentes. Bobbio destaca que a igualdade na liberdade significa: “cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros” (BOBBIO, 1990, p. 39).

A diferença

É sempre muito difícil falar em diferença quando se é habitante de um planeta globalizado. Aparentemente, essa ideia parece até mesmo absurda, pois, em um mundo com acesso a inúmeras informações durante todo o tempo e onde coabitam diversificadas “biografias”, deveria ser natural o respeito à diferença. Contudo, não se operacionaliza assim tão naturalmente; pelo contrário, vive-se em um lugar em que as diferenças são, em sua maioria, negadas ou até dominadas.

Foucault brilhantemente mencionou o aspecto que perpassa as relações humanas e, conseqüentemente, as institucionais: o poder. Ele argumenta que toda relação estabelecida é uma relação de poder; contudo, nem toda relação precisa ser uma dominação. É lastimável, mas a dominação impera, fazendo com que não se aceite a diferença (FOUCAULT, 2005).

Touraine, igualmente, traz a questão da necessidade do diálogo entre as culturas, que deve advir da política. Para ele:

O essencial é reconhecer que o papel da política, o que a torna democrática, é tornar possível o diálogo entre as culturas. Para uns, este diálogo não precisa mais que liberdade; para outros, entre os quais me encontro, supõe de início que cada indivíduo se constitua desde logo como ator e como sujeito, articulando suas práticas e seus valores; e, no que diz respeito a todos, trata-se de estender, de aprofundar e de generalizar o que foi o espírito da democracia industrial, ou seja, a defesa, em situações sociais concretas, do direito de cada indivíduo e da coletividade de agir em conformidade com sua própria liberdade e no respeito à liberdade dos outros (TOURRAINE, 1998, p. 64-65).

É o reconhecimento do indivíduo que está em voga, o seu direito de combinar e articular as suas experiências, seja na vida pessoal ou em termos coletivos, além da participação no mundo através da sua identidade cultural particular. É necessário reconhecer não a inspiração universalista de uma cultura, mas “a vontade de individuação de todos os que procuram reunificar o que o nosso mundo, economicamente globalizado e culturalmente fragmentado, tende sempre mais fortemente a separar” (TOURRAINE, 1998, p. 65).

Será exatamente a diferença que constituirá a identidade de cada um. Muito se lutou pela igualdade, porém nunca se deixou de lutar pela diferença. Os seres humanos são individuais, e, portanto, diferentes. Quando se defende a diferença, não se está defendendo a indiferença em relação ao outro, ou a exclusão, que muito se aproxima da desigualdade, mas se defende que cada um deve ser visto como um indivíduo separado, isolado e, portanto, deve ser considerado um igual, mas igualmente como um diferente. Assim,

A diversidade de atores definidos não somente pelo lugar que ocupam na sociedade, mas também cada vez mais por sua identidade pessoal e por sua herança cultural, combina-se com sua igualdade que tem como referência comum um princípio não social, a liberdade humana, ao passo que se tente substituir a igualdade e a diferença no interior do mesmo conjunto social institucionalizado, chega-se a contradições insuperáveis (TOURRAINE, 1998, p. 95-96).

Necessário se faz, cada vez mais, reconhecer essa multiculturalidade, essa diferença presente no mundo:

O reconhecimento de que vivemos em sociedades multiculturais, compostas de uma pluralidade de identidades, instiga a reflexão a respeito das dificuldades de sustentar a ideia de cidadania e de identidades comuns, sem o devido reconhecimento das culturas excluídas ou esquecidas, não reconhecidas, desde o projeto moderno. São demandas de direito às diferenças e à diversidade (BERTASO, 2013, p. 27-28).

Sendo um Estado de Direito pautado pela Justiça, em que está presente um Estado de liberdade e de igualdade, logicamente, por via reflexa, também deve estar ele amparado pela diferença, quase como uma consequência do princípio da isonomia, por incluir cidadãos que pensam e agem de formas não iguais.

O direito humano à diferença

O modelo clássico de sociedade produz indivíduos semelhantes, mas também desiguais – são pessoas iguais, contudo também são diferentes. E isto, a partir da igualdade conquistada e da diferença verificada, foi gerando a necessidade de se respeitar cada vez mais a alteridade.

Conforme Touraine,

[...] este mundo é também aquele no qual o indivíduo procura ser o Sujeito de sua existência, de fazer de sua vida uma história singular. Em sua vida concreta, os seres humanos, envolvidos com seus interesses sociais, com sua herança cultural, sua personalidade individual, tentam ser diferentes uns dos outros, procuram não ser manipulados pelas mensagens e pelas pressões de uma sociedade de massa, autoritária ou não, delineando seu próprio percurso individual no tempo e no espaço (TOURRAINE, 1998a, p. 69-70).

E complementa ao dizer que

Somos todos iguais na medida em que todos procuramos construir nossa individuação. Em contrapartida, se nos definirmos por nossas ações instrumentais, somos desiguais, dado que um é forte, qualificado ou educado, e o outro é fraco, não qualificado ou analfabeto. Inversamente, se nos definirmos por nosso pertencimento a uma comunidade, somos ainda mais desiguais, dado que aquele que se pensa civilizado ou crente julga o outro bárbaro ou ímpio e entre eles só pode se estabelecer uma guerra cultural ou uma completa segregação (TOURRAINE, 1998a, p.70).

Podemos entender que o ser humano somente será realmente igual se considerar que todas as pessoas são diferentes. Em outras palavras, apenas se poderá construir uma sociedade global se o homem se compreender como indivíduo que possui singularidades e que, especialmente, deseja do outro o reconhecimento dessas questões específicas e pessoais.

Assim, como combinar a questão da igualdade com o respeito à diferença? Alain Touraine mostra que a resposta é tríplice ao referir:

Em primeiro lugar, ela exige o reconhecimento da diversidade e, por via de consequência, que se afaste toda a homogeneização, toda negação da diferença. Em segundo lugar, o reconhecimento das diferenças deve ser compatível com as atividades instrumentais independentes das culturas onde são postas em execução. Em terceiro e último lugar, enfim, identidade cultural e instrumentalidade devem reconhecer em toda sociedade uma referência ao sujeito, ou seja, a direitos humanos fundamentais (TOURRAINE, 1998b, p. 172).

Quando se fala do direito à diferença não se está reivindicando direitos que iguais para todos, exigindo, portanto, “a especificidade sem desvalorização, a alternativa sem culpabiliza-

ção, a aplicação rigorosa de um imperativo categórico” (SANTOS, 2003, p. 339).

As pessoas se tornarão sujeitos autônomos somente a partir do reconhecimento do outro, e isso não consiste apenas em aceitar sua diferença, mas em permitir que ele cresça em sua individualidade, que tenha liberdade para fazer, liberdade para produzir e liberdade para crescer. São necessários o fortalecimento e o reforço quanto à sua autonomia pessoal, que ele verdadeiramente se reconheça como um Eu, e não como mais um (TOURRAINE, 1998a).

Atualmente, verifica-se um Estado democrático, para as zonas ditas civilizadas do contrato social, e um fascista para as zonas excluídas socialmente; logo, a igualdade deve ser ampliada para os domínios econômico e social. A solidariedade, desse modo, deve ser praticada na diferença, e não apenas entre iguais. É necessário que se reivindique igualdade quando a diferença inferioriza, e o direito à diferença quando a igualdade descaracteriza (VIEIRA, 2014).

É paradoxal e, ao mesmo tempo, compreensível discutir o reconhecimento da diferença na contemporaneidade, uma vez que o mundo tem se mostrado cada vez mais frágil no que tange à simbolização das experiências. Talvez seja exatamente por isso que esse assunto esteja tão em voga. Falar, juridicamente, de reconhecimento da alteridade, justifica-se nesse mundo em que a capacidade simbólica está quase “em frangalhos”.

Os direitos humanos possuem papel fundamental nesse processo, pois além de viabilizarem as liberdades são estratégicos no sentido de auxiliarem o funcionamento da sociedade política, e são eles que “institucionalizaram a ética da alteridade e o dever de respeitar a existência singular e única do Outro” (DOUZINAS, 2009, p. 362).

Como bem argumenta Doglas Cesar Lucas,

[...] os direitos humanos devem funcionar como o mediador entre as igualdades e as diferenças, como limite ético para o reconhecimento das particularidades e para a afirmação que não homogeneizem e não sufoquem a humanidade presente de cada homem isoladamente considerado (LUCAS, 2013, p. 286).

O ser humano não existe, e sim coexiste com o outro. A relação entre todos não deve ser de domínio de um sobre o outro e, sim, deve ser uma relação de convivência. Não deverá ocorrer a intervenção, mas a inter-ação e a comunhão (BOFF, 1999).

De acordo com Touraine,

[...] este individualismo tem também uma dimensão totalmente diferente: [...] nós procuramos salvar nossa existência individual, singular. Desdobramento criador, porque faz nascer ao lado do ser empírico um *ser de direitos*, que procura se constituir como ator livre através da luta por seus direitos (TOURRAINE, 2006, p. 240). [grifo no original]

Por isso, nota-se a importância cada vez mais crescente dos trabalhos que envolvem o desenvolvimento da autoestima e da consciência de identidade. Após gerações e gerações de povos oprimidos, de pessoas consideradas coisas, de ausência de direitos, é natural que se tenha que reaprender a viver como um indivíduo único e realmente se possa ser uma unidade pertencente a um todo.

Considerações finais

O mundo muda a cada instante, e as pessoas mudam a cada instante. A história é cons-

truída a cada minuto, o que também acontece com os direitos “pertencentes” aos indivíduos ou àqueles que faltam a cada dia em nossas vidas. O homem é o único ser pensantes da natureza e, por isso, possui racionalidade para buscar aquilo que lhe falta.

Pensando em todos esses pequenos fatos que o objetivo deste estudo foi traçado. A sociedade mudou muito em termos de direitos nos últimos dois séculos e, cada vez mais, é necessário que todos possam aprender e discutir sobre os caminhos que levaram à atualidade.

Somos diferentes, isso é um fato! E, na busca pela extinção das desigualdades, pela confirmação de que todo seres humanos são iguais perante a lei, muitas vezes se esquece de que não se é totalmente igual, e, sim, como bem disse Boaventura de Sousa Santos, todos possuem o direito de ser diferente e igual.

O direito humano à diferença, assim, surge como um aparato para conservar e consolidar a individualidade de cada um, o direito à alteridade, o direito a reconhecer o outro realmente como outro, com suas semelhanças e particularidades. Ultrapassando-se, assim, a barreira do “todos são iguais”, expandindo-a para “todos são iguais e diferentes”.

Vive-se a era dos Direitos, e um dos mais importantes a ser defendido e protegido pelos indivíduos é exatamente o direito de ser uma individualidade e de, pertencendo a um todo, conviver com os demais em um mundo com mais respeito e alteridade.

Referências

- BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). **Cidadania, direitos humanos e equidade**. Ijuí: Unijuí, 2012.
- _____. **Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo: levando o direito internacional a sério**. Ijuí: Unijuí, 2009.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3ª ed. Ijuí: Unijuí, 2002.
- BENEVIDES, Maria Victoria. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/benevidescidadaniaedireitoshumanos.pdf>> Acesso em 27 ago 2014.
- BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Cidadania e direitos culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil**. Santo Ângelo: FuRI, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: MNB, 2001.
- DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FOUCALT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2005.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A construção multicultural da igualdade e da diferença**. Oficina do CES nº 135. Janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>> Acesso em 20 08 2014.
- _____. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.

_____. **O que é democracia?** 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. **Poderemos viver juntos?:** iguais e diferentes. Tradução de Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. Petrópolis: Vozes, 2006.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e sociedade civil no espaço público democrático**. Disponível em: <http://gestaocompartilhada.pbh.gov.br/sites/gestaocompartilhada.pbh.gov.br/files/biblioteca/arquivos/cidadania_e_sociedade_civil_no_espaco_publico_democratico.pdf> Acesso em: 27 ago 2014.

PARTE II

DIREITOS HUMANOS E TECNOLOGIAS

NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA SOCIEDADE EM REDE: HACKTIVISMO E DESAFIOS PARA O DIREITO (1999 Seattle World Trade Organization Meeting)⁴⁴

Germano Schwartz⁴⁵

Jorge Alberto de Macedo Acosta Junior⁴⁶

Introdução

O advento das tecnologias nas duas três últimas décadas influenciou sobremaneira as relações sociais existentes. Tais relações apontam um movimento flexível e instável, caracterizado por redes de comunicação que alteram as bases da vida material, principalmente no que se refere a tempo e espaço. Nesse cenário, reelaboram-se as comunicações existentes no sistema social, sendo necessário observar como tal irritação perturba o sistema jurídico.

Nesse sentido, o presente artigo investigará o hacktivismismo como nova forma de manifestação política, entendendo-se que política e direito, inevitavelmente, estão acoplados estruturalmente por meio das constituições (SCHWARTZ; PRIBÁN; ROCHA, 2015). Para tanto, será utilizada, principalmente, a obra de Manuel Castells para compreender as interações sociais na sociedade informacional. A comunidade *hacker* será explorada em suas origens, relacionando seus interesses e seus valores no desenvolvimento da tecnologia. Por fim, em perspectiva, serão abordadas as informações reunidas e as manifestações ocorridas no 1999 Seattle World Trade Organization Meeting e suas consequências, em especial as ações políticas antiglobalização, cujos reflexos foram sentidos na esfera jurídica.

A sociedade em rede e de informação – sociedade contemporânea

Nas três últimas décadas, a humanidade tem evoluído no que se refere ao desenvolvimento tecnológico, o que, conseqüentemente, aumentou sua complexidade (LUHMANN, 1983). Essa aquisição evolutiva abrange os mais diversos sistemas sociais e que vão desde a produção ao entretenimento, da medicina à indústria bélica, do transporte à comunicação, da nanotecnologia ao ciberespaço, entre outros. Essa nova realidade faz com que os subsistemas parciais da sociedade absorvam, cada qual, a partir de sua própria lógica, tais perturbações (LUHMANN, 1997).

Utilizando-se o pensamento de Manuel Castells, conjugado com o de Luhmann naquilo que se aplica, as inovações tecnológicas informacionais que compreendem a microeletrônica, a computação (*software e hardware*), a telecomunicação, a radiodifusão, a optoeletrônica, a en-

44 O presente artigo é resultado de projeto financiado por Edital Universal CNPq (P. 441774/2014-8) e foi gestado nas discussões havidas no âmbito do “Observatório Direito e Novos Movimentos Sociais no Brasil”, albergado no Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle/Canoas.

45 Bolsista em Produtividade em Pesquisa do CNPq (Nível 2). Coordenador do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle/Canoas. Diretor Executivo Acadêmico da Escola de Direito das FMU. Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (Unisinos) com estágio doutoral em Paris X – Nanterre. Professor do Mestrado em Saúde e Desenvolvimento do Unilasalle. Secretário do Research Committee on Sociology of Law da International Sociological Association. Membro do Comitê Executivo do World Consortium on Sociology of Law. germano.schwartz@globo.com

46 Mestrando do Programa de Pós-Graduação da Unilasalle Canoas – Mestrado Acadêmico em Direito.

genharia genética e seus desenvolvimentos e aplicações próprias, ao contrário das tecnologias industriais, difundiram-se rapidamente no sistema social global. Conecta, com isso, a população dos países centrais; em consequência, seleciona e reafirma determinados grupos sociais.

Em decorrência, ocorreu a aplicação quase instantânea de referidas tecnologias. O uso desse instrumental se destinou à amplificação e ao processamento da comunicação gerada pela própria tecnologia (autorrecursividade), o que corresponde a uma retroalimentação de inovação, de uso e de desenvolvimento tecnológico sobre a informação (CASTELLS, 1999a, p. 69-71). Dessa forma, desenvolveu-se, em especial pelas comunicações incessantes de um sistema social global (TEUBNER, 2005), uma economia idem e informacional. Tal economia impõe processos de adaptação e de transformação social em relação à tecnologia para todos os segmentos que, de alguma forma, pretendem manter-se economicamente competitivos (CASTELLS, 1999a, p. 140-142).

A comunicação econômica, em nível global, fez com que a informação se inscrevesse como novo paradigma tecnológico. Assim, as ferramentas tecnológicas trabalham com e para a informação (um dos elementos da comunicação). Ela, a informação, toma papel nessa sociedade tanto individual como coletivamente. Interage, por meio de sua velocidade e de novas formas de comunicação, com as práticas sociais, o que resulta em novos moldes da atividade humana (CASTELLS, 1999a, p. 108).

Além disso, a tecnologia da informação possibilitou novas formas comunicacionais, convergindo em um sistema altamente integrado, que opera em uma lógica de rede, autorrecursiva e autorreferente (LUHMANN, 1997). Ela é utilizada em todos os tipos de organização e de processos, estruturando-se num complexo de interações que, em sua dinâmica, flexibilizam-se, dando, inclusive, a possibilidade de expansão da própria rede. A expansão da rede informacional gera um efeito que impulsiona os não estruturados na rede para dentro dela, pois, estar fora da rede implica a perda das informações facilitadas pela posição ocupada por seus participantes. Cabe, ainda, ressaltar que dita interconexão alcança as próprias tecnologias, no sentido de convergirem-se entre si, criando uma interdependência resultante em uma lógica compartilhada entre os campos tecnológicos e as metodologias que os configuram. A extensão dessa lógica se faz necessária para compreender novas interações sociais que se ampliam em uma rede de múltipla aproximação (CASTELLS, 1999a, p. 109-113).

Nesse sentido, pode-se observar que o fenômeno da globalização desenvolve-se nessa estrutura de rede mantida pelas relações econômicas e a propensão de homogeneização das relações sociais pelo mercado (ARNAUD E JUNQUEIRA, 2006, p. 221-222), como bem destacado por BECK (1998, p. 27-28):

O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico, e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão – a econômica –, que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial.

BAUMAN (1999, p. 25-29), por seu turno, observa que a crescente aceleração da comunicação global polarizou, ainda mais, as relações sociais da desdiferenciação (LUHMANN, 1977) entre países centrais e periféricos. Alguns (Apple, Microsoft, entre outros) chegam a possuir uma condição extraterritorial, isto é, por intermédio das redes de informação, verificam ser des-

necessário incorporarem-se nas comunidades locais, com todas as benesses e os problemas que tal atitude traz. Dessa maneira, há mecanismos de conservação do *status quo* que se espalham pelas redes comunicacionais em fluxos que introduzem conceitos, normas, modas, tendências, entre outros, e eles são impostos na realidade local (BAUMAN, 1999, p. 33). Assim, os fluxos estabilizam-se por meio da habilidade de se manterem desorganizados possíveis grupos de resistência. Para tanto, utilizam-se da projeção de estilos de vida descomprometidos com a realidade social e histórica, inserindo práticas sociais unidimensionais, arquitetadas para a uniformidade cultural globalizada (CASTELLS, 1991, p. 504-507).

De outra parte, sabe-se que os fluxos de comunicação de maior alcance atingem de forma material a sociedade, influenciando o sistema social global. Exemplifica-se com o fato de as megacidades serem vistas como grandes estruturas tecnocráticas que fornecem seu espaço físico para a função especializada que a rede informacional da economia destina-lhes. Seguindo tais parâmetros, a rede informacional define o espaço material de seus produtos ou serviços (CASTELLS, 1999a, 502-503).

Nessa mesma linha de pensamento, entende-se que a lógica de tais comunicações, para os processos de informação e desenvolvimento tecnológico, cria uma imunidade sobre qualquer reflexão ou crítica de sua aplicação no contexto social, garantindo uma blindagem de neutralidade para ações tomadas (DUPAS, 2001, p. 69-70). Ao investigar essa lógica, TAVARES expõe que a organização das comunicações está relacionada diretamente com um processo histórico, uma construção social, engendrada por opções políticas e conflitos entre grupos e classes. Ainda, destaca a habilidade dos fluxos dominantes de estabelecerem padrões e hábitos para manter o *status quo* (2014, p. 70-72).

O quadro social descrito, como destaca CASTELLS (1999c, p. 95-100), apresenta uma crescente desigualdade e exclusão social. Trata-se daquilo que MASCAREÑO (2014) descreve: toda inclusão gera, automaticamente, exclusão. Nem todos estarão incluídos, mesmo na sociedade em rede, mas tantos quantos sejam incluídos tantos outros serão excluídos. Muitos dos excluídos, em determinado momento, tentarão restar incluídos. E é, nesse momento, que o *UnRecht*, representado – nesse caso – pela cultura *hacker*, tentará modificar (ou adaptar) o *Recht*.

Cultura e ética *hackers*

Da descrição proposta, exsurge a cultura dos desenvolvedores/usuários da tecnologia. Eles tentam moldar o próprio ambiente da internet. Formam-se, então, comportamentos e costumes balizados por valores e crenças dentro do ciberespaço (CASTELLS, 2003, p. 34). Nesse sentido, Pierre LEVY (1999, p. 17) aponta que a cibercultura é “o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”. Para o mesmo autor, o ciberespaço constitui-se no (1999, p. 17)

novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.

CASTELLS, de outra banda, categoriza a cultura da internet em quatro camadas dife-

rentes: a cultura tecnomeritocrática, a cultura *hacker*, a cultura comunitária virtual e a cultura empresarial. Todas elas interagem entre si, construindo o ambiente virtual (CASTELLS, 2003, p. 34-35). Mas é LEVY quem traça essa interação historicamente, de modo mais específico, entre a cultura *hacker* e a cultura empresarial (1999, p. 125-126):

O movimento social californiano *Computers for the People* quis colocar a potência de cálculo nas mãos dos indivíduos, liberando-os ao mesmo tempo da tutela dos informatas. Como resultado prático deste movimento “utópico”, a partir do fim dos anos 70, o preço dos computadores estava ao alcance das pessoas físicas, e neófitos podiam aprender a usá-los sem especialização técnica. O significado social da informática foi completamente transformado. Não há dúvida de que a aspiração original do movimento foi recuperada e usada pela indústria. [...] Aqueles que fizeram crescer o ciberespaço são em sua maioria anônimos, amadores dedicados a melhorar constantemente as ferramentas de software de comunicação e não os grandes nomes, chefes de governo, dirigentes de grandes companhias cuja mídia nos satura.

Assim, a cultura *hacker* surge como movimento social no ciberespaço e se consolida como tal, definindo padrões de comportamento no espaço da internet e, conseqüentemente, na realidade material. Ao contrário do propagado nas redes midiáticas, os *hackers* não são um grupo de invasores que habitam a internet em busca de acessos privados trafegando na rede de maneira ilegal, proliferando confusão e desordem no ambiente virtual. Suas práticas estão ligadas ao desenvolvimento de tecnologias por meio de uma lógica de distribuição e de acesso gratuito aos *softwares* e aos seus códigos-fontes (CASTELLS, 2003, p. 38).

A ética dos *hackers* revela-se como valor social no ciberespaço. A comunidade *hacker* possui outro modo de enfrentar o trabalho e o dinheiro, princípios fundamentais para a manutenção dos fluxos econômicos dominantes. Sua atividade é desempenhada pela paixão de produzir as práticas descritas anteriormente, ou seja, bastando a diversão por si só (HIMANEN, 2001, p. 30-31).

André GORZ defende que a nova classe trabalhadora do imaterial, formada por programadores de computador, possui uma visão crítica da sociedade contemporânea, pois compreende suas exclusões intrínsecas. Nessa linha de raciocínio, a comunidade *hacker* entende que há possibilidade de mudança, conduzindo o movimento social contra a realidade vigente. A estrutura das redes de informação consiste na tentativa de libertação de mecanismos de manutenção dessa mesma rede (2005, p. 70-71). Os valores e os interesses da cultura *hacker* fundem-se ao coletivo social, fazendo emergir novas formas de protesto, quer na realidade virtual, quer na realidade material, afetando, via de consequência, o sistema jurídico.

Hacktivismo no 1999 Seattle World Trade Organization Meeting

Para MANION E GOODRUM, o hacktivismo constitui uma forma de desobediência civil dentro do ciberespaço. Tal ação deve assumir uma motivação moral; além disso, deve obedecer a certos parâmetros, como não apresentar dano a pessoas ou propriedades, não ser violento, não visar a lucro pessoal, ter motivação ética, ou seja, forte convicção de que a lei é injusta ou de extremo prejuízo ao bem comum e disposição para assumir a responsabilidade conseqüente da ação (2000, p. 2).

Tim JORDAN (2016), nessa esteira, procura explicar o *mass embodied online protest*, um tipo de ação que demonstra a amplitude do hacktivismo na sociedade contemporânea. Trata-se de uma ação em que os atacantes miram um servidor, sobrecarregando-o de informações durante pouco tempo, fazendo com que pare de funcionar. Também chamado de *distributed denial of*

servisse (DDoS), os hacktivistas multiplicam os acessos ao servidor ao infectarem outros computadores, fazendo-os acessarem o servidor simultaneamente. Em 1999, os *electrohippies*, grupo hacktivista com base no Reino Unido, atacaram a rede de computadores usada pelo 1999 Seattle World Trade Organization Meeting. Os organizadores do encontro sofreram com os ataques do coletivo hacktivista e, ao mesmo tempo, tiveram de lidar com mais de 450 mil protestantes (durante cinco dias) que invadiam as ruas. Os *electrohippies* publicaram uma nota sobre o ataque, discutindo a legitimidade da ação. Segue trecho da nota (2000, p. 3 e 8):

*What the electrohippies did for the WTO action was a **client-side distributed DoS action**. The electrohippies method of operation is also truly distributed since instead of a few servers, there tens of thousands of **individual computer users** involved in the action. The requests sent to the target servers are generated by ordinary Internet users using their own desktop computer and (usually) a slow dial-up link. That means client-side distributed actions require the efforts of real people, taking part in their thousands simultaneously, to make the action effective. If there are not enough people supporting then the action it doesn't work. The fact that service on the WTO's servers was interrupted on the 30th November and the and 1st of December, and significantly slowed on the 2nd and 3rd of December, demonstrated that there was significant support for the electrohippies action. So, the difference between the two actions is one of popular legitimacy versus individual will. The structure of the client-side distributed actions developed by the electrohippies means that there must be widespread support across a country, or continent in order to make the system work. Our method has built within it the guarantee of democratic accountability. If people don't vote with their modems (rather than voting with their feet) the action would be an abject failure. [...] The mission of the electrohippies collective is to assist the process of change towards a more fair and sustainable society using only electrons. **Electronic communications and the new media represent a new space within society that we have to utilise as we would the street or the council chamber**. Our aim is to use our skills to make tools available for ordinary people to do undertake electronic activism themselves. We must reduce the complex to the everyday, and enable people to access technology and use it to further their own causes.*

Na nota retrorreferida, o coletivo *electrohippies* anuncia que o *software* criado para atacar os servidores-alvo do 1999 Seattle WTO meeting é legítimo e democrático, pois utilizou o acesso individual para sobrecarregar os servidores-alvo.

No ano seguinte, o governo do Reino Unido cria o Terrorism Act 2000 cap 11 e o Regulation of Investigatory Powers Act 2000 cap 23 (UK, 2000b). Interessante observar o trecho da seção 58 do Terrorism Act 2000 (UK, 2000^a, p. 26) que dispõe:

Collection of 58.—(1) A person commits an offence if— information. (a) he collects or makes a record of information of a kind likely to be useful to a person committing or preparing an act of terrorism, or (b) he possesses a document or record containing information of that kind. (2) In this section “record” includes a photographic or electronic record.

Já o Regulation of Investigatory Powers Act 2000 cap 23 diz:

An Act to make provision for and about the interception of communications, the acquisition and disclosure of data relating to communications, the carrying out of surveillance, the use of covert human intelligence sources and the acquisition of the means by which electronic data protected by encryption or passwords may be decrypted or accessed; to provide for Commissioners and a tribunal with functions and jurisdiction in relation to those matters, to entries on and interferences with property or with wireless telegraphy and to the carrying out of their functions by the Security Service, the Secret Intelligence Service and the Government Communications Headquarters; and for connected purposes. [28th July 2000]

O ataque ao 1999 Seattle WTO meeting demonstra que a nova configuração social na era

contemporânea possibilita não só novos tipos de articulações, mas também a rearticulação do poder dentro das redes como assinala CASTELLS(2009, p. 76):

En un mundo de redes, la capacidad de ejercer control sobre otros depende de dos mecanismos básicos: 1) la capacidad de constituir redes y de programar/reprogramar las redes según los objetivos que se les asignen; y 2) la capacidad para conectar diferentes redes y asegurar su cooperación compartiendo objetivos y combinando recursos, mientras que se evita la competencia de otras redes estableciendo una cooperación estratégica.

O *electrohippies* criou um espaço deliberativo e simbólico como forma de *UnRecht*, com o intuito de reforçar, na rede, o processo democrático. Ao assim proceder, comunicou os valores e os interesses da comunidade *hacker*. Tal fato estimulou a habilidade de cooperação estratégica entre os incluídos na rede. A consequência foi a juridicização, como demonstra o trecho da nota publicada pelo *electrohippies collective* (2000):

Since early Summer 2000, the electrohippies have been rather «quiet». This is because the majority of the e'hippies are based in the UK, and during 2000 the British government has been developing new laws to 'police' British cyberspace. This potentially makes the actions of the electrohippies collective in the UK, whilst not illegal, potentially subject to a disruptive investigations by the state.

Over the past six months the electrohippies have been investigating these new laws. In our view, whilst not affecting «mainstream» Internet users in the UK, these laws impact on the rights of ordinary people who wish to protest or take some form of protest action on the Internet. This clearly affects the work of the electrohippies collective, but many other groups in the UK also.

In our view, these new laws are in conflict with our democratic rights. There should be no distinction between rights of protest in real life and in cyberspace. These laws create this distinction, and threaten the development of a true civil society within the new public arena created by electronic communications. The government cannot allocate this space arbitrarily to one group in society – the e-commerce corporations – and deny everyone else rights to develop their own activities and communities.

Ao se referir ao Estado, à violência e à vigilância, CASTELLS assevera que o poder da tecnologia faz potencializar as estruturas e as instituições, de forma a salientar as relações entre o poder e o Estado (1999b, p. 349). Nessa linha de pensamento, denota-se uma relação complexa entre o Estado e o *status quo*.

Como visto, o hacktivismo baseia-se na inconformidade com as estruturas vigentes. Entendem que os excluídos, ao se rebelarem contra tais mecanismos, contrariam a legalidade que ampara o Estado. Em outras palavras, o direito posto é uma norma contrafática (LUHMANN, 1983). Se, por um lado, alguns indivíduos estão amparados pelas leis, ao mesmo tempo, outros restam excluídos do amparo do Estado de Direito. Nessa esteira, a internet (a rede) revela-se no palco da comunicação em que se potencializa a efetiva transformação da sociedade (CASTELLS 2013, p. 172), mesmo que, para isso, o *UnRecht* que o hacktivismo representa ainda necessite de tempo para se transformar em *Recht*.

Considerações finais

As mudanças tecnológicas trazidas pela complexa sociedade contemporânea causaram uma mudança paradigmática no funcionamento da sociedade. Referidas práticas estão relacionadas à facilidade de comunicação e ao intenso fluxo de informações que transita nos espaços sociais, sejam eles materiais ou imateriais. Todas essas mudanças obedeceram a um processo

histórico que privilegiava os fluxos informacionais pertencentes à economia como já denunciava NEVES (2008). Assim, os fluxos econômicos interligaram-se globalmente, dando origem ao fenômeno da globalização. A seletividade da globalização ocasionou a expansão da exclusão.

As tecnologias da informação foram desenvolvidas e constantemente aprimoradas pela comunidade *hacker*. Logo, seus interesses e seus valores impregnaram diversas tecnologias, em especial a internet. A cultura *hacker* desenvolveu-se na contramão do Direito. Além disso, tal coletivo se apresenta como mão de obra importantíssima na nova configuração social. Quando os *hackers* percebem os mecanismos de exclusão e de inclusão sendo utilizados também na rede, utilizam o ciberespaço como palco de ações com fins político-jurídicos.

As manifestações do grupo *electrohippies* no 1999 *World Trade Organization Meeting*, em conjunto com as manifestações antiglobalização realizadas em Seattle, provocaram o término do evento antes da data esperada. A ação *hacktivista* atacou os servidores do evento, paralisando-os e causando lentidão. O grupo britânico utilizou-se de um *software* acionado via acessos de diversas pessoas no mundo inteiro. Em uma nota aberta no ciberespaço, descreveram sua ação como democrática. O Reino Unido, no ano seguinte, lançou dois atos legislativos, um podendo levar os *hackers* a serem considerados terroristas e outro, aumentando o aparato de vigilância do Estado na rede.

Diante dessas circunstâncias, observa-se uma constante disputa pelos espaços informacionais e simbólicos. A ética *hacker* emergente caracteriza-se como não direito, o outro lado do código do sistema jurídico. O ciberespaço, por seu turno, é dominado pelas redes econômicas, além de se constituir no campo de batalha comunicacional entre movimentos hegemônicos e contra-hegemônicos. Nessa relação antagônica, o Estado, historicamente posicionado ao lado do *Recht*, utiliza-se da legalidade para coibir a ação política do *Unrecht*, na tentativa de fazer cessar as ações comunicacionais do coletivo *hacker* por meio do uso do *Recht*. Resta, pois, claro, a partir do exemplo dado nesse ensaio, que, tanto um como outro se apresentam, segundo TEUBNER (1992), como uma das duas faces de Janus, o deus romano das transições e dos recomeços.

Referências

- ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. (Orgs.). **Dicionário da globalização: direito, ciência, política**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 27-28.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura; V.1. 9ª Edição**. São Paulo: Paz e Terra, 1999a.
- CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Madrid: Alianza Editorial, 2009.
- CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio – a era da informação: economia, sociedade e cultura; V.3**. São Paulo: Paz e Terra, 1999c.
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade – a era da informação: economia, sociedade e cultura; V.2. 8ª Edição**. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 1ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

- DJNZ; ELECTROHIPPIE COLLECTIVE. **Client-side distributed denial-of-service: valid campaign tactic or terrorist act?**. electrohippies Occasional Paper No.1, February 2000. Disponível em: <<http://www.fraw.org.uk/mei/electrohippies/archive/op-01.html>>, acesso em: 13 jan. 2016.
- DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação**: de como a autonomia das tecnologias obriga a rever o mito do progresso. 2ed. São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- ELECTROHIPPIE COLLECTIVE. **Cyberlaw UK: civil rights and protest on the Internet**. statement December 2000. Disponível em: <<http://www.fraw.org.uk/mei/electrohippies/archive/comm-200002.html>>, acesso em: 13 jan. 2016.
- HIMANEN, Pekka. **A ética dos hacker e o espírito da era da informação**: a importância dos exploradores da era digital. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- JORDAN, Tim. The politics of technology: three types of hacktivism. In: HÄYHTIO, Tapio; RINNE, Jarmo. (eds.). **Net working/networking**: citizen initiated internet politics. University of Tampere, 2008. Disponível em: <http://uta32-kk.lib.helsinki.fi/bitstream/handle/10024/68019/net_working_2008.pdf?sequence=1>, acesso em: 13 jan. 2016.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, Niklas. Differentiation of Society. **The Canadian Journal of Sociology/ Cahiers Canadien de Sociologie**, Vol. 2, n.1 (Winter 1977), p. 29-53.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MANION, Mark; GOODRUM, Abby. **Terrorism or civil disobedience: toward a hacktivist ethic**. Computers and society. v. 30, n. 2, p. 14-19, jul. 2000.
- MASCAREÑO, Aldo. Diferenciación, Inclusión/Exclusión y Cohesión en la Sociedad Moderna. **Revista del Centro de Investigación de un Techo para Chile**, n.17, Segundo Semestre de 2014, p. 8- 25.
- MASCARO. Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MASCARO. Alysson Leandro. Estado e forma política. São Paulo: Boitempo, 2013.
- NEVES, Marcelo. São Paulo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil**. : Martins Fontes, 2008.
- SCHWARTZ, Germano; TRIBÁN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia Sistêmico-Autopoiética das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- TAVARES, Rosilene Horta. Tecnologias da informação e comunicação: a lógica instrumental do acesso. In: MARQUES. Rodrigo Moreno [et al.] (orgs.). **A informação e o conhecimento sob as lentes do marxismo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2014.
- TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba : Unimep, 2005.
- TEUBNER, Gunther. The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism. **Cardozo Law Review**, 1992, p. 1443-1463.
- UNITED KINGDOM. **Regulation of investigatory powers act 2000 chapter 23**. 28 July 2000b Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/pdfs/ukpga_20000023_en.pdf>, acesso em: 13 jan. 2016.
- UNITED KINGDOM. **Terrorism act 2000 chapter 11**. 20th July 2000a, Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/pdfs/ukpga_20000011_en.pdf>, acesso em: 13 jan. 2016.

MARCOS REGULATÓRIOS BALIZADORES DAS PATENTES NA BIOTECNOLOGIA: PATENTES DE GENES HUMANOS

*Salete Oro Boff⁴⁷
Vilmar Antonio Boff⁴⁸*

Introdução

As recentes invenções e descobertas na área da biotecnologia demandam investimentos e, por consequência, seus criadores e descobridores exigem a proteção dos seus direitos sobre as criações. Nesse ponto, o Direito de Propriedade Intelectual assume papel relevante no processo de desenvolvimento dos países, pois se constitui em garantia da proteção dos direitos dos detentores do conhecimento, incentivando o desenvolvimento de novos estudos e retribuindo o investimento dos pesquisadores. Para regulamentar os interesses convergentes de vários Estados em matéria de propriedade intelectual, os Tratados e Convenções Internacionais são os instrumentos usualmente utilizados.

A partir dessas considerações, o presente estudo tem por objetivo analisar a proteção jurídica das criações humanas e o tratamento jurídico previsto nos principais documentos internacionais e na legislação brasileira sobre as patentes na biotecnologia, especialmente sobre as patentes de genes humanos.

A trajetória dos direitos intelectuais sobre as criações humanas

A atividade criativa é inerente ao ser humano. Na Antiguidade, já era visível o poder criativo do homem nas mais diversas formas de manifestação, e o uso da técnica apresenta-se como diferencial entre os povos dominantes e os dominados. Alguns trechos bíblicos retratavam essa dominação: os povos que detinham o conhecimento utilizavam ferramentas mais avançadas e proibiam seu uso por outras nações (SILVEIRA, 1987).

Pode-se aproximar o direito de proteção concedido pela patente aos privilégios feudais. No século XVI, criou-se, na Inglaterra, o Estatuto dos Monopólios (FROTA, 1993, p. 18), que exerceu papel fundamental “na definição do valor jurídico e histórico dos privilégios” (BASSO, 200, p. 67), pois reconhecia o direito de obter patente a quem contribuisse realmente com a introdução de inovações para a indústria.

A partir do século XVIII, alguns países passam a adotar um sistema de patente fortemente nacionalista. Isso se verifica nas colônias britânicas da América após a independência, em 1776. Nesse sistema de patentes, o inventor deveria garantir que era realmente o inventor, fornecendo declaração “clara e precisa da invenção para permitir a um homem de arte reproduzir e utilizar” (PLASSERAUD, 1986, 46) sua criação. No século XIX, consolida-se a trajetória do sistema de concessão de privilégios em um sistema de patentes. A França destacava-se no

47 Pós-Doutoranda pela UFSC. Doutora em Direito pela UNISINOS. Professora do PPGD IMED – Faculdade Meridional, professora da UFFS e do IESA. E-mail: salete.oro.boff@gmail.com.

48 Doutor em Desenvolvimento Regional pela UNISC. Professor da UERGS e Vice-coordenador do PPGA-URI. E-mail: vaboff@gmail.com.

tratamento da matéria e, por essa razão, exerceu influência fundamental na elaboração das legislações dos demais países. A Convenção União de Paris, em 1883, representou um avanço no sentido de procurar harmonizar as legislações internacionais sobre a matéria das invenções, concedendo ao autor o direito à propriedade imaterial.

O conjunto de direitos dos criadores/inventores denomina-se propriedade intelectual (PLASSERAUD, 1986, 46). Destacam-se, entre eles, os direitos autorais, a propriedade industrial e a proteção de formas *sui generis* de criações. O direito de autor contempla as obras de arte, a propriedade literária (literatura), científica e artística. São as criações do espírito; seu objeto resulta do trabalho intelectual, fruto de “um esforço pessoal (trabalho) realizado pela inteligência e inspiração de uma pessoa (ou de um grupo de pessoas), com o apoio no seu patrimônio de conhecimentos e de experiência” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 27). No campo da propriedade industrial, estão as patentes, as marcas, os desenhos e modelos industriais, as indicações geográficas e a concorrência desleal. Entre as criações *sui generis*, estão o *software*, a proteção das cultivares, dos conhecimentos tradicionais e de banco de dados.

As patentes são entendidas como um privilégio temporário concedido pelo Estado a uma pessoa física ou jurídica pela criação industrial, suscetível de beneficiar a sociedade. O titular possui o direito exclusivo de exploração do objeto da patente, constituindo-se em um “acordo” entre o inventor e a sociedade/Estado. O Estado concede a capacidade condicional, “caracterizada pelo uso exclusivo de um novo processo produtivo ou a fabricação de um produto novo vigente por um determinado prazo temporal e, em troca, o inventor divulga a sua invenção permitindo à sociedade o livre acesso ao conhecimento da matéria objeto da patente” (MACEDO; BARBOZA, 2000, p. 20). Portanto, a proteção é privilégio do inventor e fonte de informação ofertada à sociedade. Para garantir o direito de exclusividade, o poder público estabelece mecanismo de registro no órgão oficial, com o fim de distinguir uma invenção de outra. Se houver utilização por terceiros, caberá indenização ao inventor (pagamento de *royalties*) como forma de compensar os custos de tempo, dinheiro e esforço empreendidos para o desenvolvimento da invenção (CHIEN, 2007, p. 6). Porém, o direito exclusivo do inventor tem como limite o interesse público. A concessão de licenças compulsórias é uma forma para utilizar a invenção, correspondendo ao atendimento da necessidade pública, sem romper o direito do inventor.

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) incluiu a matéria sobre a proteção da propriedade industrial na parte relativa aos direitos e as garantias fundamentais, no Título II, artigo 5º inciso XXIX (direito do inventor). A par disso, o texto salienta a necessidade de a propriedade exercer a função social, transcendendo a concepção privatista estrita, abarcando outros valores extensivos à propriedade intelectual. A lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Fica claro que a CF/1988 ressalva os propósitos nacionais em um campo considerado crucial para o desenvolvimento, quando dedica um capítulo à ciência e tecnologia, no título relativo à Ordem Social. Nesses preceitos, constam como incumbência do Estado a promoção e o incentivo do desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica, com vistas ao desenvolvimento e ao apoio à formação de recursos humanos nas áreas da ciência e tecnologia. O texto constitucional prevê, ainda, o estímulo às empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia adequada ao país, com a faculdade de vincular receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino, à pesquisa científica e tecnológica.

Nessa linha, Hammes (2002, p. 285) considera que a concessão de patente assegura o desenvolvimento econômico, pois a “proteção do inventor não objetiva apenas permitir e estimular os inventores, o que também se objetiva com o direito de autor, mas levar ao conhecimento de todos o que se conhece de técnicas e isto o mais cedo possível.”

Pode-se acrescentar à função da patente a proteção do interesse público, ao possibilitar a rápida comercialização dos inventos, além de incrementar a troca de informações, o que evita o dispêndio de esforços com a duplicação de investigação sobre a mesma matéria. A sociedade tem interesse de conhecer as novas técnicas, pois de nada adiantaria o avanço das invenções se elas não fossem divulgadas (HAMMES, 2002).

Notadamente, nos últimos anos, o avanço da tecnologia apresenta nova visão da natureza e do homem, com reflexos nas relações sociais e no estabelecimento de novos valores, em substituição aos enraizados na tradição, como ocorreu no final do século XIX, em relação à física e à química. Trata-se do desenvolvimento acelerado da (bio)tecnologia, que produz alterações em conceitos tradicionais, como no que se refere à reprodução, à sexualidade e ao parentesco, assim, também, nas formas de alimentação, de trabalho, de relação com os filhos, de política, de expressar a fé e a própria “visão de mundo”.

Os avanços tecnológicos podem consistir em “produtos” ou “processos”. Costumeiramente, a tendência das legislações sempre foi não conceder patente aos produtos ou processos naturais. Com a emergência da moderna biotecnologia, tal interpretação das disposições legais dos sistemas patenteários começa a ser questionada e, até, ampliada. As especificidades da biotecnologia dificultam a comprovação dos requisitos para concessão da patente ou impõem a necessidade de certas adaptações da lei ou em sua interpretação, para caracterizar a novidade de inventos biotecnológicos, uma vez que a biotecnologia sempre opera sobre materiais vivos, existentes na natureza.

Além dessas dificuldades, o debate gira em torno do modo de proteção e a sua extensão (HOBBELINK, 1990, p. 146). E, nesse contexto, apresentam-se os Tratados e Convenções internacionais, como basilares, traçando diretrizes para a elaboração das legislações internas de cada país em matéria de propriedade industrial, estabelecendo as condições para concessão de patentes.

Tratados e convenções internacionais em matéria de patentes na biotecnologia: CUP e TRIPs

O caráter eminentemente internacional do Direito da Propriedade Intelectual deu origem a Acordos e Convenções Internacionais sobre a matéria. No século XIX, surgem as CUP – Convenções União de Paris (1883) e de Berna (1886) –, as quais estabeleceram normas gerais de observância internacional para proteção da propriedade intelectual. Essas Convenções preveem a regulamentação dos conflitos de leis e de jurisdição; da condição dos estrangeiros e o gozo dos seus direitos; o princípio do tratamento nacional; a harmonização do direito privado material e o princípio do tratamento unionista. De igual forma, traduz-se em limite a faculdade de os Estados regularem, de maneira independente, uma matéria de extrema importância e de caráter internacional.

Com a CUP, cria-se um novo organismo para o Direito internacional: a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em 1967, a qual passa a administrar a Convenção

e vários tratados relativos à propriedade industrial e aos direitos de autor e conexos. Esse organismo tem por objetivo estimular a proteção da propriedade intelectual por todas as Nações, mediante a cooperação entre os Estados; assegurar a cooperação administrativa entre as Uniões de propriedade intelectual, como a CUP; estabelecer e estimular medidas apropriadas para promover a atividade intelectual criadora e facilitar a transmissão de tecnologia para os países em desenvolvimento.

Baseado nos demais Tratados Internacionais sobre a matéria, o Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPs) surge no âmbito da Rodada do Uruguai de Negociações Multilaterais do GATT, sob a influência dos Estados Unidos, da União Europeia e do Japão. A proteção dos direitos intelectuais exigia soluções multilaterais, que proporcionassem soluções globais. A partir dessa interferência, o GATT passa a ter competência para tratar de aspectos dos direitos intelectuais, uma vez que estão ligados à atividade comercial.

A função do TRIPs foi reduzir as distorções e empecilhos ao comércio internacional e estabelecer parâmetros mínimos para promover uma proteção efetiva e adequada aos direitos da propriedade intelectual. Essa tarefa se concretiza na proibição do comércio de mercadorias falsificadas; na regulamentação da matéria patenteável; na indicação dos direitos conferidos aos inventores; na regulamentação do tratamento dado ao uso sem autorização do titular do direito; na determinação do tempo de vigência, assim como das condições gerais para encaminhamento do pedido de patente. O artigo 7º do Acordo contempla os objetivos do TRIPs, baseados nos valores sociais relevantes, equilibrando o conhecimento tecnológico e sua utilização pelos usuários.

Segundo o TRIPs, enquadram-se como não patenteáveis os métodos de diagnósticos terapêuticos ou cirúrgicos para o tratamento humano ou de animais, as plantas e animais (menos os microrganismos) e os processos essencialmente biológicos para a obtenção de plantas ou animais⁴⁹. O Tratado deixou a cargo dos Estados a exclusão ou não da proteção de plantas ou animais, dos procedimentos biológicos para a obtenção, por meio de suas legislações, expressando em seu artigo 27.3 'b', que a matéria referente à biotecnologia e a variedades vegetais está sujeita à revisão após quatro anos da vigência do Acordo.

A posição dos Estados Unidos e da União Europeia no contexto das patentes na biotecnologia

A concessão de patentes nos Estados Unidos é tradição, uma vez que a legislação protege, de forma ampla, os inventores. O marco inicial dessa proteção é a previsão constitucional, por meio da qual cabe ao Congresso Nacional a promoção do progresso da ciência e da arte e, ao mesmo tempo, garantir a proteção aos inventores de “algo novo, suscetível de aplicação industrial, e lícito, resultante do espírito inventivo do homem” (Domingues, 1989, p. 2). Seguiu-se ao texto constitucional a primeira lei de patentes – Patent Act, de 1790.

Desse modo, a concessão do privilégio fundamenta-se na promoção do desenvolvimento técnico e científico para o progresso do país e para o bem-estar social e, com isso, garante os direitos do criador que revelar sua invenção ao público. O órgão que centraliza a concessão de

49 O Brasil faz parte do TRIPs desde 1994. O ordenamento brasileiro recepcionou o Acordo pelo Decreto n. 1.355/94.

patentes nos Estados Unidos é o United States Patent Office (USPTO), desde 1836 (DOMINGUES, 1989-b, p. 53). Os princípios básicos (prévios) para a obtenção de patente são a novidade, a utilidade e a não obviedade.

A partir da década de 1980, cresce acentuadamente o número de pedidos de patentes. Mudanças institucionais e legais, ao lado do surgimento de novos setores da economia baseados em tecnologia, ajudam a explicar esse fato. Há visível preocupação em promover entidades ou empresas pequenas, com instruções de encaminhamentos, como a simplificação de procedimentos, a redução de taxas devidas, além de permitir o acesso direto aos inventores para dar andamento aos seus pedidos: “as patentes americanas são bens valiosos para todas as companhias que confiam na inovação para sobreviverem e prosperarem na economia global hodierna” (TUGOL, 1997, p. 46).

Percebe-se a trajetória demarcada pelas decisões das Cortes Americanas em relação ao tratamento dispensado aos processos que empregam microrganismos ou organismos vivos. Inicialmente, os depósitos de pedidos de patente foram indeferidos por parte das autoridades administrativas encarregadas de gerenciar o sistema de patentes americano, sob a argumentação de que os pedidos reivindicando proteção sobre matéria viva careciam de ‘novidade’, um dos requisitos essenciais para o reconhecimento da invenção como passível de patenteamento.

Entre os casos analisados pelos Tribunais americanos, o que mereceu destaque foi o da bactéria manipulada por A. Chakrabarty. Essa variedade microbiológica é capaz de degradar componentes do óleo cru, com utilização no controle biológico dos derrames de óleo no mar. A decisão inicial denegou o pedido de patente, baseada no fato de tratar-se de ‘produto da natureza e um ser vivo’. O processo prosseguiu nas esferas administrativas e jurídicas até que, em histórica e polêmica decisão, a Suprema Corte Americana, em 1980, determinou que microrganismos manipulados pela mão do homem poderiam ser considerados produtos protegidos. O Título 35, parágrafo 101, do United States Code assegura a patente ao microrganismo produzido pelo homem. Essa decisão abriu caminho para o reconhecimento de proteção a outras formas de vida⁵⁰, como a concessão da primeira patente para um animal geneticamente modificado em 1988: o Rato de Harvard (rato oncológico), usado como cobaia em testes para detectar o câncer de mama (DOMINGUES, 1989, p. 127 e ss).

Em razão desses fatos, os Estados Unidos é o país que mais se destaca em matéria de proteção por patentes, seja pelo número de invenções produzidas ou pela postura tradicional favorável à proteção dos direitos de propriedade industrial. As instituições norte-americanas que recebem recursos governamentais ficam obrigadas a seguir as normas de segurança do National Institute of Health-NIH, nas pesquisas de DNA recombinante. Há uma lacuna em relação à regulamentação que disciplina e obriga as empresas privadas, pesquisadoras com recursos privados oncológico, usado como cobaia em testes para detectar o câncer de mama (DOMINGUES, 1989, p. 53).

Por outro lado, os membros da Comunidade Europeia iniciam discussões nos anos 1960

50 Como salienta Douglas Gabriel Domingues: “(...) a decisão *in re Chakrabarty* torna-se extremamente relevante pelo seguinte: a *rationale* da decisão alcança e é aplicável a todos os organismos vivos. De microrganismos unicelulares produzidos através das técnicas de combinação de genes, DNA recombinante, a organismos superiores e multicelulares. Deste modo, no caso de ser requerida patente para um novo organismo superior multicelular, realmente dotado de novidade e suscetibilidade de aplicação ou utilização industrial, dentro do precedente contido no caso *Chakrabarty*, o mesmo deve ser patenteável nos EUA.” (DOMINGUES, 1989, op. cit., p. 154).

com o fim de promover a criação de um sistema europeu de patentes: a patente comunitária. Essa iniciativa consolidou-se em 5 de outubro de 1973⁵¹. A Convenção da Patente Europeia exclui da proteção as descobertas; as teorias científicas e os métodos matemáticos; as criações estéticas; os planos, princípios e métodos no exercício de atividades intelectuais, em matéria de jogo ou no domínio das atividades econômicas; os programas de computadores e as apresentações de informações. Ainda, não são considerados como invenções suscetíveis de aplicação industrial os métodos de tratamento cirúrgico ou terapêutico do corpo humano ou animal e os métodos de diagnóstico aplicáveis ao corpo humano ou animal. Essa disposição não se aplica aos produtos, especialmente às substâncias ou composições, para utilização num desses métodos. Apresentam-se, como exceção, as invenções cuja publicação ou execução for contrária à ordem pública ou aos bons costumes; as variedades vegetais ou as raças animais, assim como os processos essencialmente biológicos de obtenção de vegetais ou de animais, não se aplicando essa disposição aos processos microbiológicos e aos produtos obtidos por esses processos⁵².

Desde meados dos anos 1980, em vista da importância da biotecnologia e da engenharia genética, os membros da Comunidade Europeia (CE) pretendem buscar a harmonização legal da proteção às invenções biotecnológicas para preservar e incentivar os investimentos na área. A questão inicial referia-se à criação de uma proteção uniforme do material biológico, porém não havia preocupação com a regulamentação ética, além da “falta de clareza sobre a eventual possibilidade do patenteamento de material contendo genes humanos isolados” (WOLFF, 1998, p. 13-14).

A Diretiva 98/44/CE, aprovada pela maioria do Parlamento Europeu, surge como necessidade de equiparar o nível de proteção observado nos EUA, atendendo aos interesses comerciais dos países europeus. Contudo, deve-se destacar também a preocupação com a bioética, inclusive com a participação de grupos ativistas na sua elaboração. A Diretiva tomou por base “os aspectos éticos do patenteamento de material biológico e informações genéticas”, com destaque para a necessidade de uma criteriosa avaliação pelos órgãos que fornecem as patentes sobre os impactos causados à “ordem pública” e aos “bons costumes”.

Os principais pontos da Diretiva 98/44/CE fixam-se no objetivo de harmonizar as leis referentes à proteção da biotecnologia e suas práticas nos diferentes membros da Comunidade, além da introdução da dimensão ética na Lei de Patentes. Essa harmonização tem como preocupação a adaptação da legislação existente aos novos princípios. Nesse sentido, o Parlamento Europeu prende-se em razões claras: “Considerando que é essencial uma proteção eficaz e harmonizada no conjunto dos Estados-membros para preservar e incentivar os investimentos no domínio da biotecnologia.” (DIRETIVA UE, 1998) A questão ética está presente na justificativa 16, como se pode observar:

Considerando que o direito de patentes deverá ser aplicado no respeito dos princípios fundamentais que garantem a dignidade e a integridade da pessoa humana; que importa reafirmar o princípio segundo o qual o corpo humano, em todas as fases da sua constituição e do seu desenvolvimento, incluindo as células germinais, bem como a simples descoberta de um dos seus elementos ou de um dos seus produtos, incluindo a seqüência ou a seqüência parcial de um gene humano, não são

51 O Decreto n.º 52, de 30 de agosto de 1991, aprovou a retificação da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia. O texto foi modificado por decisão do Conselho de Administração da Organização Europeia de Patentes, em 21 de dezembro de 1978.

52 Conforme artigos 52 e 53 da Convenção Europeia de Patentes.

patenteáveis; que esses princípios estão em conformidade com os créditos de patenteabilidade previstos pelo direito das patentes, segundo os quais uma simples descoberta não pode ser objeto de uma patente (...) (DIRETIVA UE, 1998).

Essa diretiva está em consonância com o Acordo TRIPs e com a Convenção sobre Diversidade Biológica, e estabelece o dever de “proteger as investigações biotecnológicas”. No artigo 3º, relacionam-se os materiais considerados patenteáveis: as invenções “novas que impliquem uma atividade inventiva e sejam suscetíveis de aplicação industrial, mesmo quando incidam sobre um produto composto de matéria biológica ou que contenha matéria biológica” (DIRETIVA UE, 1998). Na delimitação do que pode ser patenteado no campo da biotecnologia, o inciso II, do artigo 3º, prevê a possibilidade de proteção de seres vivos: “(...) II – Material biológico que é isolado de seu ambiente natural ou produzido por meio de um processo técnico pode ser objeto de uma invenção mesmo que ele exista na natureza”.

Ao mesmo tempo, o artigo 4º relaciona as situações que não são merecedoras de proteção: “as variedades de vegetais e as raças de animais; os processos essencialmente biológicos de obtenção de vegetais ou de animais”. Na sequência, o artigo 5º considera como não patenteável o corpo humano, nos vários estágios da sua constituição e do seu desenvolvimento, bem como a simples descoberta de um dos seus elementos, incluindo a sequência total ou parcial de um gene. Essa exclusão visa retirar da proteção as invenções que contrariam a ordem pública ou moralidade, com resguardo aos princípios da moral e da ética cultuados pela comunidade, além de garantir a integridade corporal e a dignidade da pessoa.

Contudo, na sequência, o item 5.2 prevê a possibilidade de obtenção de patentes. Entende-se, nesse sentido, “um elemento isolado do corpo humano ou produzido de outra forma por processo técnico e que seja suscetível de aplicação industrial”, salientando, entretanto, que a patente não abrange o corpo humano. O elemento isolado pode ser resultado de processos técnicos “que identificaram, purificaram, caracterizaram e se multiplicaram fora do corpo humano”, sendo possível esse desenvolvimento somente pela atuação humana (DIRETIVA UE, 1998). A patenteabilidade de sequências parciais de genes deverá preencher os critérios de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, de igual forma a outros inventos tecnológicos.

Ainda, a Diretiva retrata preocupação com o respeito aos direitos humanos, indicando sua sujeição a avaliações periódicas, em vista dos cuidados especiais que a matéria envolvida requer. Igualmente, apresenta a preocupação com a moral, renegando a patente a tudo o que seja contrário à ordem pública ou à moral. Assim, considerando a questão ética, a Diretiva *exclui* o privilégio de quatro tipos de invenções, no seu artigo 6º:

[...] processos de clonagem de seres humanos; os processos para modificar a linhagem de identidade genética do ser humano para fins industriais ou comerciais e os processos para modificar a identidade genética de animais que lhes ocasionem sofrimentos sem qualquer utilidade médica substancial para o homem ou para o animal bem como os animais obtidos por esses processos.

Como se pode constatar, procura-se equilibrar os direitos do inventor e os interesses da sociedade e dos cientistas, inclusive submetendo ao Grupo Europeu de Ética para as Ciências avaliar os aspectos éticos ligados à biotecnologia (artigo 7º). Assim, é prudente garantir mecanismos que permitam uma forma de retribuição ao inventor ou descobridor, a fim de que os conhecimentos genéticos, considerados ‘patrimônio da humanidade’, sejam aprofundados, também

é conveniente ter presente os possíveis impactos éticos, sociais e jurídicos que a biotecnologia pode gerar.

A legislação brasileira e a propriedade intelectual na biotecnologia

Os Estados Unidos exerceram influência direta na criação e atualização da legislação brasileira em matéria de propriedade intelectual em geral, por impor sanções comerciais aos países que não observassem as normas de propriedade intelectual ou que dispusessem de legislação insuficiente na área⁵³. A Rodada do Uruguai do GATT, em 1986, deixou clara a influência dos EUA no mercado mundial, ao ditar as diretrizes básicas do Acordo TRIPs, por meio do qual se passa a adotar critérios genéricos e princípios mundialmente reconhecidos para a proteção da propriedade intelectual (DEL NERO, 1998, p. 107 e ss)⁵⁴. Diante disso, em meados de 1990, o Poder Executivo brasileiro encaminha ao Congresso Nacional Projeto de Lei para adequar a legislação às exigências internacionais. O Projeto destacava a importância da propriedade intelectual, em razão das novas tecnologias e por ser condição para atrair investimentos internacionais. Os destaques mais polêmicos referiam-se à área de fármacos e da biotecnologia.

Atualmente, a Lei nº 9.279/96 regula os direitos incluídos na propriedade industrial. Segundo essa norma, pode ser patenteada a matéria que atenda aos requisitos previstos nos artigos 8º e 9º⁵⁵. As matérias enquadradas no artigo 10 não são consideradas invenções nem modelo de utilidade. São exemplos as descobertas; as teorias científicas, métodos matemáticos, as criações puramente abstratas; os esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, publicitários, de sorteio e de fiscalização; obras literárias, arquitetônicas, artísticas, científicas ou qualquer criação estética⁵⁶; programas de computador (o sistema operacional do computador é patenteável); apresentação de informações; regras de jogo; técnica e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano e animal; o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

A aplicação desse dispositivo pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) desconsidera o fato de o isolamento do material ter ocorrido com atividade inventiva, novidade ou aplicação industrial, requisitos da patenteabilidade. Na análise sobre os inventos biotecnológicos, Alice Rayol (2003, p. 55) comenta o artigo 10, inciso IX, “podemos dizer que não seria matéria patenteável qualquer substância isolada da natureza, seja ela um extrato natural de plantas ou animais, ou mesmo uma enzima, ou uma seqüência de DNA ou gene, pois, segundo a interpretação dada ao mencionado artigo, constituiria uma parte de ser vivo.”

Destacam-se como passíveis de proteção as substâncias isoladas, desde que sofram alguma modificação; as alterações pela manipulação humana; o isolamento de substâncias de planta

53 Lei de Propriedade Industrial, 9.279/96, Lei de Direito de Autor, nº 9.610/98.

54 A autora destaca que: “O foro competente para discussão e inserção da temática deveria ter sido a OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), que é uma organização intergovernamental com sede em Genebra, Suíça, estabelecida em 1967, por intermédio da convenção firmada em Estocolmo e denominada “Convenção que Estabelece a Organização Mundial de Propriedade Intelectual”.

55 É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade (inventar o que não existia), de atividade inventiva (criação do intelecto humano) e de aplicação industrial (pode ser utilizada ou produzida em qualquer tipo de indústria). Essas condições são “distintas, cumulativas e ordenadas”. (LOUREIRO, 1999, p. 44).

56 Essas criações são protegidas pelo Direito Autoral.

quando presente em uma composição para o tratamento de alguma patologia; os métodos para isolamento dos produtos naturais (RAYOL, 2003, p. 55). São consideradas parte de um ser vivo as linhagens de células isoladas, as quais não seriam passíveis de proteção pela patente. O INPI entende que somente bactérias, leveduras e fungos podem ser enquadrados nessa definição. Portanto, os pedidos de patente que reivindicam organismos geneticamente modificados “que não sejam microrganismos transgênicos, por exemplo, linhagens de células animais e vegetais geneticamente modificadas, têm sua patenteabilidade vedada segundo o artigo 18, inciso III, mesmo que atendam aos requisitos da patenteabilidade.” (RAYOL, 2003, p. 55)

Há muita polêmica sobre a questão da patenteabilidade de seres vivos, uma vez que extrapola os direitos individuais do inventor, envolvendo aspectos éticos e morais e, por outro lado, questões de ordem científica e econômica, não menos complexas para o Direito⁵⁷. O artigo 18 enumera como não patenteáveis toda invenção contrária à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; as matérias relativas à transformação do núcleo atômico; o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microrganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade e que não sejam meras descobertas⁵⁸.

De igual forma, a lei veda a proteção por patentes a novas formas derivadas de raça animal, “através de caracteres genéticos novos como, por exemplo, um animal obtido por cruzamento ou um animal nascido de genitores que apresentavam características determinadas” (LOUREIRO, 1999, p. 73), assim como proíbe a concessão de patente à invenção que tenha como objeto o todo ou parte de seres vivos (produto). A lei, entretanto, não se refere aos processos de obtenção, deixando margem para que sobre eles seja pleiteada a proteção por patente. Assim, quanto aos microrganismos, a legislação brasileira não proíbe a concessão de patentes aos processos microbiológicos e aos produtos obtidos por esses processos, mas a norma exclui da proteção os microrganismos tais como se encontram na natureza (descoberta).

Pelo exposto, verifica-se a existência de duas posições em relação às patentes de microrganismos: a que nega a concessão de patente aos microrganismos naturais, considerados ‘descobertas’, e a que atribui patente aos processos microbiológicos, para obtenção de produtos que tenham aplicação industrial, considerados ‘invenções’.

Além da análise da Lei nº 9.279/96, é primordial considerar os preceitos da Lei Maior. A Constituição assegura direito à pesquisa, mas estabelece o direito à vida (art. 5º *caput*), a proteção à dignidade da pessoa humana como limite ao uso do conhecimento (art. 1º, III) e o direito à saúde (art. 196). Ocupou-se o texto constitucional também de impor limites à manipulação do patrimônio genético, vedando a clonagem humana. A matéria sobre a pesquisa genética está presente no artigo 225, que compreende o complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, destacando, no inciso II, a necessidade de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e a manipulação do material genético” (CHINEN, 1997, p. 19).

Apresenta-se nesse viés, a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) firmada no Rio de Janeiro, em 1992, cujo objetivo principal destina-se à proteção da biodiversidade, promoção

57 O desenvolvimento da presente tese tem como questão central à análise desse assunto com mais profundidade.

58 Conforme Art. 18 – Parágrafo único:

Para fins da Lei n. 9.279/96, os microrganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

do uso sustentável e a partilha justa e equilibrada dos benefícios do uso dos recursos genéticos (SCHOLZE, 1998).

Da mesma forma, a Lei de Cultivares, nº 9.456/97, artigo 3º, IV estabelece que a proteção se dá à variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, “por sua determinação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal (...), bem como a linhagem de híbridos”. Ainda o artigo 8º prevê que será protegido o material de reprodução ou de multiplicação da planta inteira.

Como novidade, salienta-se a Lei de Biossegurança, nº 11.105, de 24 de março de 2005, que objetivou estabelecer normas sobre o uso das técnicas de engenharia genética (utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia); a pesquisa e a fiscalização dos organismos geneticamente modificados; o papel, a estrutura, as competências e o poder da CT-NBio e a formação e organização do Conselho Nacional de Biossegurança. Na verdade, a lei foi aprovada sem critérios claros, pois agrupou matérias diversas e complexas, sem ponderar a pertinência desse tratamento. E, sob pressão, procurou-se editar um texto legal que conviesse a todos, porém com linguagem aberta e deficiente.

Ao referir-se aos organismos geneticamente modificados, a norma os define como “aqueles resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como: fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliploide e qualquer outro processo natural”. No tocante à utilização de células-tronco embrionárias, a lei passa a permitir a sua utilização para fins de pesquisa e terapia, desde que essas células sejam obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento e, ainda, sejam inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Verifica-se, em síntese, que a legislação nacional relativa à propriedade intelectual de matéria viva concede proteção para microrganismos geneticamente modificados e para cultivares de plantas. Excluem-se do privilégio as sequências de DNA de qualquer espécie de ser vivo, as plantas e os animais (todo ou parte).

Conclusão

A garantia dos direitos de propriedade intelectual dá segurança aos inventores e aos investidores, gera riquezas e garante empregos, favorecendo a criação de novos bens e serviços, que contribuem para melhorar as condições de vida dos povos. Tratados, convenções e diretivas procuram traçar pontos mínimos como basilares para as legislações internas dos países e, mais recentemente, acentua-se o debate sobre a questão do patenteamento de material vivo.

Especificamente sobre o patenteamento de genes humanos, há controvérsias quanto à sua proteção, porque os genes não caracterizam ‘invenção’ por falta-lhes o requisito da novidade, uma vez que já existem na natureza. Como descoberta, não são objeto de privilégio na maioria das legislações. Além desse requisito material, é preciso considerar os aspectos éticos, pois conceder proteção aos genes significa a apropriação do corpo humano, mesmo que por um período determinado. Tal atitude afronta a dignidade da pessoa humana e, por essa razão, inicialmente, não se concedeu proteção às invenções e às descobertas nessa área.

Entretanto, esse posicionamento flexibilizou-se nos últimos anos, sendo admitida, por alguns países, a proteção por patentes, se não para o produto, mas para os processos de isolamento. Na verdade, o enquadramento das sequências genéticas como invenção amplia os conceitos tradicionais, ou modifica os requisitos necessários para garantir os direitos por meio das patentes. Em termos internacionais, podem destacar-se duas tendências: a orientação norte-americana, no sentido de conceder patentes, e a orientação europeia, mais prudente, restringindo alguns casos.

Assim, é imperioso considerar que a técnica alia o progresso a novos desafios. Embora os ordenamentos jurídicos ainda se apresentem frágeis para dar conta das novas relações jurídicas, urge estabelecer indicadores que permitam repensar o tema, reconhecendo-se, desde logo, a precaução na aplicação e na interpretação das normas jurídicas conciliadas aos princípios éticos e morais (bioética), já que a biotecnologia ocupa-se de matéria viva, inclusive de material humano.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. **Direito Internacional Público**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1956.
- BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Posto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BASTOS, Aurelio Wander. **Dicionário brasileiro de propriedade intelectual e assuntos conexos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- BERGEL, Salvador D. Requisitos y excepciones a la patenteabilidad. Invenções biotecnológicas. In.: CORREA, Carlos M. (Coord). **Derecho de patentes**. El nuevo regimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos Y Administrativos. 1996, 15-16.
- BERGEL, Salvador Darío. Patentes de genes: implicações éticas e jurídicas. In. **Revista Bioética**. V. 5, n.2, 1997, p. 244.
- CARVALHO, Nuno Pires de. Os desafios da propriedade intelectual perante as novas revoluções tecnológicas. In: **VI Encontro de Propriedade Intelectual e comercialização de tecnologia**, 2003, Rio de Janeiro.
- CHINEN, Akira. **Know-how e propriedade industrial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CORREA, Carlos M. (Coord). **Derecho de patentes**. El nuevo regimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos Y Administrativos. 1996.
- DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual**. A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: RT, 1998.
- DINIZ, Davi Monteiro. **Propriedade industrial e segredo em comércio**. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 81-82.
- DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- _____. **Primeiras patentes de invenção de animal superior e a proteção legal dos embriões**. Rio de Janeiro: Forense, 1989-b.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e Garantias Individuais**. São Paulo: Edipro, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A propriedade intelectual e o desenvolvimento tec-**

- nológico sob o prisma da Constituição brasileira.** In: Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 2002, p. 27.
- FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. **Proteção de patentes e produtos farmacêuticos.** O caso brasileiro. Brasília: FUNAG/IPRI, 1993.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado de propriedade industrial.** Rio de Janeiro: Forense, v. II, t. I, Parte II, 1952.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa.** Tomo I. Buenos Aires: Taurus, 1999-a.
- HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual.** 3.ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.
- HOBBELINK, Henk. **Biotecnologia - muito além da revolução verde.** Trad. Sebastião Pinheiro, Gert Roland Fischer e Jacques Saldanha. Porto Alegre: [s.n], 1990.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis. **La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano.** Madrid: Civitas, 1995.
- JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética. Trad. Carlos Fortea Gil. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- _____. **El principio de responsabilidad.** Trad. Javier M. Fernandez Retenaga. Barcelona: Editorial Heder, 1995.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes** Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.n].
- LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V. **A lei de propriedade industrial comentada.** São Paulo: Lejus, 1999.
- MACEDO, Maria Fernanda Gonçalves e BARBOSA, A L. Figueira. **Patentes, Pesquisa & Desenvolvimento: um manual de propriedade intelectual.** Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.
- MATTOS, Cláudio O. Justaposições como invento científico. **Revista Biotecnologia, Ciência & Desenvolvimento.** Brasília, Ano I, n. 5, mar-abr, 1998, p. 27.
- MATHÉLY, Paul. **Le droit français des brevets d'invention.** Paris: Journal des notaires et des Avocats, 1974, p. 19-43.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia.** São Paulo: RT, 2005.
- MORENO, P. C. Breuner. **Tratado de patentes de invencion.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1957, v. I.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. **Las funciones del derecho mundial de patentes.** Argentina: Advocatus, 2000.
- _____. **Direito industrial.** As funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- PLASSERAUD, Yves e SAVIGNON, François. **L'état et l'invention-histoire des brevets.** Paris: Documentation française, Institut National de la Propriete Industrielle, 1986.
- RAYOL, Alice. Tendências de exame dos pedidos de patente na área da biotecnologia. **Revista da ABPI**, n. 63. mar-abr, 2003, p. 50.
- ROSSETTO, Carlos Jorge. **Riqueza do primeiro mundo e pobreza do terceiro mundo.** Debate Nacional – Projeto Nacional Ciência e Tecnologia, crise do Estado e privatização, neoliberalismo e nova dependência. São Paulo: INEP, 1995.

- SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. Trad. Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: EDUSP, 1992.
- SCHOLZE, Simone H. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. **Cadernos de Ciência & Tecnologia**. Brasília: Embrapa, v. 15, 1998.
- SILVEIRA, Newton. **Curso de propriedade industrial**. 2.ed. São Paulo: RT, 1987.
- SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado de propriedade industrial**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- TUNGOL, Maria Parrish. Patentes dos Estados Unidos: um patrimônio para todas as épocas. In. **Revista da ABPI**, n. 31, nov-dez 1997, p. 46.
- WOLFF, Maria Thereza. Diretiva da Comissão Europeia sobre a proteção legal de invenções biotecnológicas. In. **Revista da ABPI**, n. 37, nov-dez 1998, p. 13-17.
- _____. O que o Brasil perde por não considerar como invenção o material biológico isolado da natureza. **Revista da ABPI**, n. 63, mar-abr. 2003, p. 47.
- www.inpi.gov.br/patente/conteúdo, acessado em 11.02.05.

DIREITOS HUMANOS E A (DES)PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL: EXISTE(M) ALTERNATIVA(S)?

*Isabel Christini Silva de Gregori*⁵⁹

*Lorenice Freire Davies*⁶⁰

*Márcia Samuel Kessler*⁶¹

Introdução

A proteção dos direitos humanos depende muito do esforço conjunto dos indivíduos. Ainda se percebe a existência de atitudes que violam os direitos dos demais, porque ainda há pessoas que desrespeitam o diferente.

As comunidades tradicionais, tais como os quilombolas, as comunidades indígenas, as camponesas, as ribeirinhas, dentre outras, constituem a imensa diversidade cultural da humanidade. Seus conhecimentos constituem uma modalidade de conhecimento coletivo, saberes e técnicas transmitidas de geração em geração, formando, assim, uma fonte cultural de riqueza incomensurável, de titularidade pertencente a toda uma coletividade.

Por essa razão, considerando a importância desses povos, o presente trabalho busca demonstrar que os direitos das comunidades tradicionais devem ser respeitados em sua integralidade. Ao se proteger seu modo de vida e os seus conhecimentos, quando objetivo é a convivência harmônica com o meio ambiente ao seu redor, promove-se a sustentabilidade e, portanto, defende-se o direito humano a um meio ambiente preservado.

Nesse contexto, a pesquisa busca responder aos seguintes problemas: Como os povos tradicionais vêm tendo seus conhecimentos (des)protegidos pelo atual regime de propriedade intelectual? Existem alternativas para a tutela dos direitos intelectuais coletivos?

Quanto à metodologia, utilizou-se a abordagem hipotético-dedutiva, partindo-se da hipótese de que o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs) não respeita o conhecimento tradicional associado. Como técnica de pesquisa, emprega-se a análise bibliográfica, por meio de documentos, doutrinas e de legislação aplicada, relacionados ao Direito, à Antropologia e à Ecologia.

No desenvolvimento do estudo, se buscará realizar na primeira seção um panorama da evolução da legislação internacional de proteção dos direitos humanos nos últimos séculos, concomitantemente com a inclusão da proteção ambiental entre esses direitos; na segunda seção, será criticada a postura existente de mercadorização dos conhecimentos tradicionais associados, apresentando-se o conflito existente entre o TRIPs e a Convenção da Diversidade Biológica

59 Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UFSM. Líder do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, registrado no Diretório de Grupos do CNPq.

60 *In memoriam*. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Bolsista Capes.

61 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Bolsista Capes. E-mail: marcia.kessler@gmail.com

(CDB). Por fim, no último capítulo, pretende-se apresentar alternativas para superar o atual cenário de (des)proteção dos conhecimentos tradicionais.

Panorama histórico do meio ambiente como direito humano

Considerando a historicidade dos direitos humanos, os quais se encontram em constante processo de construção e reconstrução, observa-se que os primeiros precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos se encontram no direito humanitário, na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁶². Posteriormente, percebeu-se a consolidação dos direitos humanos em âmbito internacional em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, como resposta às violações de direitos desse período.

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU), organismo internacional por meio do qual surge uma “nova ordem internacional” (MAZZUOLI, 2011, p. 198), instaurando um modelo de conduta nas relações internacionais. Em seguida, em 1945, a redação da Carta das Nações Unidas serviu como um símbolo de novas transformações no âmbito do direito internacional, consolidando-se a internacionalização dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 203).

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, há a elaboração de diversos tratados internacionais com o objetivo de proteger direitos básicos dos indivíduos. Até então, temas como os relacionados às minorias não eram objeto de apreciação, tendo-se em vista que o princípio de soberania dos Estados era tido como absoluto e incontestável (MAZZUOLI, 2011, p. 815).

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o princípio da não discriminação, formulado já no artigo 1º (3) da Carta das Nações Unidas de 1945. A partir dele, tem-se a confirmação da necessidade de atenção especial ao tratamento conferido às minorias, preconizando-se a garantia de igualdade dos indivíduos independente do grupo étnico, religioso ou linguístico a que pertença (SILVA, 2000, p. 354).

Ao se falar de minorias, é importante destacar que os direitos humanos são claramente universalistas, ou seja, pretendem proteção universal de direitos e liberdades, de forma a se obter um “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2013, p. 224). Nesse sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 já afirma, em seu parágrafo 5º, a universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos⁶³.

Essa inter-relação dos direitos humanos afirmada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 demonstra a existência de uma influência entre os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e ambientais, aos quais, no decorrer da história, foram atribuídas distintas importâncias⁶⁴. Por essa razão, pode-se perceber que assim como a importância dada aos direitos

62 Há divergência entre autores quanto à construção da história dos direitos humanos (para outras construções históricas vide RAMOS, 2014). O Direito Humanitário por ligar-se às questões de guerra e por dar a noção de que há limites à liberdade e autonomia dos Estados no plano internacional; a Liga das Nações por apresentar dispositivos que limitavam a concepção de soberania estatal absoluta; a OIT por difundir padrões internacionais de condições de trabalho. (PIOVESAN, 2013). No mesmo sentido, MAZZUOLI, 2011).

63 BRASIL. **Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 7 out 2014.

64 Alguns autores divergem entre a utilização de dimensões ou gerações de direito, o que para Valerio de Oliveira Mazzuoli não modifica o conteúdo desses direitos, portanto, indifere qual dos termos será utilizado. Entretanto, percebe-se que há uma crítica ao sistema geracional de direitos por induzir à ideia de que os direitos possam ser sucedidos (ex.: os direitos de primeira geração sejam sucedidos pelos de segunda geração e assim por diante). Concorde-se com a ideia de que os direitos humanos tenham surgido de forma não linear e, muitas vezes, concomitante. (MAZZUOLI, 2011, p.810).

humanos não foi realizada de forma concomitante, a preservação do meio ambiente também não teve a mesma intensidade nos debates internacionais, possuindo como marco histórico no âmbito internacional a Declaração de Estocolmo de 1972 (STEFANELLO, 2014, p. 31).

A Declaração de Estocolmo de 1972 teve grande influência no tratamento da defesa do meio ambiente como direito humano, tendo vários de seus 26 princípios incorporados em convenções, declarações e resoluções vindouras (SILVA, 2002, p. 31). Posteriormente, em 1992, com a realização da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), no Rio de Janeiro, buscou-se a conservação da diversidade biológica para a geração atual e para as gerações futuras, baseando-se no conceito de desenvolvimento sustentável e no retorno dos benefícios econômicos para atividades de preservação, particularmente nos países em desenvolvimento.

Com isso, percebe-se que, no decorrer da história, diversos tratados abordaram temas de interesse à humanidade, buscando garantir direitos humanos importantes para a qualidade de vida coletiva e individual. Nesse sentido, se faz importante esclarecer que os direitos humanos, para fins desse estudo, emergem na concepção dos povos tradicionais ligados essencialmente à natureza, sendo essa uma extensão da própria vida humana desses povos.

Concebem-se os direitos humanos inerentes aos povos tradicionais a partir de uma nova leitura sistêmica e atual pela ótica do coletivo das comunidades tradicionais, em que a ética do respeito à coletividade faz parte da forma sustentável do relacionamento entre o ser humano e o meio ambiente, necessitando de novas ressignificações para os direitos humanos culturais e ambientais. Dessa forma, a visão dos direitos humanos, na atualidade, pode ser interpretada a partir das lutas coletivas e suas conquistas sedimentadas na (re)construção das perspectivas de um direito emancipador para os povos tradicionais.

A legislação internacional de (des)proteção dos conhecimentos tradicionais associados

Conforme abordado, a CDB foi um acordo importante em termos de proteção internacional do meio ambiente. Por meio dela, pôde-se evidenciar a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais, esclarecendo que a diversidade biológica consiste não em um patrimônio comum da Humanidade, mas, sim, em uma preocupação comum global.

A partir da CDB, observa-se que o texto final do acordo ao invés de prever sanções ou obrigações previu tão somente princípios a serem seguidos pelos países, deixando de prever instrumentos de regulação do acesso aos recursos genéticos e não contemplando adequadamente os direitos e interesses de comunidades tradicionais (IBOUE, 2007, p. 70). Por ser um instrumento de *soft law*, a CDB não possui um viés coercitivo, apresentando 27 princípios que servem como diretrizes para as práticas de sustentabilidade.

Essa flexibilidade permitida ao acordo final da CDB permitiu que acordos posteriores impositivos pudessem prevalecer, bem como que legislações nacionais pudessem ser permissivas a posturas de vulnerabilização do meio ambiente. Foi o que ocorreu no âmbito internacional, durante as rodadas de negociação realizadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC), que culminaram na imposição dos TRIPs. A partir do estabelecimento desse acordo, delineou-se o atual sistema de patentes.

O TRIPs, no entendimento de Carolyn Deere, é a “(...) peça central do sistema global de regras, instituições e práticas de governança da propriedade e fluxo do conhecimento, tecnolo-

gia e outros ativos intelectuais” (DEERE, 2011, p. 1)⁶⁵. A assinatura do TRIPs representou uma revolução na história da proteção da propriedade intelectual por meio do estabelecimento de um conjunto universal e juridicamente vinculativo de normas de propriedade intelectual.

Conforme se observa, a redação final do TRIPs foi resultado de um jogo intenso entre proponentes e aceitantes, marcado por altas apostas econômicas e sociais em um campo extremamente desigual, cujo resultado deixou ambas as partes insatisfeitas (DEERE, 2011, p. 1). Exemplo disso é o artigo 27.3(b) do TRIPs que consiste em ponto de divergência entre os países.

O artigo 27.3(b), apesar de prever a impossibilidade de patenteamento de plantas e animais, abre exceção para microrganismos e processos essencialmente biológicos para produção de plantas e animais. Além disso, outro artigo do TRIPs que gera discordância é o 62, pois exclui determinados aspectos entre os requisitos para obtenção de patentes. Entre eles, estão a identificação do país de origem dos recursos genéticos ou do conhecimento tradicional associado e a prova de obtenção de consentimento prévio fundamentado e de repartição de benefícios.

Conforme explica Antonio Carlos Diegues, o conhecimento científico ocidental se apropria do conhecimento tradicional dos povos e comunidades tradicionais transformando-os em mercadorias, retirando-os da coletividade em que foram construídos de forma solidária para inseri-los no mercado capitalista (DIEGUES, 2013, p. 9). Tem-se, portanto, uma relação dual: de um lado, está o saber acumulado das populações tradicionais sobre os ciclos naturais, sobre a influência da lua nas atividades, sobre os sistemas de manejo dos recursos naturais; de outro, o conhecimento científico, que acaba por desconhecer e desprezar o conhecimento tradicional oralmente acumulado.

A autora Carol Proner assevera que, “a propriedade intelectual, da forma como se regula frente aos grandes capitais e legislada pelo Estado, determina um círculo vicioso de produção de miséria econômica e humana” e de destruição (PRONER 2007, p. 74). Essa dependência, assim reforçada pela manutenção das trocas desiguais, decorrentes do aspecto mercadorocêntrico de consideração do individualismo-patrimonial, assevera a lógica do dominante e o dominado. E, nessa relação, o sistema de patentes, enquanto influenciado pela racionalidade econômica, não protege efetivamente a biodiversidade e o direito dos povos, pois é usado em nome daqueles que possuem avançada tecnologia e controle do mercado – Estados desenvolvidos e empresas transnacionais (RUBIO; ALFARO, 2004).

Assim, verifica-se que, no campo político da proteção ambiental, há um desprivilégio às preocupações dos povos tradicionais e com a elaboração de uma regulamentação mais clara e objetiva da utilização de seus conhecimentos, o que gera incerteza e permite a utilização desses conhecimentos sem a devida compensação.

Nessa perspectiva, sem desconhecer as relações geopolíticas e de poder aos quais os órgãos internacionais estão submetidos, as polissêmicas significações dos direitos humanos são úteis na construção de um cenário melhor para os direitos coletivos dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, na medida em que a legislação nacional se faça presente de forma concreta e assegure prerrogativas a esses povos, onde o território, a natureza, o conhecimento, a cultura e o humano sejam integrantes de um todo. Em outras palavras, seria a proteção da biodiversidade conjugada com a sociodiversidade, isto é, quando se entende que o ser humano faz

65 Tradução livre.

parte da natureza e só sobrevive junto com ela.

Por essa razão, na seção seguinte se abordará a possibilidade de construção de alternativas ao atual cenário de (des)proteção dos conhecimentos tradicionais.

Construção de alternativas para o atual cenário de (des)proteção

O conhecimento tradicional dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais é resultado de muitos anos de vivência junto ao meio ambiente e serve a esses povos como fonte de seus medicamentos, alimentos e insumos para seus rituais e práticas culturais. Com a expansão do capital em busca de novas áreas de exploração, os conhecimentos desses povos tornou-se alvo de pesquisa e se constituiu em verdadeira “fonte” de investigação científica para obtenção de novos produtos, especialmente na área biotecnológica.

Assim, com a ampliação das investigações, percebeu-se que os saberes desses povos associados ao patrimônio genético das plantas e animais possui um valor muito maior do que o bem ambiental por si só. Ao se tornar objeto de pesquisa da biotecnologia, esse conhecimento passa a ser uma forma de mercadoria que vai abastecer, entre outros, o bilionário mercado de fármacos mundial, o qual tem por subsídio a propriedade intelectual.

Em meio a um embate que se estabelece entre populações tradicionais e conhecimento científico, verifica-se também a existência de grande contradição entre o sistema de propriedade intelectual vigente e o modo de vida e conhecimentos dos povos indígenas e quilombolas relacionado à utilização do meio ambiente. Isso porque, enquanto o primeiro (sistema de propriedade intelectual) é concebido para ser excludente, monopolista, individual e privatista, o segundo é construído e utilizado tradicionalmente pelos seus detentores de forma coletiva, solidária e em harmonia com a natureza (DANTAS, 2004, p. 308).

Na tentativa de superar esta “ciência sem consciência”, articula-se então sociedade e natureza para problematizar o conhecimento científico e tecnológico de uma racionalidade atrelada apenas às noções econômicas, alheia a realidade global e complexa (LEFF, 2011, p. 138-139). Essa dependência, assim, reforçada pela manutenção das trocas desiguais, decorrentes do aspecto mercadocêntrico de consideração do individualismo-patrimonial, assevera a lógica do dominante e o dominado no contexto mercadológico e aos povos tradicionais, respectivamente.

Com isso, frente à alienação da natureza e no sentido de se superar a hegemonia do aspecto mercantil patentário, é necessário reforçar e tutelar de forma efetiva o direito dos povos, não se admitindo a perpetuação de um contexto de conveniências econômicas, em que os conhecimentos tradicionais somente possuem valor quando lhes é atribuído caráter de cientificidade e potencial econômico. Assim, a partir da premissa da mercantilização da natureza, é importante que se pense na perspectiva da sustentabilidade, visto que ela norteia, condiciona e modela o desenvolvimento. Trata-se de um paradigma de renovação indispensável de costumes, a opção maior pela dignidade da vida (FREITAS, 2012, p. 83).

Cabe lembrar que a sustentabilidade é multidimensional, e as suas dimensões (social, econômica, ambiental, político-jurídica, ética) se entrelaçam, conforme explica o doutrinador Juarez Freitas:

Tais dimensões (ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica) se entrelaçam e se constituem mutuamente, numa dialética da sustentabilidade, que não pode, sob pena de irremediável

prejuízo, ser rompida. Não se trata, como visto, da singela reunião de características esparsas, mas de dimensões intimamente vinculadas, componentes essenciais à modelagem do desenvolvimento. De fato. Condicionam-no (FREITAS, 2012, p. 71).

No enfoque da dimensão social da sustentabilidade, destaca-se como perspectiva de paradigma sustentável o engajamento na causa do desenvolvimento que faça a sociedade sobreviver, em longo prazo, com dignidade e respeito ao valor intrínseco dos demais seres vivos. Ainda, o incremento intra e intergeracional, bem como uma gestão aperfeiçoada de processos que garantam condições propícias ao florescimento virtuoso das diversas potencialidades humanas (FREITAS, 2012, p. 306).

Assim, passar da uniformidade para a diversidade é essencial tanto ecológica quanto politicamente. É um imperativo ecológico, porque apenas um sistema baseado na diversidade respeita os direitos de todas as espécies e é sustentável. Também é um imperativo político, porque a uniformidade anda de mãos dadas com a centralização, enquanto a diversidade requer controle descentralizado (SHIVA, 2003, p. 19).

A diversidade, como maneira de pensar e maneira de viver, é necessária para superar o empobrecimento gerado pelas monoculturas mentais (SHIVA, 2003, p. 19). No tocante às comunidades locais, os seus direitos são “o seu controle, o seu saber e os seus direitos que (...) precisam ser fortalecidos se quisermos que a preservação da biodiversidade seja real e profunda. Esse fortalecimento tem de ser feito por meio da ação local, da ação nacional e da ação global” (SHIVA, 2003, p. 113).

A autora Vandana Shiva apresenta um caminho para remediar o sistema estruturado. Ele pode ser encontrado por meio do bioimperialismo, que se traduz no desequilíbrio Norte-Sul, a fim de também reconhecer as contribuições das comunidades locais para o desenvolvimento da biodiversidade (SHIVA, 2003, p. 113). Isto é, Vandana Shiva propõe que o atual regime seja substituído por outro, através das estruturas da biodemocracia.

A biodemocracia baseia-se no reconhecimento e no respeito do valor intrínseco dos seres vivos e seu próprio direito ao êxito, bem como ao reconhecimento dos direitos originais dos povos que evoluíram conjuntamente com a biodiversidade de determinado local (SHIVA, 2003, p. 115). Para isso, entende-se que os Estados devem proteger esses direitos dos interesses monopolistas de apropriação privada dos seres vivos por meio de patenteamento, o que poderá ocorrer por meio da descentralização dos direitos à biodiversidade.

Também como perspectiva de proteção dos direitos intelectuais coletivos, verifica-se que a autora Juliana Santilli reporta a um regime jurídico *sui generis*, com o reconhecimento de sujeitos com a titularidade coletiva dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, com pressupostos na identidade cultural coletiva e a usos, costumes e tradições coletivamente desenvolvidos, reproduzidos e compartilhados (SANTILLI, 2008, p. 175). Representa, assim, uma alternativa em razão da falta de consenso da temática, contudo essa perspectiva também se enquadra na forma de mercantilização da natureza.

Outra perspectiva remete à importância de se utilizar, nas discussões sobre propriedade intelectual, a análise (ou estudo) cultural. Essa análise possibilita melhor compreensão e reflexão sobre as articulações dos modelos (eurocêtricos) impostos, os quais são aceitos com naturalidade pela sociedade, com pouca (ou sem) expectativa de transformação, como o (atual) modelo do desenvolvimento econômico, que está engendrado na cultura da racionalidade do lucro, entre

outros.

A cultura condiciona a visão de mundo do homem. Conforme o autor Roque de Barros Laraia, os indivíduos discriminam comportamentos desviantes porque sua herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre os condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade (LARAIA, 2009, p. 67).

Diante dessas observações acerca da necessária consideração e perspectivas da inclusão dos conhecimentos tradicionais como direito, bem como para a efetiva proteção da sociobiodiversidade, o sistema de patentes deveria ser (re)pensado, pois reconhecer as diferentes culturas e seus conhecimentos tradicionais vinculados aos seus modos de vida brinda a humanidade com importantes noções de solidariedade, cooperação e proteção ambiental.

Nesse patamar de proteção e concepção integral do direito, se poderia apresentar um dos principais fundamentos dos direitos da sociobiodiversidade: o direito à vida em todas as suas perspectivas, em que os humanos e a natureza, em conjunto, seriam titulares de direitos dentro de uma visão integral e simbiótica de cooperação. Vislumbra-se, então, a perspectiva que supera a visão tradicional de assegurar aos seres vivos não humanos uma proteção apenas em razão do benefício econômico do ser humano para chegar a uma nova concepção de direitos, numa perspectiva de simbiose entre todos os seres vivos e demais elementos que compõem a natureza, admitindo-se uma ética de respeito e de satisfação mútua das necessidades da natureza e dos humanos dentro dos critérios de harmonia e, notoriamente, em específico ao objetivo desse estudo, a observância a dignidade, aos direitos fundamentais e humanos dos povos tradicionais.

Considerações finais

O respeito aos direitos humanos dos indivíduos é fundamental, entre eles o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa perspectiva, buscou-se demonstrar a importância da preservação dos conhecimentos tradicionais associados no contexto internacional.

Dessa importância de respeito à pluralidade, seja cultural ou ambiental, emerge uma relação de simbiose e cooperação entre todos os seres. Essa relação permite que se eleve o patamar epistemológico de reconhecimento da natureza para além do meio ambiente, incluindo também a tutela efetiva dos conhecimentos tradicionais dos povos.

Buscou-se, assim, demonstrar que, apesar de o atual TRIPs promover a aceleração da insustentabilidade ambiental, por meio da apropriação privada de conhecimentos ambientais coletivos e dos recursos naturais, é necessário o estabelecimento de um novo patamar que supere essa visão. Dessa forma, é importante determinar uma nova rota que desvie o desenvolvimento humano do atual caminho da insustentabilidade baseada em um sistema de propriedade intelectual legitimadora da capitalização dos saberes locais, expandindo lucros por meio da biotecnologia.

A superação desse contexto deve e pode acontecer, sob pena de se continuar comprometendo a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, sejam humanos ou não humanos. No embate de forças econômicas, tem-se um grande desafio a ser aceito pelo sistema de patentes. Para isso, é importante pensar em alternativas que permitam o reconhecimento e o respeito do valor intrínseco dos seres vivos e de seus direitos.

Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil [1988]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 20.dez.2013.
- BRASIL. **Convenção sobre Diversidade Biológica [2000]**. Disponível em < <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>>. Acesso: 20. dez. 2013.
- BRASIL. **Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 7 out 2014.
- DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Los pueblos indígenas brasileños y los derechos de propiedad intelectual. In: **Nuevos colonialismos del capital**. Propriedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID, Isabel V.Lucena (orgs). Barcelona: Icaria Editoria, 2004.
- DEERE, Carolyn. **The implementation game: the TRIPS Agreement and the Global Politics of intellectual property reform in developing countries**. New York (EUA): Oxford University Press, 2011.
- DIEGUES, Antonio Carlos. **A educação ambiental e a questão das áreas naturais protegidas**. Disponível em:<<http://nupaub.fflch.usp.br/sites/nupaub.fflch.usp.br/files/color/educamb.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013. p.9.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- INOUE, Cristina Yume Aoki. **Regime global de biodiversidade: o caso Mamirauá**. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 2007.
- LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 24 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- LEFF, Enrique. **Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade**. Trad. Lúcia Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual: para uma outra ordem jurídica possível**. Cortez Editora, São Paulo: Brasil. 2007. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/varios/Proner_2007.pdf>. Acesso:20.dez.2013.
- RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano. Introducción. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID, Isabel V. Lucena (org.). **Nuevos colonialismos del capital: propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos**. Barcelona: Icaria, 2004.
- SANTILLI, Juliana. A biodiversidade e os povos tradicionais. In.: BENSUSAN, Nurit (org.). **Seria melhor mandar ladrilhar? Como, para que e por quê?**. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.
- SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. Rio de Janeiro:

Thex Ed., 2002.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. Do Direito Ambiental aos Direitos da Sociobiodiversidade: fundamentos e perspectivas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; FERREIRA, Heline Sivini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **Direito socioambiental**: uma questão para a América Latina. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

JUSTIÇA AMBIENTAL E ECOLOGIA POLÍTICA: REFLEXÕES SOBRE A TÉCNICA DE CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO URBANO

Jerônimo Siqueira Tybusch⁶⁶

Aspectos introdutórios

A problemática urbano-ambiental é, na atualidade, um dos principais pontos de debate nos cenários local, regional, nacional e internacional. A reflexividade acerca do conceito de espaço urbano assume diferentes matizes ao conectar-se com temáticas como mobilidade, segurança, geomorfologia ambiental, política, cultura e cidadania. Nesse sentido, pode-se afirmar que o estudo das cidades conectado à perspectiva ecológica é temática por deveras complexa e multidisciplinar e, por consequência, oferece desafios consideráveis à regulação jurídica. Todavia, a solução passa pela técnica, mais especificamente em ressignificar a técnica, em especial se atribuímos a maioria dos impactos ambientais às tecnologias de consumo.

Dito de outra forma, é preciso alterar a nossa percepção sobre o uso das tecnologias urbanas. E o caminho para tal mudança passa pela comunicação com o político. Esta comunicação permite politizar e humanizar as novas tecnologias para concretização de uma justiça ambiental urbana. Portanto, o objetivo central da presente pesquisa é analisar as potencialidades e os desafios para a formação de uma perspectiva diferenciada de observação dos impactos ambientais urbanos desde o ferramental conceitual da Ecologia Política e Justiça Ambiental.

Assim, o problema proposto à presente pesquisa está consolidado no seguinte questionamento: quais são os limites e possibilidades para o despertar de percepções acerca das novas tecnologias urbanas e seus impactos ambientais, desde as perspectivas da Ecologia Política e Justiça Ambiental? Para tanto, optou-se como abordagem a perspectiva sistêmico-complexa, considerando as relações comunicacionais entre as “disciplinas” da sociedade (sistema da economia, política, direito e cultura) e a comunicação ecológica produzida nesses acoplamentos, bem como a relação de complexidade existente entre os mesmos. Como teoria de base, foram utilizados autores da Geografia e Urbanismo Críticos, como Milton Santos e Henri Lefebvre, da Ecologia Política, como Enrique Leff, da Sociologia Contemporânea, como Zigmunt Bauman e da Filosofia e Complexidade, como Michel Foucault, Umberto Galimberti e Alfredo Pena-Veja. Em relação ao procedimento, empregou-se basicamente a análise bibliográfica e documental. No que tange à técnica, optou-se pela construção de fichamentos e resumos estendidos sobre a bibliografia analisada.

O presente capítulo está dividido em três itens, a saber: 1) espaço, mobilidade e tecnologias do urbano: em que serão abordadas as características complexas do urbano, bem como questões relacionadas à técnica, ao espaço e à mobilidade; 2) o cenário urbano-ambiental: aportes desde a ecologia política e justiça ambiental: nessa seção, será apresentada a problemática dos impactos ambientais urbanos e seus desdobramentos na atualidade, bem como busca-se responder ao problema de pesquisa apresentando as contribuições e os desafios dos conceitos de justiça ambiental e ecologia política para a produção de observações diferenciadas acerca do urbano e

66 Professor Adjunto na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), onde atua como Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito). Pesquisador e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS), registrado no CNPq e certificado pela UFSM. E-mail: jeronimotybusch@ufsm.br.

de seus impactos ambientais.

Espaço, mobilidade e tecnologias urbanas

A problemática urbana da atualidade passa pela transformação do espaço. Da ação infringida pela técnica na transformação do espaço. Nessa perspectiva, pode-se partir de um questionamento central: que elementos determinam a transformação do espaço e das territorialidades constituídas? Na análise da história das cidades e dos adensamentos urbanos, percebe-se que os espaços urbanos foram modificados por diversos fatores como existência/carência de água e alimentos, segurança, impactos ambientais, entre outros. De outro lado, para além das influências físicas produtoras de modificações, pode-se também mencionar a existência de estruturas de poder e controle, dos “corpos individuais” e do “corpo população”, que influenciam diretamente na construção da técnica urbana, da técnica de transformação do urbano.

Talvez um dos elementos principais acerca do planejamento ideológico das cidades seja a configuração do “local do poder”. Na perspectiva histórica de constituição do urbano, verificam-se os momentos de “sacralização” dos espaços como o templo, a igreja, o parlamento, o setor financeiro, entre outros. Também o adensamento populacional seguiu os espaços de poder e fluxo de capital. Conforme menciona Lewis Mumford, em sua obra *A Cidade na História* (MUMFORD, 2004), as cidades, após a mecanização do campo, aumentaram consideravelmente o número de habitantes em seus centros comerciais. Após esse processo, e em face da ausência de espaços nas zonas centrais e supervalorização econômica dos mesmos, o conceito de periferia começa a ser desenhado. Nesse sentido, na América Latina, observou-se o processo gradativo de favelização em grandes cidades. Há também uma inversão em relação à moradia dos mais abastados, ou seja, aqueles com maior poder aquisitivo também se afastam dos centros comerciais para morar em condomínios fechados para longe da criminalidade existente.

Todavia, o fato principal é que os núcleos tradicionais do poder, a visualização do poder em sólidas construções, transforma-se com a flexibilização da modernidade clássica, que se pode denominar modernidade tardia nos países do sul-social. O espaço clássico de poder, configurado na imagem da praça com o palácio legislativo, dos bancos e da catedral, não é o único território de força e dominação. Na atualidade, com a virtualização e a circulação intensa de informações, os espaços de poder transformam-se e volatilizam-se. Em contrapartida, o urbano cresce em segregação, padroniza espaço para alguns, mas encontra movimentos de resistência contra essa tabulação em que a diversidade se vê pulsante.

Para ilustrar o referido nos primeiros parágrafos, menciona-se o exemplo do “higienismo” e do “sanitarismo” trabalhado por Nabil Bonduki em sua obra *Origens da Habitação Social no Brasil*. Ao final do século XIX e início do século XX no Brasil, o controle de epidemias e pragas possuía estrutura de servidores com literal “poder de polícia”. A existência de epidemias, em face do desconhecimento acerca dos vetores de determinadas doenças (como a dengue, por exemplo), fazia com que a “polícia sanitária” fosse orientada a agir de forma a relacionar diretamente a existência das patologias com a sujeira e a pobreza, fazendo delas sua única causa (BONDUKI, 1998). Ora, tal ação estatal era nitidamente excludente. Afastar a população pobre acometida por doenças, às vezes com o uso da violência, dos grande adensamentos urbanos caracterizou-se como traço marcante da política higienista e sanitaria do período. Pouco tempo depois, o Brasil foi pioneiro na América Latina na pesquisa de doenças tropicais, tendo como

expoentes os pesquisadores Oswaldo Cruz e Carlos Chagas.

Todavia, salienta-se que, na atualidade, em face de epidemias de preocupação mundial, como a “Zica”, os poderes na ação dos Agentes de Saúde ampliam-se, sendo autorizados a realizar vistoria para localização de focos de mosquitos até mesmo sem autorização ou quando os moradores não estiverem em suas casas. Essas ações ocorridas em janeiro de 2016 nada se assemelham ao poder que possuíam os Agentes Sanitários do final do século XIX e início do século XX, que podiam utilizar armamento na execução de suas atividades.

Como pode-se perceber, a construção histórica do conceito de higienismo está diretamente relacionada com a segregação e as desigualdades sociais. Como exemplo contundente, pode-se citar Brasília. A capital foi projetada para ser uma cidade para poucos, higienizada, completamente planejada. Aqueles que trabalharam na sua construção, na visão dos administradores, não deveriam morar no Distrito Federal. Todavia, nos anos próximos à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), diversos movimentos sociais de luta pela moradia eclodiram, com apoio de alguns magistrados e de acadêmicos (docentes e discentes) da Universidade de Brasília (UnB), para resguardar o direito daqueles que já ocupavam locais na cidade há duas ou três gerações – filhos(as) e netos(as) daqueles que construíram Brasília, lutando pelo direito à moradia.

Jane Jacobs, na obra *Morte e Vida de Grandes Cidades* (JACOBS, 2000), narra a trajetória e resistência de um grupo de moradores do Brooklin em New York (EUA). Os habitantes da região lutaram contra a construção de um viaduto que, se instalado, comprometeria os “lugares de memória” do bairro. Em outras palavras, importantes lugares para caracterização histórica do bairro desapareceriam em face da construção que, em tese, facilitaria a mobilidade urbana. A referência às singularidades da comunidade estava presente em bares, prédios antigos, igrejas e pontos de encontro carregados de memórias e, conseqüentemente, de identificação dos habitantes da região. O movimento social tomou fortes proporções em defesa de um direito a existência na cidade, de um direito ao patrimônio relativo a identificação e tradição dos indivíduos e coletivos que habitam aquele espaço urbano à gerações.

Outro ponto importante a ser mencionado é o fato de que, no percurso temporal das teorias urbanísticas, é possível vivenciar diversas tentativas para facilitar e proporcionar o convívio. Desde a perspectiva de Le Corbusier, grade urbanista francês, busca-se perceber o urbano, por mais que o artificial prepondere, como continuidade viva do natural, impactando o mínimo possível na geomorfologia ambiental existente.

Quanto à obra humana, impõem-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 (LE CORBUSIER, 2000, p. 49).

Todavia, as singularidades e diversidades presentes nos diversos grupos que habitam a cidade acabam por dificultar, em alguns casos, a implantação de tais estratégias. A ideia de “verticalização” proposta pelo grade urbanista francês Le Corbusier foi, sem dúvida, amplamente aceita, mas não em sua configuração original. Grande parte do projeto inicial passava por construções que facilitassem o convívio, como a porta de um apartamento de frente para o outro

e verdadeiros edifícios-cidade com diversas áreas de convívio comum (LE CORBUSIER, 200).

Aspecto igualmente importante a ser abordado é a forma de expansão e crescimento das cidades. Manuel Castells em sua obra *A Questão Urbana* (CASTELLS, 2009) já retratava a formação das grandes conurbações. Ou seja, cidades cujo fluxo de capital, mercadorias, serviços, pessoas e informações crescia muito, ao ponto de proporcionar a existência de cidades satélites que, igualmente grandes, serviam como ponto de apoio em mão de obra e serviços especializados a uma grande metrópole. Assim, a ideia da formação de um grupo de cidades conectadas através de uma especializada e complexa malha ferroviária e/ou rodoviária potencializaria o desenvolvimento regional. O referido conceito também é conhecido por especificidades, como a “cidade dormitório”, que tem sua existência baseada no fluxo contínuo de pessoas que se deslocam para trabalhar em um local e moram em outro por motivações, na maioria das vezes, econômicas. Essa referida complexidade é ilustrada por David Harvey em seu texto *A Liberdade da Cidade*, cuja interessante passagem apresenta-se a seguir.

Fluxos migratórios em toda parte: elites empresariais em movimento; acadêmicos e consultores na estrada; diásporas tecendo (muitas vezes clandestinamente) redes através de fronteiras; ilegais e clandestinos; os despossuídos que dormem às margens e mendigam nas ruas, rodeados de grande afluência; as limpezas étnicas e religiosas; as estranhas misturas e confrontos improváveis – tudo isso é parte integrante do turbilhão da cena urbana, tornando as questões de cidadania e dos direitos daí derivados cada vez mais difíceis de definir, no exato momento em que eles se tornam mais vitais de estabelecer frente às forças hostis de mercado e a progressiva vigilância estatal (MARI-CATO et al, 2013, p. 30).

O fato é que, socioambientalmente, a cidade se complexifica e modifica, de forma intensa, os padrões clássicos de distribuição de renda, de constituição do espaço e fluxos populacionais. Quem possui recursos econômicos pode deslocar-se e evitar externalidades negativas desse processo de transformação; todavia, os mais pobres são forçados a permanecer e suportar as consequências nocivas das mudanças. Como efeito desse processo, pode-se observar o aumento gradativo e difuso do “sentimento de medo” nas cidades (BAUMAN, 2009, p. 8-9).

Em contrapartida, faz-se necessário salientar que tanto o “medo” quanto os “riscos” podem ser produzidos em face de uma sociedade de consumo. Na realidade, parece que as constantes medidas e políticas públicas que objetivam a segurança nas últimas décadas foram consolidadas sobre elevado custo e, na maioria das vezes, serviram para desencadear ondas de sensações que envolvem uma miscelânea de riscos, perigos e inseguranças. Nesse sentido, pode-se propor uma atitude reflexiva quanto a uma espécie de “indústria da segurança”. Nas palavras de Zigmunt Bauman, “Não há muito na atual tendência que prometa um rápido retorno aos confortos da segurança. Lançar as sementes do temor produz safras abundantes em matéria de política e comércio; e o fascínio de uma colheita opulenta inspira os que buscam ganhos políticos e comerciais a abrir sempre novas terras para plantações que geram medo” (BAUMAN, 2007, p. 77).

Nesse sentido, pode-se verificar, como reação a esse “medo”, a formação de uma espécie de autosegregação das elites e da classe média como solução de fuga consolidada. Na realidade, para a última, a formação de condomínios exclusivos aparece como forma de não perder o bem-estar conquistado nas últimas décadas. Contudo, a autosegregação “representa uma fuga e não um enfrentamento, muito menos um enfrentamento construtivo. Como tal, não passa de uma pseudo-solução. Se, de uma parte, os condomínios exclusivos prometem solucionar os problemas de segurança de indivíduos e famílias de classe média ou da elite, de outra parte deixam

intactas as causas da violência e da insegurança que os nutrem” (SOUZA, 2008, p. 73).

Dessa forma, a pretensa sensação de segurança transmitida pelos condomínios exclusivos provoca, a longo prazo, deterioração da qualidade de vida, da civilidade e das condições de exercício da própria cidadania nas cidades. Esse processo deve-se, principalmente, à forte pressão do marketing imobiliário e seu apelo midiático, explorando principalmente as situações de insegurança e medo no ambiente urbano, bem como da debilidade dos debates políticos que ocasionam a formação de posicionamentos e correntes discursivas de uma elite cada vez mais segregadora que contribui para desagregação urbana (SOUZA, 2008, p. 72-73, *passim*).

A situação de autosegregação contribui para a desintegração da vida comunitária. Instala-se, nesse processo, uma espécie de *mixofobia* (medo de misturar-se), que, de acordo com Zigmunt Bauman, configura-se como uma “difusa e muito previsível reação à impressionante e exasperada variedade de tipos humanos e de estilos de vida que se podem encontrar nas ruas das cidades contemporâneas e mesmo na mais “comum” (ou seja, não protegida por espaços vedados) das zonas residenciais (BAUMANN, 2009, p. 43). Nesse sentido, a cultura do ambiente urbano na globalização tende a potencializar os tensionamentos derivados da “estranheza” e, conseqüentemente, seus reflexos incômodos às comunidades exclusivas que tendem à segregação.

Assim, as técnicas que conduzem a uma “comunidade de semelhantes” assinalam para a ausência gradativa da alteridade, não somente em relação ao “outro” que existe “lá fora”, mas também no que tange às interações internas. Na artificialidade de um ambiente interno, programado e formatado para o convívio “higienizado”, a socialização torna-se superficial e é possível que os seus atores sejam conduzidos para um desaprender da arte de negociar significados e possibilidades de convívio (BAUMAN, 2009, p. 45-46, *passim*).

Outro ponto importante a ser considerado é o de que as cidades não se desenvolvem da mesma forma em todos os lugares do globo. Em outras palavras, para entendimento da realidade latino-americana, é necessária a compreensão da perspectiva de um mundo subdesenvolvido, com seus próprios mecanismos e características. Nesse sentido, Milton Santos assevera que “o espaço nos países subdesenvolvidos se caracteriza por enormes desigualdades de renda (...) As disparidades de renda são muito menos chocantes nos países desenvolvidos e têm muito pouca influência sobre o acesso a um grande número de bens e serviços. Em contraste, nos países subdesenvolvidos, as possibilidades de consumo variam grandemente” (SANTOS, 2011, p. 171).

Da mesma forma, a técnica de controle do espaço transforma-se ao encontro das tendências hegemônicas de consumo e são criados lugares destinados às atividades hegemônicas. Em suma, são espaços rigorosamente preparados para atender às exigências específicas dos comportamentos de consumo. Em outras palavras, o aparato técnico-científico-informacional está a serviço de um agir social dominante, cuja racionalidade essencial é a do lucro. Todavia, as grandes cidades dos países subdesenvolvidos produzem externalidades a esse processo, em que se mantêm, ao mesmo tempo, rígidas nos padrões de consumo internacional e flexíveis em relação aos não incluídos nesse sistema, onde se admite a presença de todos os tipos de trabalho.

Milton Santos denomina esse processo de “flexibilidade tropical”, no qual podem coexistir o meio ambiente construído, uma economia única e segmentada e uma população diversificada. Tais características tornam a perspectiva urbana altamente complexa (SANTOS, 2008, p. 70-74,

passim). Henri Lefebvre conceitua bem essa relação por intermédio de uma reflexão histórica da formação das cidades em que demonstra as fases de sua complexificação.

Nesse percurso, podemos mostrar a *complexificação* da sociedade, quando ela passa do rural ao industrial e do industrial ao urbano. Complexificação múltipla (se se pode dizer através de um plenasmo!) que ao mesmo tempo atinge o espaço e o tempo, pois a complexificação do espaço e dos objetos que o ocupam não ocorre sem uma complexificação do tempo e das atividades que nele se desenvolvem (LEFEBRVE, 1999, p. 153).

Um aspecto que ilustra a referida complexidade é a questão da problemática referente à mobilidade urbana nas grandes cidades brasileiras. De um lado, vê-se a pressão de um mercado mundialmente padronizado no que concerne a venda de automóveis, o que resulta em forte pressão da indústria automobilística combinada com o marketing agressivo dirigido à população nas mais diversas faixas salariais; por outro lado, nota-se a imperiosa necessidade de locomoção nas cidades, que se cristaliza como um direito do cidadão, mobilidade que deveria ser de qualidade e baixo custo. Nesse diapasão, pode-se refletir sobre as decisões históricas acerca das formas de transporte no Brasil. Em dado momento histórico, o Estado Brasileiro opta pela utilização do transporte rodoviário, investindo de forma intensa na indústria da borracha, de concreto e do automóvel. Ora, sem dúvida essa opção acaba privilegiando meios de condução individuais em detrimento dos coletivos, basta observar os países desenvolvidos onde o desenvolvimento do transporte ferroviário conseguiu criar redes locais e continentais de transporte público.

Vale mencionar o elevado impacto e custo do uso do automóvel tanto no plano ambiental quanto no social – todo esse processo deve-se a uma técnica decisional governamental a serviço das redes hegemônicas de consumo. Como custos diretos relativos ao uso de automóveis, citam-se os referentes à saúde e à poluição do ar.

A contaminação do ar ocasiona doenças respiratórias e, conseqüentemente, gastos médico para o cidadão e para o Estado. Na medida em que tais doenças respiratórias incapacitam os membros de uma sociedade, levam também a uma possível desaceleração econômica – trabalhadores cansados e sem saúde não produzem no mesmo nível que trabalhadores sadios. Há outros gastos relacionados ao uso do automóvel em massa como a manutenção de uma rede de fiscais de trânsito, necessária para organizar cidade com tráfego intenso, custos de internação hospitalar em casos de acidente de trânsito – a segunda causa de internação em hospitais públicos, só superada pelas relacionadas a doenças respiratórias – e o tempo (produtivo) perdido em engarrafamentos, quem paga a conta pelo trânsito travado, de novo, o cidadão e o Estado (MARICATO et al, 2013, p. 61).

Os aspectos citados são exemplos de uma técnica de dominação e controle para além das ferramentas da modernidade clássica que se baseava na perspectiva do panóptico em que “poucos observam muitos”. Essa é a tradicional forma de controle moderna, típica de estruturas como o presídio e o manicômio. Neste trabalho, aborda-se uma estratégia de controle muito mais complexa, não mais relacionada ao corpo do indivíduo, mas sim relacionada ao que se pode vincular de “corpo-população”. Esse controle é denominado por Michel Foucault de biopolítica (FOUCAULT, 2005), no qual se inverte o processo de dominação para uma multidão que adere a novas tecnologias para pertencer, para ser incluída e participar (ou pelo menos ter a sensação da vida nas cidades). A estratégia da biopolítica é a da governamentalidade, que somente é possível mediante o tripé sociedade civil de consumo, Estado corporativizado e a racionalidade do *Homo*

oeconomicus (FOUCAULT, 2008).

Em outras palavras, a irresistível racionalidade hegemônica de dominação econômica só pode ser operativizada mediante a orientação gradativa de uma população para a adesão a hábitos de consumo como condição para pertencer a *pólis* (racionalidade do *Homo oeconomicus*) e um Estado, que necessita ser muito próximo das grandes corporações para poder sobreviver e manter sua estrutura. O pensar socioambiental e o cuidado com os impactos ambientais urbanos não têm lugar nessa lógica perversa. No segundo item desta pesquisa, serão demonstradas, portanto, a centralidade da questão urbano-ambiental e as possíveis alternativas à técnica da governamentalidade.

O cenário “urbano-ambiental”: aportes desde a ecologia política e a justiça ambiental

O comportamento humano sedentário em grandes concentrações urbanas é fenômeno recente na história da humanidade, ficando restrita a partir do final do século XIX, todo o século XX até a contemporaneidade. Nesse contexto, em meio às etapas de desenvolvimento tecnológico que se seguiram, frutos da Revolução Industrial que solidificou todo o processo do denominado fenômeno da globalização, detidamente vista no âmbito cultural de uma sociedade ocidental, pode-se notar que a organização das edificações humanas no relevo terrestre passou de simples edificação familiar realizada por iniciativa particular até a edificação planejada profissionalmente por um foco da economia na sociedade, que se constituiu em mercado imobiliário privado.

Assim, as organizações de caráter público só intervieram excepcionalmente nesse cenário apenas como limitadoras ou substitutas da iniciativa privada quando não for possível solucionar os impasses gerados pela explosão demográfica urbana. Nesse aspecto, é preciso identificar que a forma de intervenção pública sobre a esfera da propriedade privada como exceção à forma predominantemente organizativa do espaço urbano também não solucionou os problemas originados pelo acúmulo de assentamento humano em determinado território, mesmo porque os interesses por moradia e mercado nem sempre andaram juntos e, quando andaram, prevaleceu o interesse econômico que, por estar atrelado ao lucro, não poderia se apresentar como solução para todos em uma sociedade em que a distribuição de renda é acentuadamente desproporcional.

Dessa forma, relação privada e pública nas cidades só fez contribuir para que a sociedade apresentasse as características complexas de sua cultura atual. É o que pode ser visto a partir da segunda seção, quando são abordadas as regulações das relações sociais detidamente em sua problemática urbana atual. No intuito de garantir o que nunca foi possível assegurar materialmente no que diz respeito à igualdade, qual seja, moradia para todos, surgiu a igualdade formal, ou seja, o direito à moradia, na esfera das denominadas gerações de direitos, fruto das transformações sofridas pelo Estado Nação.

No entanto, no âmbito da regulação formal, surgiu também como prerrogativa constitucional, a partir de 1988⁶⁷, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Do ponto de vista de aplicação normativa no cenário urbano, o problema é conciliar esses dois direitos fundamentais no plano material, já que cotidianamente são postos como antinômicos ao mesmo

67 “Art. 225 (caput). Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

tempo que são necessários para manter uma sadia qualidade de vida para presentes e futuras gerações. Tais prerrogativas constitucionais estão marcadas por uma interpretação antropocêntrica, não permitindo antever que, no tratamento socioespacial necessário à condição humana, é preciso encontrar meios de manter relações de troca permanente com outras espécies do ecossistema, e não de extingui-las. Sem dúvida, é pelo caminho do colapso de outras espécies vivas, bem como de exaurir os recursos minerais e hídricos pelos quais se opta na busca pelo assentamento da espécie humana em um determinado território.

O Brasil possui uma das maiores redes hidrográficas do mundo, além de extensas reservas de águas subterrâneas. A gigantesca bacia Amazônica, com mais de sete milhões de quilômetros quadrados, dos quais 3,9 milhões passam pelo território brasileiro, é a maior do planeta. Seus rios são responsáveis por 70% dos recursos hídricos do país. As águas encontradas no subsolo do Brasil, que formam os aquíferos, tem reservas estimadas de 112 bilhões de metros cúbicos. O aquífero Guarani, principal reserva subterrânea de água doce da América do Sul, ocupa uma área que equivale aos territórios da Espanha, França e Inglaterra juntos, cerca de 1,2 milhão de quilômetros quadrados de extensão. Passa pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, sendo que dois terços de suas águas se distribuem nos subsolos de oito estados brasileiros. Estima-se que o aquífero possa fornecer até 43 bilhões de metros cúbicos de água por ano, suficientes para abastecer uma população de 500 milhões de habitantes (BARLOW; CLARKE, 2003, p. 15).

Na esteira da questão relativa aos recursos hídricos, o Brasil é um país altamente privilegiado, pois possui reserva considerável de água em um gigantesco reservatório natural subterrâneo denominado Aquífero Guarani. Porém, as práticas que desconsideram a percepção ambiental podem pôr em risco esse ecossistema. Tais comportamentos de insustentabilidade são visíveis tanto nas áreas urbanas como nas rurais. Nestas, um dos exemplos mais contundentes é o rebanho suíno e a poluição que ocorre por meio de seus dejetos – esgoto não tratado por conta da carência de políticas públicas de saneamento eficientes.

Não é difícil concluir, portanto, que o processo histórico da humanidade está marcado por atitudes de desconsideração com o meio ambiente. Repetir seus inúmeros exemplos seria mais do que redundância, já que o fenômeno climático do aquecimento global se apresenta cada vez mais presente. Se não é possível reverter, pelo menos amenizar constitui-se obrigação da humanidade para com as presentes e futuras gerações, não só de humanos, mas também das demais espécies ainda vivas no planeta.

Abordando o aspecto central da atualidade dos problemas espaciais urbanos, qual seja a relação da expansão urbana com as áreas de proteção ambiental em seu entorno, a geomorfologia⁶⁸ vem contribuir de forma inter e transdisciplinar para o planejamento das cidades. Assim, a geomorfologia ambiental é instrumento importante para o planejamento urbano-ambiental, eis que há o reconhecimento de que o homem cumpre papel de agente nos processos geomorfológicos e na evolução das formas de relevo. À medida que o homem usa uma porção da superfície terrestre, ele tem que conhecer as formas de relevo, solos, rochas, recursos hídricos, etc., com o fito de promover sua sustentabilidade.

As conurbações, fenômeno que se manifesta pela ausência de limites territoriais entre grupos de cidades vizinhas por conta altas taxas de adensamento populacional e edificação, enfrentam

68 Define-se geomorfologia como “o estudo das formas de relevo, levando-se em conta a sua origem, desenvolvimento de processos e a composição dos materiais envolvidos. A temática foi iniciada em 1880 por dois geólogos norte-americanos, McGee e Powell e que mais tarde W. M. Davis aprimorou através dos conceitos: ciclo de erosão; ciclo geográfico e ciclo cronológico de denudação” (GUERRA; MARÇAL, 2006, p. 17 e segs).

uma série de problemas de salubridade urbana, de abastecimento de água, de deslocamento humano das cidades (etc.), podendo levar ao colapso do sistema metropolitano se não for considerado o enfoque ambiental.

Importante salientar, portanto, a relevância da comunicação ecológica nesses grandes centros, em que o “princípio da precaução”⁶⁹ deve ser transmitido de modo a proteger o meio ambiente, devendo ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis. A ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O caos urbano é fruto de suas relações industriais e de consumo desmedidas. O crescimento das cidades hoje é uma lei ditada pela economia capitalista, o que, na maioria das vezes, significou a destruição de todos os caracteres naturais, como a transformação de rios em esgotos e a destruição de edifícios para favorecer a circulação de automóveis.

A atual economia de mercado contribui para a desigualdade social e, da mesma forma, para o desequilíbrio ambiental. O meio ambiente não é mera peça mercadológica; portanto, faz-se necessária uma mudança de paradigma urgentemente.

Nesse sentido, a crise energética também é fator relevante no panorama atual. A escassez de energia elétrica e de combustíveis fósseis faz com que o problema estenda-se a patamares incontrolláveis de desajuste social. Muito importante é ressaltar a ideia da concretização de uma mudança engajada e positiva, de um contrato celebrado entre o homem e a natureza, em que ambos saem vencedores. Tudo isso para garantir o presente e preservar as futuras gerações. No âmbito local, o desenvolvimento precisa ser planejado para que esse contrato ocorra. Quando se assume um planejamento urbano para gestão de recursos, faz-se uma reflexão teórica sobre a sociedade e, mais especificamente, sobre a mudança social (SOUZA, 2002, p. 73).

Nesse sentido, a consciência para uma efetiva proteção ambiental é, ao mesmo tempo, individual e coletiva. Deve despertar no indivíduo e ele, agindo comunicativamente, atuará com partícula do todo através da comunicação, até mesmo nas relações de consumo. Da mesma forma, deve existir uma função social da cidade, que, através de processos de participação, constitui uma forma de democratizar a atividade de planejamento urbano, compreendendo melhor a cidade e liberando a população de um controle monopolista midiático global e do clientelismo arcaico (MARICATO, 2001, p. 191).

O direito à cidade é inerente ao próprio ser humano, que possui suas necessidades basilares de ver, ouvir, sentir e reunir todas essas percepções em um mundo. Esse espaço para realizações é primordial para a vitalidade humana. Nesse sentido, “O direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como *direito à vida urbana*, transformada, renovada” (LEFEBVRE, 2001, p. 116-117).

Assim, a imagem desse espaço é igualmente importante, pois quando apresenta-se de for-

69 Princípio ambiental que relaciona o cuidado com danos que “podem ocorrer” e seus efeitos são ainda desconhecidos pela ciência. É, portanto, um malefício em potência. Existem suspeitas e não confirmações acerca dos danos que venha a causar. Porém, o Princípio da Precaução difere do Princípio da Prevenção onde os danos já são conhecidos, tal situação já ocorreu e reconhece-se seus efeitos comprovado empiricamente pela ciência. Ex: Princípio da Precaução: pode ser aplicado em relação ao consumo de organismos geneticamente modificados, pois não se sabe que malefícios podem causar, mas existem especulações/suspeitas acerca. Princípio da Prevenção: Suspender a extração de minérios de um determinado leito de rio por uso de mercúrio. Já se conhece o efeito nocivo deste metal no que tange à contaminação de Recursos Hídricos.

ma viva e integrada desempenha um papel social, oferecendo a seu possuidor importante sentimento de segurança emocional, em que se estabelece uma relação harmoniosa com o mundo à sua volta.

Na verdade, um ambiente característico e legível não oferece apenas segurança, mas também reforça a profundidade e a intensidade da experiência humana. Embora a vida esteja longe de ser impossível no caos visual da cidade moderna, a mesma ação cotidiana poderia assumir um novo significado se fosse praticada num cenário de maior clareza. Potencialmente, a cidade é em si o símbolo poderoso de uma sociedade complexa. Se bem organizada em termos visuais, ela também pode ter um forte significado expressivo (LYNCH, 1997, p. 5).

Na realidade, os problemas urbanos precisam ser vistos a partir de uma ótica da complexidade, porém, como discorre Jane Jacobs, citando lição do Dr. Weaver, deve ser uma complexidade organizada, pois os problemas inerentes dela envolvem uma abordagem simultânea de fatores inter-relacionados em um todo orgânico (JACOBS, 2000, p. 481). Assim, como existem regiões das cidades que funcionam bem em certos aspectos e mal em outros, não há como analisar acertos e erros, avaliar dificuldades ou imaginar mudanças sem passar pelo enfoque da complexidade organizada (JACOBS, 2000, p. 483).

Por conta das conurbações, enfrenta-se uma série de problemas de saúde urbana, de abastecimento de água, de deslocamento humano das cidades, podendo levar ao colapso do sistema metropolitano se não for considerado o enfoque ambiental. As grandes conurbações urbanas poderiam “trabalhar” de forma mais eficaz com seus dejetos se abrissem mão do pensamento autotrófico para uma concepção heterotrófica, conforme a qual uma cidade depende da outra para trocas e eliminação/reciclagem/reaproveitamento de dejetos (VIEIRA; TYBUSCH, 2005, p. 47).

Propõem-se, portanto, comunicações constantes de matéria, energia e informação para viabilização de redes cada vez mais produtivas de tecnologia limpa, permitindo explorar outros ecossistemas a distâncias mais ou menos longas, fazendo com que a complexidade dos sistemas urbanos se apoie na exploração de recursos situados em espaços às vezes distantes (VIEIRA; TYBUSCH, 2005, p. 47).

Dessa forma, faz-se necessário compreender que as gerações futuras levam questões interessantes em relação às obrigações atuais. São “pessoas potenciais”, pois as ações no presente irão determinar quais delas terão existência no futuro. Porém, o reconhecimento de obrigações para com as gerações futuras difere fundamentalmente do modo como se reconhecem os contemporâneos.

A relação com as gerações futuras envolve uma dupla desigualdade. Primeiramente, um desequilíbrio de poder, ou seja, as atividades das gerações atuais somente podem fazer coisas para beneficiarem ou prejudicarem as gerações futuras, ao passo que as últimas apenas podem afetar ao avaliarem a reputação atual na posteridade. O segundo sentido é a desigualdade de conhecimentos, pois as gerações atuais têm pouca consciência do impacto de suas atividades na vida das gerações futuras. Pode-se partir do princípio de que a ignorância em relação ao futuro e aos riscos envolvidos na identificação de custos e benefícios em anos futuros significa que o valor atribuído a eles deve ser tanto menor quanto mais longe se situar o cálculo no futuro (SMITH, 2001, p. 36-37).

Entre os diversos desafios à continuidade das gerações futuras, pode-se enumerar três em

escala primordial: 1) a poluição atmosférica e o efeito estufa; 2) a utilização dos recursos hídricos e sua possibilidade de escassez; 3) a reutilização/reciclagem do lixo urbano. São problemas de ordem prática que transcendem as preocupações nacionais. São problemas transnacionais, pois não se pode mensurá-los somente em escala local. Buracos na camada de ozônio não afetam apenas uma nação. O problema relacionado à água potável vem sendo discutido largamente em escala mundial, e a temeridade acerca de seu esgotamento é algo extremamente plausível na atualidade.

Interessante também é formular uma ideia de justiça intergeracional. A ideia de justiça dá à vida social a respectiva ordem normativa subjacente, pois acaba funcionando como ponto de referência para a definição do comportamento adequado nessa comunidade. Baseia-se em critérios de interesse e equidade na mesma comunidade moral. Ao serem consideradas “justas” as ações atuais em relação às gerações futuras, resta alargar a comunidade moral das gerações realmente existentes, de forma a incluir, igualmente, as gerações futuras (SMITH, 2001, p. 38-39, passim).

Todos os questionamentos anteriores remetem ao “excesso” de informações que se possui na atualidade. Paradoxalmente, tem-se muita informação ao passo que os homens quase não a tem. Ou seja, a informação com a qual se é assujeitado é rigidamente selecionada/manipulada. Reside aí a dificuldade para formação do pensamento crítico.

Na seara dos conflitos distributivos, podem-se citar movimentos sociais como os de resistência ao neoliberalismo e o da justiça ambiental – que defende a existência de desigualdades em termos de proteção ambiental no planeta. É, justamente, nas áreas de maior carência socioeconômica que se concentram os maiores déficits em investimentos nas áreas de saneamento, moradia e análise geomorfológica. Compreende-se, portanto, que o risco ambiental não é distribuído proporcionalmente. As regiões anteriormente mencionadas apresentam maiores probabilidades de potencializarem efeitos nocivos de mudanças climáticas, por exemplo, agravando os resultados e produzindo verdadeiras catástrofes ambientais em decorrência da carência de estruturas, recursos e orientações básicas para a gestão de emergências nessas situações.

A justiça ambiental é entendida, portanto, como “a condição de existência social configurada através do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e aplicação de políticas, leis e regulações ambientais” (ACSELRAD; MELLO; 2009, p. 16). Em outras palavras, a ideia de tratamento justo pressupõe que nenhum grupo de pessoas (independente de etnia ou classe) deva suportar parcela desproporcional de impactos ambientais negativos oriundos de qualquer operação de empreendimentos industriais ou comerciais, bem como ação ou omissão de políticas públicas governamentais. “O movimento de justiça ambiental constituiu-se nos EUA nos anos 1980, a partir de uma articulação criativa entre lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis” (ACSELRAD; MELLO; 2009, p. 17). Em suma, o movimento trata das temáticas da equidade e da distribuição ambiental.

A distribuição ecológica refere-se à comunicação de estruturas jurídicas e políticas, bem como aos atores sociais mobilizados por interesses de sobrevivência, qualidade de vida, autonomia e identidade, para além do estritamente econômico. Em outros termos, a distribuição ecológica relaciona-se com a repartição desigual dos custos e potenciais ecológicos, “externalidades” que provocam a necessidade de observação do Sistema Econômico para a criação de novos

instrumentos em resposta às demandas jurídicas, políticas e de movimentos sociais no que se refere à deterioração do ambiente e à reapropriação da natureza.

Neste contexto, vem se configurando um discurso reivindicativo sobre a ideia de *dívida ecológica*, como um imaginário e um conceito estratégico dentro dos movimentos de resistência à globalização do mercado e seus instrumentos de coerção financeira, questionando a legitimidade da dívida econômica dos países pobres, boa parte deles na América Latina. A dívida ecológica põe a descoberto a parte mais perversa, e até agora oculta, do intercâmbio desigual entre países ricos e pobres, quer dizer, a destruição da base de recursos naturais dos países ‘subdesenvolvidos’ cujo estado de pobreza não é consubstancial à uma essência cultural ou à sua limitação de recursos, mas resulta de sua inserção em uma racionalidade econômica global que superexplorou sua natureza, degradou seu ambiente e empobreceu seus povos (LEFF, 2006, p. 303).

A ecologia política produz a resignificação da ideia de meio ambiente (ou de desenvolvimento sustentável) no próprio espaço paradigmático da economia. “A ecologia política se estabelece no campo do conflito pela reapropriação da natureza e da cultura, ali onde a natureza e a cultura resistem à homologação de valores e processos (simbólicos, ecológicos, políticos) incomparáveis e a serem absorvidos em termos de valor de mercado” (LEFF, 2006, p. 304). Na realidade, o campo de conflito da ecologia política abre espaço para incorporar na diversidade natural à diversidade social, sociobiodiversidade como política da diferença e espaço amplo de cidadania.

Ao se abordar a questão de um movimento social que se modifica no tempo e no espaço em sociedades complexas, necessita-se compreender as inter-relações subjetivas que constituem seu processo de construção. Trata-se da relação entre o particular das consciências individuais e o universal produzido na tentativa de definir, generalizar e, em última análise, normatizar o movimento.

O movimento ambientalista, enquanto percebido exclusivamente como conferências das Nações Unidas, tratados e protocolos oriundos de relações internacionais e interpretações extensivas de declarações de direitos, é universal. Porém, corre o risco de ser “absolutamente instituído” e, portanto, perder as particularidades individuais e regionais que enriquecem e movimentam o seu processo de eterna construção. Um movimento que não se autoconstrói perde a linha de existência.

Em termos de manifestações concretas e elementos simbólicos, um dos movimentos sociais mais significativos da atualidade é o ambientalista. Isso não se deve meramente pela sua ampla divulgação pelos meios de comunicação de massa, mas em face de sua considerável capacidade de despertar diferentes percepções nas consciências individuais (opinião pública) acerca de seus fenômenos complexos, bem como de sua formação híbrida, sendo composto da iniciativa de diversos outros movimentos (sindical, feminista, entre outros). Dessa forma, busca-se analisar a “cartografia” do movimento ambientalista como “projeto” individual e social.

A ideia de projeto pode ser percebida com o auxílio conceitual de Gilberto Velho em uma relação paradoxal entre “projeto singular” e “projeto social” gerando, no último, comunicações conscientes e potencialmente públicas. Assim, a manifestação de projetos sociais engloba, sintetiza e incorpora diferentes projetos individuais, dependendo de percepções, vivências e interesses comuns.

Nesse sentido, “A interação com redes de relações mais amplas e diversificadas afeta o desempenho dos papéis sociais” (VELHO, 1980, p. 20). Projeto é, em suma, algo que pode ser

comunicado. A possibilidade de existência de projetos individuais está diretamente ligada às realidades socioculturais específicas aos quais estão mergulhados. Considerando o indivíduo uma realidade complexa – ao mesmo tempo, dado da natureza e construto social e cultural que comunica, nomeando e sendo nomeado em interações com os seres à sua volta –, os projetos são construídos em função de experiências, de códigos de vivências e de interações interpretadas.

Na observação de sociedades complexas, que trazem consigo a noção de heterogeneidade cultural, entendida como coexistência de uma diversidade de tradições de variadas bases (étnicas, sociais, religiosas), faz-se necessária uma abordagem que busque localizar, selecionar e contemplar as diferentes fronteiras simbólicas entre as experiências significativas apresentadas. Em outras palavras, é preciso pensar a trajetória social pela qual passam indivíduos e grupos, as redes produzidas entre eles, bem como a noção de conhecimentos produzidos em classes que reproduzem no tempo e no espaço determinados comportamentos e comunicações.

O ambientalismo, no que tange às pesquisas sociológicas acerca do movimento, não se enquadra em uma tipologia simplificada dos movimentos sociais tradicionais. Suas manifestações no campo político demandam observações diferenciadas capazes de compreender a natureza multidisciplinar complexa do movimento ambientalista. A luta que envolve os movimentos ambientais não se resume somente naquela por equidade e participação econômica e política: abrange, todavia, possibilidades para constituição de uma nova ordem social, ou seja, de um projeto social que perpassa diferentes sistemas (econômico, político, jurídico e cultural) como comunicação ecológica.

As organizações socioambientais associam-se em redes autônomas, segmentadas e policéfalas; em estruturas não hierárquicas, descentralizadas e participativas. (LEFF, 2006, p. 454). Os grupos ambientalistas possuem como características marcantes a sua abrangência, estratégias de luta e eficácia no impulsionar da opinião pública.

“As estratégias do movimento ambientalista incorporam demandas populares de participação e contra a desigualdade, marginalização, exploração e sujeição que são produzidas pelos processos econômicos e políticos prevalentes – demandas de melhorias salariais, de propriedade da terra, de habitação e serviços públicos – em suma novas lutas pela defesa de seu patrimônio de recursos naturais, de conservação da biodiversidade, de preservação do meio ambiente, de afirmação de suas identidades e direitos culturais, de melhoria da qualidade de vida”. (LEFF, 2006, p. 457)

Em suma, os movimentos ambientalistas orientam-se por uma gama variada de objetivos, entre eles: a) demandas por participação em assuntos de cunho político e econômico; b) defesa de territórios e recursos ambientais; c) propositura de novas formas de produção e estilos de vida para além das padronizações dos modelos capitalistas e estruturas de consumo globais; d) inserção em processos democráticos de tomada de decisões em escalas locais e globais, bem como elaboração de propostas para novas organizações políticas que objetivam ampla participação cidadã; e) postura crítica frente à racionalidade econômica de orientação exclusivamente mercadológica (LEFF, 2006, p. 456-457, *passim*).

Assim, as perspectivas da ecologia política e da justiça ambiental podem oferecer interessante ferramenta para o despertar de uma postura reflexiva quanto às tomadas de decisões acerca do ambiente urbano. Essas decisões necessitam transcender a lógica economicista da governamentalidade.

Digressões finais

Em face dos elementos trabalhados na presente pesquisa, conclui-se que se deve considerar a dimensão “eco” nas tecnologias decisórias urbanas; para tanto, a ecologia deve ser compreendida como fator comunicacional complexo que perpassa os sistemas sociais como a política, a economia e o direito. Em outras palavras, a ecologia deve ser capaz de ligar os aspectos tecnológicos relacionados às ciências exatas e da natureza com os aspectos humanos e sociais para a percepção de um socioambientalismo. Deve-se operar uma transformação epistemológica que possibilite uma comunicação complexa entre ecologia, economia e desenvolvimento (PENA-VEJA, 2003, p.43).

Assim, na perspectiva de Amartya Sen, percebe-se a existência dos elementos que compõem a ideia de justiça. Por um lado, notam-se as estratégias organizacionais e de correção comportamental (típicas das legislações produzidas para a regulação do urbano) e que, muitas vezes, estão a serviço da técnica da governamentalidade, a que o autor denomina de *niti*; por outro lado, a vida que as pessoas são realmente capazes de levar, com suas trocas e pulsões desde a participação e a percepção do político denominada pelo autor de *nyaya* (SEN, 2011, p. 17).

Dessa forma, o filósofo Umberto Galimberti afirma não haver saída para a dominação da técnica sob o humano (GALIMBERTI, 2003). Todavia, se o remédio (ou a saída) somente pode ser técnica, é necessário transcender a técnica da governamentalidade influenciada unicamente pelo econômico. O elemento de percepção do político, constante na ecologia política, deve ser trabalhado na análise das novas tecnologias de ordenamento do urbano. Os espaços de participação cidadã e de resistência às influências de consumo desmedido devem ser valorizados e compreendidos pelos habitantes das cidades. Nesse sentido, a técnica-jurídica também deve reformar-se para maior comunicação com a política e a cultura, possibilitando a flexibilidade e o contato com a realidade social necessários nas tomadas de decisões que impactem substancialmente a vida no ambiente urbano.

Referências

- ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BESERRA, Gustavo das Neves. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul – como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**. São Paulo: M. Brooks do Brasil Editora Ltda, 2003.
- BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Rio de Janeiro; Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zigmunt. **Danos Colaterais: Desigualdades Sociais numa Era Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BONDUKI, Nabil. **Origens da Habitação Social no Brasil: Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa própria**. São Paulo: Estação Liberdade: FAPESP, 1998.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- CASTELLS, Manuel. **A Questão Urbana**. São Paulo, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica: Curso dado no Collège de France (1978-1979)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

- FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. **Planejamento Ambiental para a cidade sustentável**. São Paulo: Annablume, 2001.
- GALIMBERTI, U. Psiche e techne. **L'uomo nell'età dela técnica**. 2 ed. Milano, Feltrinelli, 2003. Parte VI, cap. 45, p. 474-487. Trad. Portuguesa de Selvino Assmann.
- GUERRA, Antonio José Teixeira; MARÇAL, Mônica dos Santos. **Geomorfologia Ambiental**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- JACOBS, Jane. **Morte e vida das grandes cidades**. São Paulo – SP: Martins Fontes, 2000.
- LE CORBUSIER. **Planejamento urbano**. São Paulo, SP: Perspectiva, 2000.
- LEFEBVRE, Henry. **A Revolução Urbana**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.
- LEFEBVRE, Henry. **O direito à cidade**. São Paulo, SP: Centauro, 2001.
- LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- LYNCH, Kevin. **A imagem da cidade**. São Paulo – SP: Martins Fontes, 1997.
- MARICATO, Ermínia (org.). **Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que tomaam as Ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- MUMFORD, Lewis. **A Cidade na História: Suas Origens, Transformações e Perspectivas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PENA-VEGA, Alfredo. **O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa**. Trad. Renato Cavalheira do Nascimento e Elimar pinheiro do Nascimento. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.
- SANTOS, Milton. **Economia Espacial: Críticas e Alternativas**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011.
- SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-Científico-Informacional**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.
- SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SMITH, Mark J. **Manual de Ecologismo: Rumo à cidadania ecológica**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. **Fobópole: O Medo Generalizado e a Militarização da Questão Urbana**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2008.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade: Uma introdução crítica ao Planejamento e à Gestão Urbanos**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- VELHO, Gilberto. Projeto, emoção e orientação em sociedades complexas. In: FIGUEIRA, Sérvulo. **Psicanálise e Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, Editora Francisco Alves, 1980.
- VIEIRA, João Telmo. TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Regulações Heterotróficas das Cidades Brasileiras Contemporâneas: para uma política urbana sustentável. In: RODRIGUES, Hugo Thimir. (org). **Direito Constitucional e Políticas Públicas**. Porto Alegre, 2005.

PARTE III

DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE DIREITO

CONTROLE SOCIAL, CONTRATUALISMO E CONSTITUIÇÃO: APONTAMENTOS CONCEITUAIS SOBRE O ARQUÉTIPO DO ESTADO DE DIREITO

*André Leonardo Copetti Santos⁷⁰
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth⁷¹*

Notas (conceituais) introdutórias

O objetivo central do presente trabalho é compreender o conceito de “contrato social” e sua aplicabilidade no processo de compreensão das Constituições como mecanismo normativo de controle social. Para tanto, buscou-se estabelecer algumas delimitações conceituais acerca do paradigma moderno de controle social, constituído pelo modelo do Estado de Direito, cuja concepção fundamental remete à estrutura e à funcionalidade social contratualistas. O desenvolvimento do texto abordará, em primeiro lugar, as origens sofisticadas do pensamento consensualista; posteriormente, serão abarcadas as construções teóricas do contratualismo clássico moderno, especialmente as compreensões de Hobbes, Locke e Rousseau; por fim, buscar-se-á articular a ideia de que as constituições representam, no plano institucional político e jurídico, a mais próxima materialização concreta do modelo de controle social proposto pelos autores antes mencionados. Assim, no mesmo passo em que podem ser compreendidas as constituições como projetos políticos de felicidade, também podem ser percebidas como projetos de controle social normatizados.

Com origem na Sociologia, a expressão “controle social” designa “os mecanismos que estabelecem a ordem social disciplinando a sociedade e submetendo os indivíduos a determinados padrões sociais e princípios morais” (CORREIA, 2005, p. 66). Mannheim (1971) explica que por controle social compreende-se “o conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”. Logo, é possível afirmar que, por controle social, entende-se o poder de determinar os padrões de conduta tidos como “normais” em uma determinada sociedade, de forma que eles sejam aceitos e disseminados socialmente.

De acordo com a reflexão proposta pelos autores mencionados, é possível compreender que a finalidade do controle social em determinada sociedade constitui-se em uma forma de submissão dos sujeitos aos padrões de normalidade impostos. Como meios para atingir esses padrões utilizam-se o controle social informal e o controle social formal.

O controle informal é uma maneira de interiorizar as normas/regras de maneira mais descontraída, ou seja, a força da ideologia está presente em todas as relações sociais atuando muitas vezes de modo passivo e acrítico, desprovida de pensamento reflexivo. A ação na maioria do

70 Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor permanente do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional do alto Uruguai e Missões (URI) e do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). E-mail: andre.co.petti@hotmail.com.

71 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor permanente do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). E-mail: maiquel.wermuth@unijui.edu.br.

tempo é desconectada da reflexão. Isso significa que o controle social nem sempre se dá de maneira explícita, institucionalizada, posto que, na maioria das vezes, é exercido de forma difusa, implícita, seja através dos meios de comunicação de massa, da família, da política, da moda e dos preconceitos vigentes, etc, razão pela qual nem sempre é percebido em nível consciente. Essas instituições de forma indireta contribuem com a disseminação e a assimilação dos valores e princípios impostos pelos padrões normativos vigentes.

Na obra *Sociologia Crítica*, Guareschi (1996) aborda alguns exemplos de controle social informal, denominados pelo autor como “aparelhos ideológicos do Estado”: a) o aparelho ideológico do direito; b) o aparelho ideológico da escola; c) o aparelho ideológico da família; d) o aparelho ideológico das igrejas; e) o aparelho ideológico dos sindicatos; f) o aparelho ideológico dos meios de comunicação.

O controle social institucionalizado, por sua vez, é o que se dá de forma explícita, e pode ser exercido de forma não punitiva – a exemplo do que ocorre com as normas de direito privado, que regulamentam as relações entre pessoas ou entre pessoas e coisas (bens jurídicos) sem o estabelecimento de sanções – ou punitiva – que opera a partir da imposição de sanções no caso de transgressão da norma reguladora.

Há que diferenciar, no entanto, no que tange à segunda classificação, entre o controle social institucionalizado punitivo que opera a partir de um discurso não punitivo e o que opera a partir de um discurso punitivo (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2002). O primeiro é aquele que, embora seu discurso o negue, opera punitivamente, a exemplo do que ocorre com a institucionalização de pessoas, seja em institutos psiquiátricos, seja em asilos, orfanatos, etc. Afinal, como referem Pierangeli e Zaffaroni (2002, p. 69), “sempre que o controle social opera por meio de institucionalização de pessoas [...], se revela uma séria possibilidade de punição real que é necessário investigar.” Assim,

a institucionalização do paciente psiquiátrico pode responder ao fato de que reage contra normas de maneira que subverte a lógica de produtividade e consumo dominantes; a institucionalização de velhos pode ser a sanção por sua falta de produtividade e de docilidade aos padrões de consumo veiculados pelos meios de comunicação em (*sic*) de massa (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2002, p. 70-71)..

Quando os mecanismos de controle social informal/implícitos falharem, o controle formal/explicito entra em cena e institui os ditames socialmente aceitos de maneira mais severa e, invariavelmente, punitiva; ou seja: buscando reverter um comportamento desfavorável ao sistema, que requer pessoas “disciplinadas”, são infligidos métodos de controle formal que possuem em seus diversos aspectos um viés de sanção e coerção com vistas a punir o comportamento “desviante da lógica dominante”.

O controle social institucionalizado punitivo, ou seja, aquele que opera a partir de um discurso efetivamente punitivo, é exercido precipuamente pelo sistema penal, o qual pode ser conceituado como o

controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2002, p. 70, grifo dos autores).

A partir do exposto, portanto, pode-se aferir que o controle social informal está nas mais diversas instâncias da sociedade e, quando ele falha, o controle social formal assume as rédeas, atuando sob uma perspectiva punitiva e coercitiva.

Feitas essas considerações conceituais introdutórias, cumpre ressaltar que o presente artigo tem por objetivo investigar a temática do controle social a partir da evolução do pensamento contratualista. Para tanto, o texto encontra-se dividido em duas partes distintas: em um primeiro momento, será objeto de análise o pensamento dos sofistas, considerado como o “germe” do controle social pautado no contratualismo; na segunda parte, será investigado o pensamento de três autores clássicos do contratualismo – Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau –, de modo a ilustrar as diferentes concepções de controle social que se evidenciam nas suas formulações de contrato social.

O consensualismo sofista e os primórdios de um controle social contratualista

Os sofistas podem ser considerados os primeiros pensadores da teoria do contrato social e, conseqüentemente, de todas as teorizações no campo da filosofia política que frutificaram nos primórdios da Modernidade, cujo elemento central residia na restrição da liberdade ilimitada por sistemas de controle social construídos a partir de um pacto fundante de sociedades civis organizadas. Apesar de ainda restarem opiniões diversas a respeito do quanto a teoria do contrato social, tal como se estendeu nos séculos XVII e XVIII, foi antecipada por essa corrente do pensamento grego, não resta dúvida de que os sofistas imaginaram, muito antes de Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant, a necessidade de um acordo de associação entre iguais para a superação de um estado caótico inicial.

Dessa forma intelectual, decorreu necessariamente, em termos de concepção de Direito, uma passagem da visão religiosa de lei para uma concepção secular, da atividade de Deus à do homem. E, nessa perspectiva, a antítese entre *nomos* e *physis* traduz a ideia referente à função da lei no contrato social como forma de superação da barbárie de um estado de natureza, em que prevaleceria o mais forte. Isso aparece, por exemplo, no pensamento de Protágoras (GUTHRIE, 1987, p. 127 e ss.).

Concretamente, estão os socráticos menores, juntamente com os sofistas – em maior expressão –, em um dos polos de protagonismo da introdução de uma revolução em relação ao pensamento cosmológico que os precedeu, uma vez que suas reflexões tenderam a separar o natural e o legal, como contraste entre o fático e permanente e o artificial ou convencional ou variável. Essa dicotomia surge manifestamente em marcantes passagens de Antígona, a terceira das peças tebanas de Sófocles, escrita em meados do século V a.C.

Em Antígona, percebe-se a justaposição de dois conjuntos de obrigações e leis, ou, poderíamos também dizer, dois sistemas de controle social. A personagem sente-se obrigada pelas leis divinas a sepultar o irmão, ao mesmo tempo que as leis de Tebas impõem-lhe a obrigação contrária de deixá-lo insepulto. Antígona dá, então, ao irmão, um sepultamento simbólico. Quando os guardas o descobrem e vão contar a Creonte, ele desconfia imediatamente que se trata de obra de algum homem. Em tempo, porém, os guardas prendem Antígona e trazem-na até o Rei. De modo compreensível, dado o fato de que ele é agora seu guardião oficial e ela está noiva de seu filho, Creonte oferece a Antígona a oportunidade de negar que tivesse conhecimento da determinação, ou de afirmar que o havia entendido mal. Antígona, porém, abre mão da oferta:

ANTÍGONA: Conheci-a, sim. Era do conhecimento de todos.

CREONTE: E ainda assim tiveste a ousadia de transgredi-la?

ANTÍGONA: Sim, essa ordem não veio de Zeus. A justiça que emana dos deuses não conhece essa lei. Não considero que tuas leis sejam fortes o bastante para revogar as leis não escritas e inalteráveis dos deuses, uma vez que não passas de um homem. Elas não são de ontem nem de hoje, mas eternas, ainda que ninguém conheça suas origens. Nenhum mortal poderá culpar-me por transgressão perante os deuses. Por certo sabia que teria que morrer, como ou sem o teu decreto. E, se minha morte é iminente, tanto melhor para mim. Quem, como eu, vive em meio a tantos tormentos, só tem a ganhar com ela. (SÓFOCLES, 2005, p. 30).

Entre tantas tensões perceptíveis no texto da peça de Sófocles (*v.g.* Amor e poder, família e Estado, público e privado), a que mais se destaca é a tensão dominante entre as obrigações diante das ordens legítimas de Creonte – leis de Tebas – e a obrigação com as leis divinas. Com efeito, ao sepultar o irmão, Antígona justifica o ato sob o argumento de que não vai obedecer a uma lei humana que contraria a lei divina. Para a personagem, era necessário contrariar Creonte para que Polinice, uma vez sepultado, não ficasse vagando durante cem anos na margem do rio que leva ao mundo dos mortos. Estabelece-se, então, claramente, a tensão entre as partes: Creonte defende as leis de Estado, e Antígona defende as leis divinas.

Morrison (2006, p. 28-30), identificando uma série de tensões legais em Antígona, faz a seguinte enumeração: a) as exigências do direito natural *versus* positivismo; b) um exemplo da imperatividade das normas jurídicas; c) um exemplo primitivo e incipiente de desobediência civil; d) o dever de um indivíduo com a sua família *versus* seu dever para com o Estado; e) a irracionalidade do subjetivismo arbitrário das mulheres *versus* a razão fria do Estado masculino, expresso através do dever abstrato para com o direito formal; f) as exigências de razão prática que enfrenta com determinação um dilema imediato *versus* as exigências de uma racionalidade teórica (o utilitarismo de Creonte) que se volta para uma categoria dos interesses do Estado; g) os primórdios de uma racionalidade individual – a subjetividade – contra a concepção de justiça que prega a obediência às regras objetivas do corpo social. Na construção interpretativa de Morrison, é possível constatar que, em todas as tensões elencadas, há forte elemento que as liga à ideia de controle social.

Nessa perspectiva da separação entre leis naturais e leis humanas está, sem dúvidas, a origem sofisticada de uma primeira concepção jusnaturalista que desempenhou uma função crítica em relação às leis existentes na época. Tal atitude crítica, que revela a consciência dos gregos antigos em relação a sistemas de controle e restrição da liberdade (“a lei que é o tirano dos homens”), a partir dessa polarização entre o natural e o convencional, pode ser verificada no diálogo Protágoras de Platão, em que a Hípias é atribuída à seguinte ideia:

Amigos presentes, digo, considero eu que vós sois parentes e familiares e cidadãos, todos por natureza (*physis*), não por convenção legal (*nómos*). Pois o semelhante é parente dos semelhantes por natureza. Mas a lei, que é o tirano dos homens, força-lhes a muitas coisas contra o natural (PLATÃO. Protágoras, 337 c-d).

Também na mesma direção caminha Antífonte ao dizer que

la mayor parte de los derechos que emanan de la ley están en oposición a la naturaleza.

Por nacimiento somos todos naturalmente iguale en todo, tanto griegos como bárbaros. Y es posible observar que las necesidades naturales son igualmente necesarias a todos los hombres. Ninguno de nosotros ha sido distinguido, desde el comienzo, como griego ni como bárbaro. Pues todos respiramos el aire por la boca y por las narices, y comemos todos con las manos (SOFISTAS, fragmentos I-A e I-B, col. II).

Essa mesma percepção do consenso para o estabelecimento das leis e, portanto, da instituição de mecanismos de controle social estabelecidos consensualmente em contraposição à lei natural pode ser observada na seguinte fala de Cálicles, no diálogo platônico *Górgias*, ao criticar o igualitarismo democrático introduzido pelas leis positivas de algumas cidades gregas:

Según mi parecer, los que establecen las leyes son los débiles y la multitud [...] Pero, según yo creo, la naturaleza misma demuestra que es justo que el fuerte tenga más que el débil y el poderoso más que aquel que no lo es. Y lo demuestra que es así en todas partes, tanto en los animales como en todas las ciudades y razas humanas, el hecho de que de este modo se juzga lo justo: que el fuerte domine el más débil y posea más. [...] pero yo creo que si llegara a haber un hombre con índole apropiada, sacudiría, quebraría y esquivaría todo esto y, pisoteando nuestros escritos, engaños, encantamientos y todas las leyes contrarias a la naturaleza, se sublevaría y se mostraría dueño este nuestro esclavo, y entonces resplandecería la justicia de la naturaleza (PLATÃO, 1984, 483b – 483a; MENZEL, 1964, p. 113 e segs.).

A ideia de que o germe das teses do contrato social pode ser encontrado nos sofistas também é dividida por Michel Villey, em sua obra *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Para o autor francês, a crise sofrida por Atenas a partir do século VI, com grandes reviravoltas sociais, econômicas e políticas, propiciou o desenvolvimento de uma filosofia do Direito. Ao costume tradicional – ao *nómos* de Atenas, a seu Direito – opõe-se a *justiça* (*díke*) ou, então, a natureza e sua ordem (*phisis*), e dessas dissociações aponta, como provas significativas, os exemplos de Antígona e de diversos sofistas, nos quais encontra suficientes demonstrações do caráter subjetivo e/ou convencional da justiça e das ideias reinantes sobre o Direito (VILLEY, 2005, p. 18-19).

Outra importante contribuição sofista ao consensualismo, ao contratualismo e, consequentemente, à necessidade de estabelecimento de mecanismos institucionalizados de controle social, como forma de garantir a liberdade dos homens e a possibilidade de vida em sociedade, vem de Protágoras e decorre de uma releitura do mito de Prometeu. Nessa passagem, ele sustenta que os deuses se esqueceram de dotar os homens de certos talentos naturais concedidos aos animais (particularmente, a capacidade de viver sem conflito). Então, os homens tiveram de inventar a arte política a fim de viverem juntos. Por isso, a invenção da cidade é, para Protágoras, o resultado da intervenção dos homens que não podiam agir de modo diferente, senão forjar leis e convenções para se governarem livremente (NAY, 2004, p. 36).

Apontando a ideia de contrato e controle social, e concebendo a organização político-social já não como natural, mas como produto de uma convenção ou acordo para salvaguardar os interesses dos homens, ilustrativas são as seguintes palavras que Platão atribui ao sofista Glaucón, em sua obra *República*, num questionamento sobre a essência e a origem da justiça:

Dizem que um a injustiça é, por natureza, um bem, e sofrê-la, um mal, mas que ser vítima de injustiça é um mal maior do que o bem que há em cometê-la. De maneira que, quando as pessoas praticam ou sofrem injustiças umas das outras, e provam de ambas, lhes parece vantajoso, quando não podem evitar uma coisa ou alcançar a outra, chegar a um acordo mútuo, para não cometerem

injustiças nem serem vítimas delas. Daí se originou o estabelecimento de leis e convenções entre elas e a designação de legal e justo para as prescrições da lei. Tal seria a gênese e essência da justiça, que se situa a meio caminho entre o maior bem - não pagar a pena das injustiças - e o maior mal - ser incapaz de se vingar de uma injustiça. Estando a justiça colocada entre estes dois extremos, deve, não preitar-se como um bem, mas honrar-se devido à impossibilidade de praticar a injustiça. Uma vez que o que pudesse cometê-la e fosse verdadeiramente um homem nunca aceitaria a convenção de não praticar nem sofrer injustiças, pois seria loucura. (PLATÃO, 1996, 359a, p. 55).

O que precisa ser retido dos sofistas, como contribuição à construção e compreensão da problematização acerca do contratualismo como forma de institucionalização de mecanismos de controle social, resume-se aos seguintes pontos:

a) os sofistas inauguram uma nova fase do pensamento grego no qual o questionamento sobre a organização social da cidade passa a ter um lugar destacado, surgindo, assim, uma razão política liberta do plano mítico-religioso, cujo objetivo fundamental era a busca de um bom governo, dando, com isso, as bases do que hoje constitui o plano de reflexão da filosofia política e, no campo das ciências sociais aplicadas, do direito constitucional. Assim, se antes dos sofistas pouco ou nada havia de razão no pensamento erudito que teorizasse a organização da vida pública, a partir deles esse tema passa a ser visceral para o confinamento dos mitos no plano estritamente religioso e, paralelamente, para uma paulatina laicização das representações sociais sobre o problema do poder e dos governos;

b) as concepções individualistas e convencionalistas expõem ideias que, embora de modo bastante incipiente, constituem antecipações de vários aspectos do jusnaturalismo racionalista ou protestante, que aconteceria aproximadamente dois milênios depois, e que representam importantes avanços na consolidação do constitucionalismo, particularmente na estruturação histórica dos sistemas positivos de direitos fundamentais. Embora os primórdios da estruturação de uma racionalidade individualista estivessem no pensamento sofista, é preciso esclarecer que nesse tempo o imaginário político era dominado pela ideia de que o mundo somente existia na *polis*. O indivíduo inseria-se no mundo somente na cidade. O indivíduo fora da cidade era um ser fora do mundo;

c) a superação dos modelos legais e políticos divinizados por um modelo secularizado;

d) a ideia inicial de um pacto social como fundamento da legitimidade e exigibilidade da lei, da limitação do poder, da concessão de liberdades, ou seja, o contrato como fundamento de controle social e como possibilidade da vida controlada em sociedade.

O controle social na filosofia política da modernidade: contratualismo e controle social

A seguir, serão abordados aspectos pertinentes ao controle social em Hobbes e em Locke, além de considerações sobre o controle social do poder político em Rousseau.

O controle social em Hobbes

O primeiro contratualista a trabalhar a questão do controle social foi Thomas Hobbes. Para compreendê-la, é necessário partir da sua ideia de estado de natureza, cuja superação somente será possível mediante instrumentalização de algum mecanismo de controle social, o que em Hobbes se dá através do contrato social. Em Hobbes, os homens viveriam naturalmente, sem poder e sem organização, o que somente surgiria depois de um pacto firmado por eles, responsável pelo estabelecimento das regras de convívio social e de subordinação

política (RIBEIRO, 2002).

Hobbes, no Capítulo XIII da sua obra *Leviatã*, ao tratar da condição da humanidade relativamente à sua felicidade e à miséria, faz uma pequena análise de alguns aspectos fundamentais do modo-de-ser no mundo dos humanos. Parte da ideia de que todos os homens são iguais por natureza e, dessa igualdade quanto à capacidade, deriva a igualdade quanto à esperança de serem atingidos os fins. Portanto, para ele, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E, no caminho para o seu fim (que é principalmente a sua conservação, e às vezes apenas o seu deleite), esforçam-se por destruir ou subjugar um ao outro. Dessa igualdade, afirma, vem a desconfiança e, da desconfiança, a guerra:

a natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo (HOBBS, 1999, p. 74).

De modo que, para Hobbes, na natureza do homem encontram-se três causas principais de discórdia: primeira, a competição; segunda, a desconfiança; e terceira, a glória. A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, das mulheres, dos filhos e dos rebanhos dos outros homens; os segundos, para se defenderem; e os terceiros, por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião e qualquer outro sinal de desprezo (HOBBS, 1999, p. 111).

Dessas situações “naturais”, decorre um estado, fora dos estados civis, em que há sempre guerra de todos contra todos, afinal, como salienta Ribeiro (2002, p. 55), diante do quadro delimitado por Hobbes, “o mais *razoável* para cada um é atacar o outro, ou para vencê-lo, ou simplesmente para evitar um ataque *possível*”. Utilizando as próprias palavras de Hobbes:

Com isto, torna-se manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. (HOBBS, 1999, p.111).

Desse estado de natureza belicoso, surgem três importantes consequências nos planos socioeconômico, filosófico-político e jurídico:

a) primeira consequência, no plano socioeconômico: numa tal situação, não há lugar para a indústria, pois o seu fruto é incerto; conseqüentemente, não cultivo a terra nem há navegação, tampouco uso de mercadorias que poder ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento da face da Terra nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, há um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, selvagem e curta (HOBBS, 1999);

b) segunda consequência, no plano filosófico-político: nada pode ser justo. As noções de bem e mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei,

e onde não há lei não há injustiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais. A justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito. Se assim fosse, poderiam existir num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo que os seus sentidos e suas paixões. São qualidades que pertencem ao homem em sociedade, não na solidão (HOBBS, 1999);

c) terceira consequência, no âmbito jurídico: não há propriedade nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e enquanto for capaz de conservá-lo (HOBBS, 1999).

Essa reflexão acerca do estado de natureza Hobbes completa analisando as paixões que fazem tender para a paz e, nesse ponto, introduz a questão do controle social. Para o pensador de Derbyshire, as paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas necessárias para uma vida confortável e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo. Essas normas são aquelas a que, por outro lado, chamam-se leis de natureza, ou o direito de natureza, como sendo a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida. Por liberdade entende-se, de acordo com Hobbes, conforme a própria natureza da palavra, a ausência de impedimentos externos; nessa condição, todo o homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos uns dos outros. Enquanto perdurar esse direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Uma lei de natureza é, portanto, um preceito ou uma regra geral, estabelecido pela razão, mediante a qual se proíbe um homem de fazer tudo o que possa destruir a sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservar ou omitir aquilo que pense melhor contribuir para preservar (HOBBS, 1999, p.115-116).

A partir dessa cosmovisão natural-racionalista, Hobbes apresenta o que seriam 19 leis naturais decorrentes desse estado de natureza, com a finalidade de superá-lo. Dessas 19, três, claramente, encerram uma concepção de controle social. A primeira, consistente num preceito ou regra geral da razão, enuncia “Que todo o homem se deve esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de a conseguir, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra”; a segunda, derivada logicamente da primeira, dispõe “Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar ao seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo”. Assim, quando alguém transfere o seu direito, ou a ele renuncia, fá-lo em consideração a outro direito que reciprocamente lhe foi transferido, ou a qualquer outro bem que daí se espera. Pois é um ato voluntário, e o objetivo de todos os atos voluntários dos homens é algum bem para si mesmos. A transferência mútua de direitos é aquilo que se chama contrato (HOBBS, 1999, p.116). Por fim, a terceira lei de natureza com conteúdo prescritivo de controle social; da segunda lei de natureza pela qual somos obrigados a transferir aos outros aqueles direitos que, ao serem conservados, impedem a paz da humanidade, segue-se a lei que determina “Que todos os homens cumpram os pactos que celebrarem” (HOBBS, 1999, p.125).

Sobre essas leis, especialmente sobre a segunda e a terceira, está estruturada a ideia de

controle social no pensamento de Hobbes. Entende ele que sem a terceira lei todos os pactos seriam vãos e não passariam de palavras vazias. Nessa terceira lei, residem a fonte e a origem da justiça, pois depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto, e a definição de injustiça não é outra coisa senão o não cumprimento de um pacto. Portanto, para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram.

E não pode haver tal poder antes de se erigir um Estado: “é preciso que exista um Estado dotado da espada, armado, para forçar os homens ao respeito. Desta maneira, aliás, a imaginação será regulada melhor, porque cada um receberá o que o soberano determinar.” (RIBEIRO, 2002, p. 61). Logo, em Hobbes, a “montagem” do Estado é condição de possibilidade para a existência da própria sociedade.

No Estado hobbesiano, portanto, não há terror. Há controle social. O Leviatã, como aduz Ribeiro (2002, p. 71), não surge com o condão de aterrorizar os súditos. Quem o faz é o estado de natureza. O Estado soberano apenas mantém os súditos temerosos, pois eles “agora conhecem as linhas gerais do que devem seguir para não incorrer na ira do governante”, de modo que “o indivíduo bem comportado dificilmente terá problemas com o soberano.” O contrato social hobbesiano representa, nesse sentido, um pacto de submissão, como observa Bobbio (1991, p. 41-42):

a obrigação fundamental que os indivíduos aceitam, com base nesse acordo, é aquela característica do *pactum subiectionis*, ou seja, a obrigação de obedecer a tudo aquilo que o detentor do poder comum ordenar. [...] Ao contrário do *pactum societatis*, o pacto de união hobbesiano é um pacto de submissão; mas ao contrário do *pactum subiectionis* – cujos contratantes são, por um lado, o *populus* em seu conjunto, e, por outro, o soberano –, o hobbesiano é, como o *pactum societatis*, um pacto cujos contratantes são os associados individuais entre si, que se comprometem reciprocamente a submeter-se a um terceiro não contratante.

Do até aqui exposto, percebe-se que a concepção hobbesiana de controle social é limitada, pois se restringe a uma versão de controle formalmente institucionalizado através do Estado. Desconsidera, assim, as possibilidades de controle social fora do aparato estatal, tais como a família, a escola, a própria comunidade ou sociedade civil, a religião, etc.

O controle social em Locke

Locke inicia sua construção teórica sobre o controle social a partir da delimitação do que ele chama poder político, com o fim de distinguir o poder de um magistrado sobre um súdito do de um pai sobre os filhos, de um amo sobre seu servidor, do marido sobre a esposa e de um senhor sobre seus escravos (LOCKE, 1998, p. 380-381). Para Locke,

o *poder político* é o direito de editar leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e a preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra os danos externos, observando tão-somente o bem público (LOCKE, 1998, p. 381).

Para entender o poder político corretamente em Locke e, conseqüentemente, sua concepção de controle social, é preciso considerar o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem e, também, um estado de igualdade (LOCKE, 1998, p. 382). Em Locke, “os homens viviam originalmente num estágio pré-social e pré-político, caracterizado pela mais perfeita liberdade e igualdade, denominado estado de natureza.” (MELLO, 2002, p. 84).

Nesse estado de natural de liberdade, que não é um estado de licenciosidade, ainda que o homem tenha uma liberdade incontrolável para dispor de sua pessoa ou posses, não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse. Esse estado de natureza tem para governá-lo uma lei da natureza que a todos obriga, e a razão em que essa lei consiste ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses. Assim, nesse estado, cada um está obrigado a preservar-se. Cada um deve, tanto quanto puder, preservar o resto da humanidade. A responsabilidade pela execução da lei da natureza é, nesse estado, depositada nas mãos de cada homem (LOCKE, 1998, p. 384). E se qualquer um no estado de natureza pode punir a outrem, por qualquer mal que tenha cometido, todos o podem fazer, pois, nesse estado de perfeita igualdade, não existe superioridade ou jurisdição de um sobre o outro. Locke também entende que os governos encontram-se em estado de natureza entre si (LOCKE, 1998, p. 385).

Para fazer frente às inconveniências do estado de natureza, Locke estabelece que o remédio seja o governo civil, a forma originária de controle social institucionalizado. Para ele, não é qualquer pacto que põe fim ao estado de natureza entre os homens, mas apenas o acordo mútuo e conjunto de constituir uma comunidade e formar um corpo político (LOCKE, 1998, p. 393).

Diferentemente de Hobbes, segundo o qual o contrato social representa um pacto de *submissão* – por meio do qual, visando à preservação de suas vidas, os súditos transferem ao soberano a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança proporcionada pelo Leviatã –, Locke vê o contrato social como um pacto de *consentimento* – por meio do qual os homens concordam livremente em formar a sociedade civil de modo a preservar/consolidar ainda mais os direitos que já possuíam originalmente no estado de natureza (MELLO, 2002).

Na concepção lockeana de controle social, há uma limitação da liberdade natural dos homens, os quais passam a ter uma liberdade social que consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei afora as que promulgar o legislativo, segundo encargo a este confiado (LOCKE, 1998, p. 402).

Como destaca Binenbojm (2011, p. 17), de acordo com a formulação de Locke, “a legitimidade do exercício do poder político decorre do respeito às liberdades inatas e inalienáveis, os direitos naturais.” No estado civil de Locke, portanto, os direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, patrimônio...) estão mais bem protegidos, sob o amparo da lei e da força comum de um corpo político unitário.

O controle social do poder político em Rousseau

Rousseau encarna a mais consistente oposição ao pensamento medieval e moderno, inaugurando um ciclo reflexivo caracterizador da história filosófico-política do Estado contemporâneo, no sentido de negar, peremptoriamente, qualquer possibilidade do estabelecimento de algum direito de alguém ou de alguns para governar aos demais. Ao contrário, uma das ideias centrais do seu pensamento é a de que o único governo sobre os homens que se legitima é o das leis que emanam daqueles que vão cumpri-las. Para o filósofo suíço, a soberania permanece com o povo, não sendo renunciada a partir do pacto social (ROSSEAU, s.d., p. 25).

Há no pensamento rousseauiano uma clara ruptura com diversas construções teóricas que se estruturaram desde a Antiguidade até os primórdios da Idade Moderna. Assim, exemplificativamente, em Rousseau não há qualquer espaço para a ideia de um direito divino dos reis que serviu para negar aos homens o direito de intervir na formação e na vida do governo. No mesmo caminho, Rousseau distancia-se da perspectiva do direito do mais forte, presente no pensamento de Maquiavel, mas já estruturado, anteriormente, nas reflexões do sofista Cálicles. Diverge também da justificação do princípio da soberania do príncipe, presente na obra Seis Livros da República, o qual nega efetivamente a liberdade dos cidadãos. Destoa de Hobbes e de Grocius, quando eles põem em dúvida a ideia da liberdade do gênero humano e de Locke em relação à justificação da ditadura de duas classes minoritárias. Se, por um lado, aparentemente, próximo esteve de Montesquieu, especialmente no tocante à teoria da separação dos poderes como importante garantia em favor da liberdade, por outro, dele distanciou-se, uma vez que o sistema político do autor de O Espírito das Leis muito próximo se situou do sistema de Locke. Da mesma forma com relação aos enciclopedistas, defensores do direito natural, que não compreenderam, diferentemente de Rousseau, que a igualdade e a liberdade do homem não têm maior garantia do que a participação ativa do cidadão no governo, sem reis ou corpos políticos privilegiados.

Um dos grandes traços da obra filosófico-política de Rousseau, que marca rotundamente suas diferenças em relação aos pensadores que o antecederam, consiste não na limitação do poder dos reis e dos parlamentos privilegiados, mas na proposta de suas derrocadas e, concomitantemente, na instauração do governo dos cidadãos para os homens. Para chegar a essa construção política, Rousseau parte de algumas premissas fundamentais ao seu pensamento. A primeira delas é uma concepção holista do mundo.

Rousseau expõe em suas obras uma concepção holista do mundo social, pois suas teses revelam seu interesse muito mais pela sociedade em seu conjunto do que propriamente por seus componentes. Desconfia de tudo o que possa dividir o corpo político; é hostil em relação à existência de “corpos intermediários”, pois a presença desses colegiados poderia incomodar a homogeneidade da cidade, o que o afasta idealisticamente de propostas de democracia representativa. A intervenção desses corpos só pode contribuir para restabelecer dominações particulares, multiplicar os conflitos e aumentar as desigualdades entre ricos e pobres, além de colaborar para degradar o indivíduo e impedir a formação da vontade geral.

Desse entendimento resulta no pensamento de Rousseau um rechaço completo ao pluralismo político, o que o afasta bastante dos pensadores liberais que vinculam a felicidade à satisfação da pluralidade de interesses individuais. Na sequência dessa visão holista e negadora do pluralismo, a base das construções e propostas políticas de Rousseau – a tese da vontade ge-

ral – não poderia encontrar fundamento mais sólido, pois repousa sobre uma visão idealista de uma sociedade unida e solidária, na qual o pluralismo é obstaculizado.

Essa compreensão holista do mundo manifesta-se expressamente quando o pensador genebrino, ao analisar a natureza das cláusulas componentes do contrato social, refere que todas elas se reduzem a uma única, a saber:

a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros.

Além disso, feita a alienação sem reserva, a união é tão perfeita quanto o pode ser, e nenhum associado tem mais nada a reclamar; porque se aos particulares restassem alguns direitos, como não haveria nenhum superior comum que pudesse decidir entre eles e o público, cada qual, tornado nalgum ponto seu próprio juiz, cada qual, tornado nalgum ponto o seu próprio juiz, pretenderia em breve sê-lo em tudo (ROSSEAU, s.d., p. 30-31).

Mais adiante, profere a sentença definitiva de sua percepção holista ao dizer que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo” (ROSSEAU, s.d., p. 31). Dessa visão de mundo holista resultam em Rousseau as suas mais importantes construções políticas, tais como a ideia de vontade geral, de soberania do povo, da definição unanimista da vontade do povo.

Radicalmente diferente de seus antecessores, Rousseau elabora uma nova doutrina da soberania política, na qual o povo não apenas torna-se a fonte de todo o poder, mas parece estar em condições de se governar diretamente. Seu projeto de contrato social permite aos homens, na sociedade, conservarem sua autonomia, sua liberdade e sua igualdade, já presentes no estado natural. Seu projeto busca

encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e o bens de cada associado, e pela qual, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social (ROSSEAU, s.d., p. 30).

Por esse contrato, o que o homem perde, segundo as palavras do próprio Rousseau (s.d., p. 34), “é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”. Resulta, assim, das reflexões de Rousseau uma distinção entre liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela liberdade geral. Há uma aquisição de um estado civil, ao qual agrega Rousseau uma liberdade moral, a única que torna o homem senhor de si mesmo, posto que o impulso apenas do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é a liberdade.

Como assevera Binenbojm (2011, p. 20),

partindo da visão da liberdade enquanto autonomia, Rousseau concebe que os homens seriam livres apenas e na medida em que obedeçam somente à sua própria consciência. Projetando tal

concepção para o plano comunitário, diante da evidência de que a liberdade individual irrestrita levaria à luta de todos contra todos, chega ele à ideia de um contrato social, fórmula associativa pela qual cada cidadão abriria mão de parcela de sua liberdade – a liberdade convencional. Esta fórmula, no entanto, só será eficaz caso haja coincidência entre as pessoas dos súditos e a do soberano, o que ocorre apenas quando os destinatários das leis são também os seus autores. Rousseau transpõe, assim, a liberdade enquanto autonomia, no plano individual, para a concepção, no plano comunitário, de liberdade como soberania popular. Se a lei é o produto da vontade geral – manifestada pelos próprios cidadãos – então, quem obedece à lei estaria, em última análise, obedecendo à sua própria vontade.

A base de todo o sistema social rousseauiano consiste em que o pacto fundamental, em vez de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a natureza pode por entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, tornem-se iguais por convenção ou por direito.

No projeto de Rousseau, a finalidade de proteger os direitos naturais de cada indivíduo passa por uma garantia de proeminência incontestável da comunidade. Nessa perspectiva, deve ser entendida a sua concepção de soberania. Nela, cada cidadão dispõe da parte da soberania que lhe cabe, mas nenhum indivíduo pode atribuir-se o seu exercício separadamente dos outros. A soberania só pode ser exercida coletivamente; é indivisível (não pode ser partilhada) e é inalienável (não pode ser cedida a ninguém). Sobre isso constrói sua ideia de vontade geral.

Rousseau acredita na capacidade do povo de exprimir uma opinião coletiva. Chama ele de “vontade geral” a decisão unânime” que o povo toma a fim de realizar o bem comum. Distingue a vontade geral da vontade de todos. A primeira representa uma decisão unânime, enquanto a segunda é apenas uma “soma de vontades particulares.

Nesse marco, o sistema representativo para Rousseau é profundamente injusto, porque se reveste de caráter oligárquico, o que de certa forma antecipa a “lei férrea das oligarquias” estruturada por Robert Michels, segundo quem, por mais democrático que seja um governo, sempre será uma oligarquia que governará. Nas palavras de Rousseau (s.d., p. 96) “a ideia de representantes é moderna; vem do governo feudal, desse iníquo e absurdo governo, no qual a espécie humana é degradada e o nome de homem constitui uma desonra”. Seu raciocínio quanto a isso é o seguinte: se cada cidadão aceita submeter-se à vontade geral, é porque, em contrapartida, tem o direito de participar na formação dela. Seria absurdo se num momento ou noutro fosse privado desse direito de participação. Em outros termos, todo cidadão tem um direito de sufrágio e deve exercê-lo pessoalmente.

Analisada sob outro viés, entende Rousseau que a soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade de modo algum se representa; ou é a mesma ou é outra; não há nisso meio termo. Ainda, para ele, “não sendo a lei senão a declaração da vontade geral, claro está que no poder legislativo não pode o povo ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo, que outra coisa não é senão a força aplicada à lei” (ROSSEAU, s.d., p. 96).

Evidentemente que Rousseau prevê a necessidade de arranjos institucionais, diante da dificuldade de adaptar a democracia direta, conveniente a pequenas comunidades, para espaços geopolíticos maiores como o Estado-nação. Por isso, ele admite a possibilidade de instauração de um sistema representativo limitado, assim como, diante da dificuldade de implementação de uma vontade unânime, prevê a necessidade realista do voto majoritário.

Positivamente, é preciso destacar do pensamento de Rousseau uma evolução intelectual dirigida a uma consolidação teórica acerca da democracia e da soberania popular. O seu principal legado aparece destacadamente nos textos constitucionais contemporâneos consubstanciado nas declarações preambulares de que “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”⁷². Também, por outro lado, a ideia de democracia direta parece estar cada vez mais presente, de diferentes formas, nos atuais modelos constitucionais. Assim, por exemplo, por meio de referendos e plebiscitos. Da mesma forma, através das diferentes formas de participação popular, seja na composição de orçamentos, seja no controle jurídico das atividades dos poderes públicos.

Noutro sentido, é preciso rechaçar contundentemente a parcela de seu pensamento, calcado sobre a prioridade da vontade geral, que nega qualquer possibilidade de as minorias poderem defender seus interesses. A concepção de Rousseau é de uma constituição como expressão de uma regra majoritária, enquanto os paradigmas constitucionais contemporâneos manifestam-se como modelos contramajoritários.

A concepção contratual de Rousseau também se apresenta, negativamente, um pouco conservadora, no sentido de que apresenta a sociedade como uma entidade superior, unificada e indivisível, acima dos interesses dos indivíduos, situação que se choca frontalmente com os avanços antropocêntricos conquistados pelos pensadores liberais. Os indivíduos são considerados elementos indissociáveis de uma totalidade que os ultrapassa. Possuem uma liberdade bastante restrita, na medida em que os alienam a um corpo moral e coletivo, com exceção de seu direito de sufrágio. Assim, o anti-individualismo rousseuiano é bastante criticável, uma vez que coloca em segundo plano a liberdade individual e a subjetividade dos direitos. Nesse aspecto, parece não ser recepcionada nos textos constitucionais modernos que, em seu núcleo liberal-individualista, *v.g.*, o art. 5º da Constituição brasileira de 1988 dá especial tutela aos direitos e às liberdades individuais.

A Constituição como expressão concreta de um contrato social e controle social

Uma vez revisitadas, nos tópicos precedentes, as concepções contratualistas de Estado, desenvolvidas ao longo de mais de três séculos da história, é importante analisar, neste momento, os seus reflexos na formação do que se denomina, na contemporaneidade, Estado de Direito. Com efeito, a fórmula em questão não é outra coisa senão uma organização social resultante de um consenso entre os indivíduos que, de modo livre, conferem-lhe parcela de poder (Hobbes), de forma que ele possa guiar os rumos de uma determinada sociedade, atentando para o respeito às liberdades individuais (Locke e Rousseau).

Na formulação do Estado Democrático de Direito, evidencia-se um projeto de sociedade e de democracia positivado constitucionalmente. Visa-se, assim, a atender princípios como os da constitucionalidade, democracia, sistema de direitos fundamentais, justiça social, divisão de poderes, legalidade, segurança e certeza jurídica, para que se possa buscar a menor desigualdade possível entre a coletividade (BOLZAN DE MORAIS, 1996). Quer dizer, o pacto social da modernidade, o Direito moderno e suas Constituições estão umbilicalmente ligados ao intento

⁷² Art. 1º, parágrafo único, CF/88. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

de conter a guerra, de civilizar e submeter a regras institucionais os conflitos políticos e sociais (BARATTA, 2000).

Como salienta Mir Puig (1994, p. 33-34),

la fórmula 'Estado social y democrático de Derecho' supone no solo la tentativa de someter la actuación del Estado social – a la que no se quiere renunciar – a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social – esto es, que tome partido efectivo en la vida social – al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático de esse Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad 'real' – oponiéndose a que el 'Estado social' dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos – como 'formal' – cerrando el paso a la posibilidad de un 'Estado de Derecho' no controlado por todo el pueblo – para los ciudadanos.

Essa ideia de controle efetivo do poder pela cidadania, associado à supremacia da Constituição, dá forma a um modelo de Estado no qual os direitos do cidadão são efetivamente protegidos contra o arbítrio. Além disso, o exercício do poder se faz com respeito à Constituição – representativa do modelo e contrato social delineado ou, ainda, da materialização desse pacto –, cuja ascendência sobre todos os atos jurídicos se dá imediatamente.

Nesse sentido, nas palavras de Cambi (2009, p. 29), “o contrato social serve para justificar, moralmente, o poder exercido na forma do direito positivo”. Isso porque se trata de “um contrato em que cada indivíduo, autônomo, juntamente com os demais indivíduos autônomos e, portanto, com o assentimento não forçado de todos, regulam sobre algo que, razoavelmente, redunde no bem de cada um.” Em um ambiente tal, exemplificativamente, nenhum contrato pode dispor da vida, nenhuma maioria política pode dispor dos direitos fundamentais, decidindo que uma pessoa pode ser condenada sem provas ou ser privada arbitrariamente da sua liberdade pessoal ou de seus direitos civis ou políticos ou, ainda, condenada a morrer sem assistência médica ou social, bem como viver sem condições mínimas de dignidade.

Logo,

*a Constituição não é só a explicação do contrato social, devendo realizar os valores emanados desse contrato social (a sua força normativa deve constituir a ação do Estado). [...] Portanto, a justificação do Estado, pensado por Thomas Hobbes, criado para superar o *belum omnium* do Estado de Natureza e garantir a paz, está fundada na proteção dos direitos à vida, à liberdade pessoal, à dignidade humana, enfim, dos direitos fundamentais que são o significado concreto do pacto constituinte do Estado Moderno. (CAMBI, 2009, p. 29).*

Com a doutrina do Contrato Social, e sua conseqüente projeção em termos institucionais sobre o constitucionalismo moderno, pretendeu-se afirmar a soberania do povo como poder absoluto indeterminado. Procurou-se, assim, fixar as conseqüências jurídicas e as causas do hipotético contrato, passando-se a averiguar que direitos o povo teria reservado para si e em que casos e modalidades poderia exercê-los. Inobstante esse viés altamente positivo da relação entre contratualismo e constitucionalismo, não se pode esquecer – e este é o principal foco do presente trabalho – que, paralelamente, contrato social e Constituição também materializam razões teóricas e práticas de normalização/controlado de comportamentos individuais e de grupos pela maioria.

O contratualismo, como bem observa Mateucci, não é apenas uma teoria global, conceitu-

almente elaborada, sobre as origens da sociedade e do poder político e, por conseguinte, sobre a natureza racional do Estado. Na história medieval e moderna, o contrato é amiúde também um fato histórico, ou seja, parte integrante de um processo político que leva ao constitucionalismo e, em especial, à necessidade de limitar o poder do Governo por meio de um documento escrito que estabeleça os respectivos e recíprocos direitos-deveres (MATEUCCI, 1994, p. 281).

Pode-se, assim, concordando com Mateucci, afirmar que o contratualismo, como fato histórico, demonstra sua vitalidade, com características novas e originais na Idade Moderna, notadamente através de sua forte influência sobre a estruturação do constitucionalismo. Essa situação é facilmente perceptível na experiência democrática da Nova Inglaterra, onde o pacto é instrumento concreto na formação de um real estado de natureza para novas sociedades que não de enfrentar os duros e dramáticos problemas da fronteira e do *wilderness* (espaços desertos; demonstra-se, também, na experiência aristocrático-liberal da Inglaterra em busca de uma codificação do novo equilíbrio constitucional entre a Coroa e o Parlamento).

É preciso destacar que as vias do constitucionalismo continental foram, em certos aspectos, diversas das do constitucionalismo das nações anglo-saxônicas e menos influenciadas pela temática constitucionalista: a Constituição não foi nem um pacto original subscrito por todos os cidadãos que queriam viver em sociedade nem o encontro entre a vontade do povo e a vontade do rei. As constituições do continente são ou concessões do monarca ou expressão da vontade de uma assembleia constituinte que representava a vontade do povo. Mas, se a legitimação dessas constituições é diversa da contratualista, elas vão buscar, não obstante, na experiência histórica anglo-saxônica, a necessidade de um documento escrito que regule e limite os poderes do governo e no contratualismo a legitimação através do consenso.

Por fim, parecendo haver saído de cena, o contratualismo, em sua perspectiva de controle social, tem ocupado recentemente um lugar central no campo da filosofia política e do Direito, pois partindo-se do pacto social, ou seja, das regras do jogo que não de ser estabelecidas antes do seu início, procura-se encontrar um fundamento para a obrigação política, para o cumprimento da lei e, conseqüentemente, para a legitimação de todos os controles impostos pelo Estado aos indivíduos ou grupos de interesses. Não se trata – quando se fala de contratualismo, constitucionalismo e controle social – de mera discussão acadêmica, própria do campo da filosofia política ou da teoria do Direito, porque as diferentes soluções institucionais decorrentes da aplicação da Constituição implicam, necessariamente, maior ou menor interferência do Estado na vida social.

Referências

- BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. n. 29. p. 27-52.
- BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

- CORREIA, Maria Valéria Costa. **Controle Social**. Dicionário da Educação Profissional em Saúde. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/d/Controle_Social_-_rec.pdf. Acesso em Abril. 2015.
- GUARESCHI, Pedrinho. **Sociologia Crítica**. Alternativas de Mudança. 38 ed. Mundo Jovem, Porto Alegre, 1996.
- GUTHRIE, W. K. C. **Os Sofistas**. São Paulo: Paulus, 1987.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Brasília: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1999.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MANNHEIM, K. **Sociologia Sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1971.
- MATEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 6. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. 2 v.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In. WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. Vol. 1. São Paulo: Ática, 2002, p. 79-89.
- MENZEL, Adolf. **Calicles. Contribución a la história de la teoria del derecho de lo más fuerte**. Trad. Mario de la Cueva. México: UNAM, 1964.
- MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NAY, Olivier. **História das ideias políticas**. Petrópolis: Vozes, 2004.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PLATÃO. **Górgias**. Trad. J. Calonge. Vol. II, 1983.
- _____. **República**. 8. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In. WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. Vol. 1. São Paulo: Ática, 2002, p. 51-77.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, s.d.
- SOFISTAS. **Testimonios y fragmentos**. Madrid: Gredos, 1996, fragmentos I-A e I-B, col. II.
- SÓFOCLES. **Antígone**. [S.l.]: eBooksBrasil, 2005.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O ESTADO TECNOCRÁTICO COMO OBSTÁCULO À REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA⁷³

Reginaldo Pereira⁷⁴

Silvana Winckler⁷⁵

Introdução

Neste texto, analisam-se características das organizações estatais em contextos de desenvolvimento tecnológico avançado e que vêm recebendo, por essa razão, a designação de sociedades tecnológicas. O objetivo central do trabalho é indagar acerca das condições de possibilidade de realização da democracia em Estados tecnológicos, assim denominados em consideração aos teóricos alemães que, já na década de 1960, se dedicaram ao tema.

Antes, porém, convém definir o que seriam sociedades tecnológicas. Posteriormente, tal conceito será relacionado ao enfraquecimento do elemento político no Estado Moderno.

Será necessário, em relação à temática aqui tratada, reafirmar o paradoxo levantado por Boaventura de Sousa Santos (2003), na década de 1990, relacionado ao redirecionamento que o neoliberalismo vinha conferindo à atividade Estatal. O autor já observava que, ao mesmo tempo em que o Estado abria mão de dirigir as atividades econômicas em prol de agentes privados – tendência iniciada, em nível mundial, nos mandatos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher –, cada vez mais se imiscuia em todas as esferas da vida, regulando o maior número possível de aspectos do cotidiano das pessoas, caracterizando-se como um Estado menor, mais presente e dependente de regulação e implicando necessariamente um afastamento da sociedade dos espaços de tomada de decisão em todas as áreas. Como consequência, tem-se um cenário de déficit democrático, dada a substituição do prefixo demos pelo tecno – aspecto que interessa aos objetivos do presente ensaio.

Retomamos, dessa maneira, a afirmação de Yves Simon (1955, p. 250), para quem “[...] uma sociedade tecnológica não comporta regime democrático [...]” e nos perguntamos até que ponto esse veredito é verdadeiro.

A resposta a tal questão pressupõe, primeiramente, o conhecimento de sociedade tecnológica, para posteriormente verificar o papel do Estado técnico ou tecnológico nessas sociedades, bem como as pressões que a tecnocracia vem exercendo sobre a democracia em organizações estatais pautadas pela lógica tecnicista.

O final do artigo é destinado à problematização sobre os desafios da democracia para manter-se não somente como sistema político, mas também como forma de organização social que garanta os direitos humanos em face do avanço das tecnologias nas sociedades tecnológicas.

Sociedades tecnológicas

Não se encontra assente um termo capaz de exprimir o atual estágio civilizacional. Para

73 Uma versão preliminar deste *paper* foi publicada nos Anais do XIV Simpósio Internacional IHU. Revoluções Tecnológicas, Culturas, Indivíduos e Sociedades.

74 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Comunitária Regional de Chapecó (Unochapecó). E-mail: rpereira@unochapeco.edu.br.

75 Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Professora do PPGD e do PPGCA da Universidade Comunitária Regional de Chapecó (Unochapecó). E-mail: silvanaw@unochapeco.edu.br.

Jonas (2005), se está diante de uma civilização tecnológica para a qual é necessária uma nova ética pautada na responsabilidade.

Yves Simon (1955) evidenciava, ainda na década de 1950, os traços de uma sociedade tecnológica. Rifkin (2001) e Aguiar (2009) destacam das sociedades contemporâneas o elemento informação. Gonsalves atenta para uma transição já avançada do industrialismo para o pós-industrialismo. Castells e Himanen (2007) e Cardoso (2007) destacam o informacionalismo. Por fim, Giddens (1997) e Beck evidenciam a emergência da modernidade avançada ou reflexiva pautada no risco.

Propõe-se, neste artigo, designar as sociedades como tecnológicas e inseri-las no seio de uma civilização tecnológica.

Além de argumentar que se encontra em curso uma tecnologização da civilização em sociedades com maior índice de desenvolvimento tecnológico, tal proposta permite explicar a diversificação das atuais configurações política, social e econômica dos países, os quais – não obstante os influxos homogeneizantes da globalização econômica – se encontram mais desiguais entre si e, com raras exceções, com maiores níveis de desigualdade *interna corporis*.

Experimenta-se, atualmente, um cenário multifacetário, no qual países altamente tecnologizados convivem com países de economia arcaica. No interior dos Estados, camadas da população vivem a plenitude da era do acesso (RIFKIN, 2001), enquanto outras não conseguem suprir as necessidades vitais básicas.

Além disso, o desenvolvimento tecnológico diferencia-se em função das atividades. Tomando-se o Brasil como exemplo, verifica-se um avanço significativo no setor agroindustrial, considerado referência para todo o mundo e uma dependência tecnológica em outros setores como o das tecnologias da informação.

Não é crível, dessa forma, afirmar que a tecnologização se faz presente em todas as partes do globo. Todavia, é possível afirmar que a maioria dos processos sociais vale-se de aparatos tecnológicos como meio e que há um verdadeiro fetiche pela novidade tecnológica.

Da mesma forma, seria leviano descurar-se do papel que a tecnologia exerce nas áreas econômicas, sociais, políticas e geopolíticas. A tecnologia é tida como o principal meio de superação das desigualdades internas das nações e de afirmação de suas soberanias, no plano internacional.

Assim, há uma convergência de fatores a indicar a centralidade que a técnica e a tecnologia adquiriram na atualidade e que levaram as sociedades a se tecnologizarem. Mas, o que seriam as sociedades tecnológicas? Como, afinal de contas, poderiam ser definidas?

Yves Simon (1955, p. 255) sustenta que “[...] a noção de sociedade tecnológica exige minuciosa análise preparatória, a começar pela indagação do que seja a própria técnica e de suas relações com o uso que o homem faz das coisas”. Para o autor (1955, p. 264): “Sob condições primitivas, a vida humana é cheia de situações fortuitas. Toda civilização tem como um dos seus efeitos próprios a mais alta racionalização no modo de dispor as coisas.”

O traço distintivo das sociedades tecnológicas, segundo o autor, reside no seguinte fator:

Antes de iniciar-se a era tecnicista, a racionalização do meio ambiente do homem era um processo lento, restrito e descontínuo. Nas sociedades tecnológicas, os característicos desse processo são a aceleração e a difusão. Em pouco tempo uma teoria científica modifica aspectos vários da vida cotidiana. Durante a última geração, atingiu-se a um estado de coisas qualitativamente novo, porque

a racionalização deu origem a uma relação antes desconhecida entre o homem, de uma parte, e o risco e a segurança, de outra. (SIMON, 1955, p. 264).

Conforme Aguiar (2009, p. 94), as sociedades tecnológicas apresentam um modo de produção completamente tecnologizado, com a utilização indiscriminada de uma grande variedade de apetrechos tecnológicos, uns úteis, outros, nem tanto; impõem uma moral técnica, a *decision-making*; adotam o controle e a eficácia das decisões, a relação custo-benefício e a pressa como elementos estruturais da mentalidade a ser ativada no momento das deliberações institucionais e pessoais e centralizam no controle técnico todas as formas de intervenção humana.

As características acima decorrem da forma como a tecnologia passou a ser elemento central na organização social atual. Diversos autores procuram explicar como, a partir da Revolução Industrial, tal elemento foi adquirindo a centralidade que ora goza.

Para Iglésias (1992, p. 51), foram três os setores que se desenvolveram e caracterizaram a Revolução Industrial: “[...] a máquina a vapor, tecidos de algodão, com novas formas de fiação e tecelagem, e, por fim, a industrial pesada, com a mineração e a metalurgia.” Segundo o autor (1992, p. 52), esses setores foram os mais afetados, pois alteraram as condições já existentes e desencadearam um crescimento sem antecedentes, causando alterações em outros setores produtivos.

Heilbroner (1980, p. 132) divide a evolução do industrialismo em quatro fases: i) a primeira, iniciada nos séculos XV e XVI, estava centrada literalmente na nova máquina têxtil, em meios que melhorassem a produção de carvão e fabricação de ferro, em técnicas agrícolas para aumentar a produtividade e na máquina a vapor; ii) a segunda, que se dá durante o século XIX, é marcada pelo conglomerado de invenções industriais centradas no aço, no transporte ferroviário e na navegação a vapor, na maquinaria agrícola e nos produtos químicos, e na considerável mudança nos métodos de comunicação; iii) na terceira fase da revolução industrial, transcorrida desde o início do século XX, ocorreu uma série de invenções: energia elétrica, automóveis, motor à gasolina; iv) a atual fase de desenvolvimento tecnológico caracteriza um quarto estágio evidenciado pela descoberta da energia nuclear, viagens aéreas, automação e a revolução da eletrônica.

Em cada uma das fases da industrialização, ocorreu um incremento tecnológico, seja por novas invenções, por processos de inovação tecnológica ou, ainda, por novas aplicações das tecnologias já existentes, o que leva Salamone (1980, p. 14) a afirmar: “A Revolução Industrial caracterizar-se-á então como revolução tecnológica.”

Os motivos para a industrialização se fazer acompanhar de incrementos tecnológicos podem ser atribuídos a diversos fatores, alguns relacionados ao experimentalismo e à capacidade inovadora da ciência moderna; outros, à necessidade do sistema capitalista encontrar novas fronteiras, frente ao ínsito expansionismo. Todos, contudo, dependeram e dependerão de condições objetivas para se efetivarem.

Tomando a necessidade de renovação do capitalismo como paradigma, em função deste estar sujeito a ciclos de expansão e encolhimento, de, mais ou menos, 50 anos cada, divididos em períodos ascendentes de melhoria e prosperidade e em períodos descendentes de recessão e depressão econômicas, segundo o economista russo Nicolai Kondratieff, verifica-se que cada início de ciclo – passagem de tempos de depressão para períodos de melhoria e prosperidade econômicas – corresponde ao advento ou o incremento de uma nova ou de um conjunto de

novas tecnologias, e cada término de ciclo – passagem da curva ascendente (melhoria e prosperidade) para a descendente (recessão e depressão) – corresponde ao esgotamento de uma ou mais matrizes tecnológicas.

Tolmasquim (1991, p. 28) especifica as dinâmicas envolvidas nos ciclos longos de Kondratieff. Esses ciclos, segundo o autor, estão relacionados ao processo de efetivação tecnológica. A implantação da “nova técnica” e utilização intensa das instalações e recursos já existentes, engendrando crescimento econômico e de emprego. Num primeiro momento, dado o aumento da demanda, não há competição entre as novas instalações e as anteriores, provocando o seu consequente sucateamento, com ganho social líquido de produtividade. Terminada a primeira onda, há uma saturação do mercado e a convivência inicial das diferentes gerações de técnicas empregadas é rompida, a nova técnica tende a se generalizar. Dessa forma, a cada vez se tem de sucatear uma nova instalação mais moderna, com sacrifício de recursos materiais e humanos (rebaixamento de mão de obra, por exemplo).

Mesmo que as pesquisas para implantação de projetos específicos e o acúmulo de experiência de sua implantação façam surgir uma “novíssima técnica”, seu emprego encontra grande resistência, por conta do alto custo do capital utilizado para a implantação da “nova técnica” (já não tão novíssima) e a consequente inviabilidade do seu sucateamento. A economia passa então para a fase descendente do ciclo, para um estado de estagnação, e ficará em letargia até o desgaste físico dos recursos imobilizados e o surgimento de “novíssimas técnicas” suficientes para compensar o sucateamento dos capitais anteriormente criados. A partir desse momento, ocorrerá uma onda geral de renovação do parque produtivo, com crescimento da formação de capital, da demanda efetiva, do emprego e do dividendo social (TOLMASQUIM, 1991, p. 28).

Segundo Nefiodow (2013), o primeiro Kondratieff – primeiro ciclo de Kondratieff –, que inicia em 1780 e termina entre 1830/1850, assistiu à invenção da máquina a vapor e à instalação das primeiras indústrias têxteis, visando à fabricação de roupas; o segundo Kondratieff (1830/1850-1870/1890) corresponde à construção das estradas de ferro para atender ao transporte público; o terceiro Kondratieff (1870/1890-1920/1935), à eletricidade e à indústria química, para o atendimento das necessidades de uma massa de consumidores incipientes; o quarto Kondratieff (1920/1935-1950/1980), aos automóveis e à indústria petroquímica, para a promoção do transporte individual; o quinto Kondratieff (1950/1980-2000/2005) viu surgir os avanços das tecnologias de informação e das sociedades de informação; e ao sexto Kondratieff (2000/2005 até o presente) correspondem as inovações nas áreas psicossociais, de saúde e da biotecnologia, que visam atender às demandas pela vida integralmente saudável.

A cada ciclo de Kondratieff corresponderam, assim, verdadeiras “revoluções” tecnológicas que deram sustentação ao sistema capitalista, desde o século XVIII.

Cada incremento tecnológico vem fomentando novos incrementos tecnológicos, contemporâneos e posteriores ao custo de modificações sociais estupendas – como foram os casos da ascensão do proletariado em razão das péssimas condições de trabalho, muitas das quais relacionadas ao meio do trabalho, a que eram submetidas levas de operários, da sociedade de consumo e da sociedade informacional –, e criando um ambiente de constante modificação da base tecnológica.

Como as mudanças tecnológicas não são automáticas, elas expressam, “[...] a substituição de métodos já estabelecidos, prejuízo para o capital investido e, muitas vezes, graves transtornos

humanos [...]” (LANDES, 1994, p. 59), é necessária a combinação de considerações que estimulem essas mudanças e possibilitem-nas.

Landes (1994, p. 59-60) indica como principais fatores de mudança a “[...] oportunidade de aprimoramento, em virtude da inadequação das técnicas vigentes, ou uma necessidade de aperfeiçoamento criada pro aumentos autônomos dos custos dos fatores [...]”; e a “[...] superioridade tão flagrante que os novos métodos sejam suficientemente compensatórios para cobrir os custos da mudança.”

Há, contudo, outros elementos que podem ser acrescentados aos apresentados por Landes: a predisposição do conjunto da sociedade para a novidade, a crença de que o novo será mais adequado às novas necessidades – muitas vezes produzidas, ainda mais se consideradas (as novas necessidades) no contexto das sociedades de consumo – e, no fundo, a confiança cega de que os incrementos, as inovações e as invenções tecnológicas afastarão, cada vez mais, o homem das suas limitações.

Retorna-se à questão relacionada à crise que as sociedades tecnológicas impõem ao sistema democrático e ao Estado Moderno. Qual dos dois, afinal, é incompatível com a centralidade da tecnologia?

O próximo item é dedicado a possíveis respostas a tal dilema.

O estado técnico

Em interessante artigo intitulado “O dilema político da tecnocracia”, publicado originalmente em 1970, Claus Offe (1975, p. 70) relata que:

Na década de sessenta foi desenvolvida, na sociologia e na ciência política alemãs, uma acalorada discussão em torno do tema “tecnocracia”, entendida como uma estrutura administrativa autoritária “pós-pluralista” do sistema político de sociedades capitalistas avançadas, e que, segundo o conceito introduzido por Schelsky, seria caracterizada por dois elementos: pela abrangente competência do Estado em solucionar todos os problemas sociais parciais e em mediatizar conflitos sociais, e pela perda de chances e do direito democrático de participação, cujo lugar teria sido ocupado por aquela misteriosa “determinação das coisas” que é tratada como o novo centro de comando do processo político-administrativo.

Offe trata não somente de um Estado que se vale da técnica e da tecnologia nos sentidos administrativo e operacional, mas principalmente de um Estado que politicamente tem na técnica seu centro de poder, ou seja, de um Estado técnico, conforme definido por Helmut Schelsky (1965), que se tornou “[...] um corpo técnico universal, e comprova sua eficiência estatal em grande parte pelo aperfeiçoamento das possibilidades técnicas da sociedade.” (SCHELSKY, 1965, p. 455).

Este, Segundo Schelsky (1965, p. 439), se legitimaria na “[...] abrangente cientificização de nossa existência [...]”, que torna necessário “[...] um novo ordenamento da ciência em relação ao homem e ao mundo [...]”, gerando, assim, uma “[...] nova relação entre homem e mundo”.

Ropohl (1975, p. 50) enumera uma série de exemplos que indicam essa nova relação entre homem e mundo: i) doenças de civilização; ii) livre disposição sobre o nascimento e, em certos limites, sobre a morte; iii) participação crescente de produtos artificiais na satisfação das necessidades; iv) dependência da população terrestre de técnicas humanas de organização e produção; v) artificialização do ambiente; vi) possibilidade de uma destruição planetária; vii) substituição

da experiência direta de vida por informação transmitida por e segundo os meios informacionais; viii) crescimentos de técnicas humanas de manipulação; ix) conquista do espaço interplanetário; x) ultrapassagem da biosfera natural.

A tais exemplos podem ser acrescentados o surgimento do componente risco como um novo fator social e, mais recentemente, a capacidade de manipulação da matéria em nível nanométrico, possibilitando a aplicação dos elementos químicos de forma nunca antes utilizada, em função das alterações das propriedades físico-químicas deles quando manipulados e produzidos a partir desse nível métrico.

O Estado técnico opera, conforme Ropohl (1975, p. 50), com base em duas premissas lógicas: a da universalização e autonomização da técnica e da submissão das técnicas humanas às técnicas de produção e organização.

A primeira premissa repousa em:

Uma técnica que se tornou universal, ultrapassando o conceito tradicional do técnico⁷⁶, orienta-se para a geração e transformação de objetos que até agora estavam subtraídos do alcance técnico sob a forma de condições naturais ou formas de vida que se desenvolvem pessoal ou historicamente, e que pareciam ser condições prévias de nossa ação, como natureza ou ambiência histórica (SCHELSKY, 1965, p. 444).

Ao contrário das técnicas tradicionais que, para Jacques Ellul (1969), apresentavam-se limitadas em relação aos seus domínios, alcances e meios, além de serem restritas no sentido geográfico, a técnica moderna é pautada nos imperativos da eficiência e da universalização.

As técnicas provenientes da ciência aplicada datam do século XVIII e caracterizam nossa civilização. O fato novo é que a multiplicidade das técnicas as faz literalmente mudar de caráter; sem dúvida, são oriundas de princípios antigos e parecem o fruto de uma evolução normal e lógica; todavia, não constituem mais o mesmo fenômeno. Com efeito, a técnica assumiu um corpo próprio, tornou-se uma realidade por si mesma. Não é mais apenas meio e intermediário; mas objeto em si, realidade independente e com a qual é preciso contar (ELLUL, 1969, p. 65).

Ellul (1969) enumera oito características da técnica moderna, que a distingue das técnicas protomodernas: a artificialidade, a racionalidade, o determinismo próprio, o crescimento autoalimentado, a indivisibilidade, a relação orgânica entre tecnologias, o universalismo e a autonomia. Tais características levam Ellul (1969) a perceber a técnica moderna como a totalidade dos métodos baseados em juízo técnico-científico que possam conferir o maior grau de eficiência em todos os campos da atividade humana.

76 O conceito tradicional de técnica – *techné* para os gregos – estava relacionado a uma forma de saber abstrata e a uma forma de saber fazer. A técnica era dirigida a um fim específico e dotava os humanos de conhecimentos que permitiam o seu aperfeiçoamento. A técnica em si não é novidade. A deficiência orgânica do homem a fez necessária desde os primórdios da sua existência, em face da necessidade deste de substituir órgãos, de fortalecê-los e de amparar as suas atividades, como no caso da roda. A técnica faz parte da essência do homem e capacita-o para as transformações das circunstâncias naturais às suas necessidades. O que diferencia a técnica moderna das demais é que, a partir do século XVII, duas esferas culturais, que até então tinham pouco em comum, a ciência e a técnica, entraram num contato de fertilização mútua. Este fato explica um terceiro, ocorrido em alguns países da Europa, a partir do século XVII: o modo capitalista de produção. Hoje as ciências naturais, a técnica e o sistema industrial devem ser vistos como um todo (BRÜSEKE, 2001, p. 135-137). A essência da técnica moderna é compreendida por Heidegger como a essência da própria civilização moderna ocidental, pois ela já não representa apenas um modo de pensar, de realizar, mas um modo de ser que caracteriza uma civilização. A humanidade do homem, que na modernidade se estabeleceu sobre uma das características da técnica moderna, a razão calculadora, se amplia e a sobrepõe na figura da técnica. É o agir técnico que dá ao homem, hoje, a sua essência (CRITELLI, 2002, p. 86-87).

Nesse sentido, a técnica universaliza-se e torna-se autônoma.

Já para Schelsky (1965, p. 445), seriam três as características fundamentais da técnica moderna: i) a “[...] desassociação analítica do objeto ou da ação em seus mínimos elementos, que não são encontráveis na natureza [...]”; ii) a “[...] síntese desses elementos, segundo o princípio do maior efeito [...]”, o que leva a todos os outros objetivos individuais ou sociais a subordinarem-se a uma eficiência técnica máxima claramente identificável e definida; iii) o desprendimento de dimensões humanas e a multiplicação de capacidades humanas de tal forma que a técnica não possa mais ser vista como prolongamento orgânico do homem, superando, assim, a visão antropológica que Kaap (2011) atribuíra-lhe em 1877⁷⁷.

Desse modo, além de autônoma e universal, a técnica e a tecnologia elevam-se em importância na lógica do Estado técnico quando comparadas com outros saberes e entre as técnicas, as de produção sobrepujam as de organização e as humanas, pelo simples motivo de o utensílio ter se tornado mais significativo que aquele que o desenvolve ou o utiliza.

O utensílio permitia vencer, mas, ó homem, não sabes que não há mais vitória que seja tua vitória? A vitória atual é do utensílio; é somente o utensílio que tem o poder e que detém a vitória. [...]. O homem obedece e não tem mais vitória que lhe seja própria. Não pode, aliás, ter acesso a esses aparentes triunfos a não ser tornando-se ele próprio objeto da técnica, tornando-se produto do acoplamento entre a máquina e o homem. (ELLUL, 1969, p. 149).

No Estado técnico, o homem perde o controle sobre o seu destino, seja pela eminência da técnica que importa na transformação de todo problema e todo sucesso técnico, inevitavelmente, em problema e sucesso social e psicológico ou, mesmo, pelo duplo processo de libertação e submissão: “O homem se liberta da natureza, para do outro lado subjugar-se à sua própria coerção da produção.” (SCHELKY, 1965, p. 445) e tornar-se refém da força própria dos fatos.

Conforme a técnica perde a sua característica de meio e o mundo se torna uma realidade artificial – com marcantes traços de virtualidade real, na medida em que diversos aspectos reais da vida são mediados, na atualidade, por meios virtuais –, tanto menos ele se apresenta ao homem como limitação natural e tanto mais como uma pressão das leis próprias dos fatos. Nesse sentido, a força própria dos fatos deve ser compreendida como a consequência da realidade artificial sobre seu criador, o homem, que, dessa maneira, torna-se criatura da sua própria criação. Assim, não há possibilidades de transcender, por meio da consciência, o processo da construção do mundo e da reconstrução do homem. (ROPOHL, 1975, p. 55).

A centralidade da técnica acaba, por um lado, alterando ou, melhor, desmistificando a noção do Estado, que passa a ser significado como “[...] um corpo técnico universal, [...]” que “[...] comprova sua eficiência estatal em grande parte pelo aperfeiçoamento das possibilidades técnicas da sociedade, [...]”

⁷⁷ Em 1877, Ernst Kapp, um hegeliano tardio, publica um tratado sobre a filosofia da técnica (Trata-se da obra *Grundlinien einer Philosophie der Technik*, que se encontra disponível no sítio do laboratório virtual do Instituto Max-Planck). Trata-se da primeira obra a tratar de forma orgânica das nuances relacionadas à técnica e à tecnologia. Este livro é considerado a primeira tentativa de se estabelecer os fundamentos para uma filosofia da técnica. De acordo com Kaap (2011), “[...] o homem se ocupou com as coisas, manipulando e moldando a matéria de acordo com seu uso e necessidades subjetivas. [...]”. Com isso, são o consciente e o inconsciente ativos na mesma medida; cada um no seu determinado propósito, para remediar uma falha do momento na reparação determinada na ausência de um claro imaginar e querer. [...]. Isto acontece de duas maneiras. Primeiramente toda a ferramenta é, no sentido amplo da palavra, a única possibilidade de aumento da função dos sentidos, para ultrapassar a superficial percepção das coisas; de outro lado existe como obra da função do cérebro e mão (essencialmente na mais íntima união com o homem em si), tendo ele na criatura de sua mão algo de seu próprio ser, sua imaginação do mundo corporificada em material, um espelho e reflexo de seu interior, quase um pedaço dele, que brilha colocado diante de seus olhos.”

(SCHELKY, 1965, p. 455), no seio do qual “[...] a determinação das coisas expulsaria a problemática dos objetivos [...]” (ROPOHL, 1975, p. 55), dado que o grande objetivo do Estado passaria a ser “[...] a máxima eficiência dos meios técnicos dos quais ele dispõe.” (SCHELKY, 1965, p. 456).

A partir de tal noção, a crise do Estado moderno estaria mais atrelada à perda da centralidade do sentido político do Estado do que, como comumente se propala, às deficiências do Estado em atender a todas as demandas e executar todas as políticas garantidas pelas teorias contratualistas, já que estaria “[...] sujeito à mesma lei geral já mencionada em relação à sociedade científica, segundo a qual os meios determinam os objetivos, ou ainda melhor, as possibilidades técnicas impõem sua utilização.” (SCHELKY, 1965, p. 456).

A perda do sentido político, em perspectiva lefortiana⁷⁸, no Estado técnico, dá-se principalmente em função da total vinculação do político à tarefa de assegurar o funcionamento ótimo da organização técnico-estatal e de produzir rendimento máximo, que não é medido segundo quaisquer objetivos, mas sim segundo as forças disponíveis (ROPOHL, 1975, p. 53), o que acaba reduzindo a legitimação política à disponibilidade técnica, já que:

[...] para o estadista do Estado técnico, este Estado não é a expressão da vontade popular nem a encarnação da nação, não é a encarnação de Deus nem o receptáculo de uma missão ideológica, não é o instrumento do humanismo nem de uma classe. A determinação objetiva implícita nos meios técnicos, que exigem sua manipulação sob a máxima da capacidade ótima funcional e de rendimento, se coloca acima de tais indagações de sentido quanto à essência do Estado. A técnica moderna não precisa de nenhuma legitimação; domina-se com ela, porque e enquanto ela funciona otimamente [...]. A política no sentido da formação normativa de vontades é, em princípio, excecua desta espaço, ela é degradada ao nível de um instrumento acessório para as imperfeições do Estado técnico. (ROPOHL, 1975, p. 55).

Em outra dimensão, cabível na análise aqui encetada, a determinação das coisas acaba atingindo a democracia, principalmente, se tomada em seu sentido burguês-representativo, haja vista a criação de uma:

[...] nova relação fundamental de homem para homem, na qual as condições de dominação perdem seu antigo aspecto pessoal de poder de pessoas sobre pessoas, sendo que, no lugar de normas e leis políticas, surgem leis objetivas da civilização técnico-científica, as quais não são codificáveis por decisões políticas, nem compreensíveis como normas de credo ou de concepção do mundo. Com isso, também a ideia de democracia perde, por assim dizer, sua substância clássica: no lugar da vontade popular surge a determinação das coisas, que o próprio homem cria com ciência e trabalho. (SCHELKY, 1965, p. 453).

Feitas tais considerações sobre a crescente tecnicização do Estado que o transformou, segundo Schelsky (1965, p. 455), em um corpo técnico universal a concentrar o poder técnico e aportar os investimentos necessários para garantir o funcionamento da tecnoestrutura social (ROPOHL, 1975, p. 53), e delineadas as sociedades que dão sustentação a este Estado, volta-se à questão inicial, direcionando-a para a problematização acerca das conformações de diversas naturezas, relacionadas ao Estado técnico, que desafiam a democracia a se reinventar, para assim,

78 Pensar o político em Claude Lefort é encontrar os seus sinais lá onde são, com mais frequência, ignorados ou deneados (LEFORT, 1991, p. 9). A partir desta afirmação, a busca do político em sociedades marcadas pelo alto nível do componente tecnologia requer uma aproximação e uma leitura mais detalhadas das dinâmicas, dos meios e dos espaços que definem o rumo do avanço tecnológico, que, via de regra, apresentam-se herméticos à participação e ao controle social, pois exigem certos, na maioria das vezes elevados, níveis de competências técnica e burocrática, daqueles que fazem parte dos processos decisórios.

tratar dos desafios próprios da civilização tecnológica.

Estado técnico democrático ou tecnocrático?

Democracia e tecnocracia podem ser referidas, de maneira não equivocada, a formas de exercício do poder ou mesmo a sistemas políticos.

Democracia remeteria, assim, ao governo exercido ou pelo povo, de forma direta, ou em nome do povo. Tecnocracia, ao governo exercido pela lógica dos fatos, segundo alguns autores, ou ao governo exercido sob a égide do tecnicismo, para outros.

Lenk (1975, p. 124) reconhece a existência de clichês verbais em torno do termo tecnocracia, mas constata na discussão acadêmica um consenso sobre algumas de suas características estruturais: “[...] diz-se que as sociedades altamente industrializadas se aproximam de uma ‘Era da Tecnocracia’, que a tecnocracia é um sistema organizacional de vigência generalizada. Vinculada à ‘lógica dos fatos’, a tecnocracia procuraria a ‘independência de todo o político’, ou seja, também da legitimação democrática.”

Inferem-se, da citação acima, que a tecnocracia é uma forma de organização de sociedades de industrialização avançada, ou seja, sociedades tecnológicas, regida pela lógica dos fatos e que procura sempre desvincular-se do elemento político democrático dessas sociedades e, conseqüentemente, do controle social.

Baseado em competências pouco transparentes para o exercício do poder, o tecnocrata está disposto a assumir responsabilidades exclusivamente no interesse da matéria, sem, contudo, estar submetido a um controle extratécnico, o que revela uma tendência antidemocrática no tecnocrata. (LENK, 1975, p. 125)

Os tecnocratas, segundo Lenk (1975, p. 125), diferem-se dos burocratas por estarem mais inclinados a desenvolver estruturas administrativas que solucionem problemas do que à mera atividade executiva e por não serem especialistas bitolados, mas sim peritos generalistas.

Como se percebe, a tecnocracia tem aversão ao debate democrático e ao controle social ou extratécnico e pauta-se em um relevante fator tecnológico na busca de solucionar os problemas administrativos.

Em outros termos, o tecnocrata pautaria suas ações no isolamento em relação ao povo e na procurar pela melhor tecnologia para as soluções dos problemas.

Não há outra definição possível para tecnocracia. Pelos mesmos motivos, não existe outro lugar para se desenvolver, a não ser o Estado técnico.

Democracia, contudo, pode ser encarada como uma forma de ser de determinada sociedade.

Mesmo que Simon (1955, p. 250) restrinja a noção de democracia moderna a um sistema de governo vinculado ao ideal político dos primeiros norte-americanos que se organizavam em pequenas e isoladas comunidades rurais, deve-se atentar para autores que vislumbram na democracia uma grande revolução social.

Pode-se, com base em Tocqueville (2005) e Lefort (1987), afirmar que a democracia é a permanente reinvenção do social e não necessariamente do político.

Isto é assim, porque, por ser antagônica ao totalitarismo e estar baseada na desincorporação e na autonomização dos campos, a democracia é inapreensível e, ao mesmo tempo, indedutível.

Ela percorre caminhos que não podem *a priori* ser demarcáveis. A imutabilidade e a certeza não a acompanharão jamais, pois seguem linhas diferentes, sequer paralelas, dado que a democracia é, antes de tudo, fruto do acaso e da necessidade. O político nela resta alterado em função das novas demandas sociais, de novas aspirações, de novas apostas, de novos direitos.

Na razão entre inalterabilidade da tecnocracia e a alteração da democracia, residem seus traços distintivos.

Por mais que a tecnologia altere-se, o tecnocrata sempre pautará suas ações na independência do debate político e do controle social ou extratécnico, enquanto que, na democracia, sempre haverá espaço para o novo, pois ela intrinsecamente tem na abertura ao futuro sua principal condição. Dessa forma, seria equivocado afirmar que a sociedade democrática estaria adstrita a pequenas sociedades. A democracia já deu provas de sua capacidade de se reinventar.

Assim, não é impossível que venha a adotar novas formas que a qualifiquem para as demandas das sociedades tecnológicas e conferir mais transparência, participação pública, controle social ou extratécnico aos processos decisórios.

Contudo, há que se reconhecer que a democracia moderna, com raras exceções, vive um momento de crise de legitimidade, já que, sob suas vestes, encontra-se escondida a tecnocracia, e que as grandes e importantes decisões das sociedades tecnológicas são tomadas em espaços tecnocráticos, restando ao povo, o aparente detentor do poder, basicamente legitimar, por meio de diversos instrumentos ditos democráticos, o que já se decidira.

As exceções aludidas ocorrem, normalmente, em ambientes e espaços em que a democracia (moderna e representativa) reinventou-se e permitiu-se mesclar elementos da antiga democracia (de assembleias), mesmo que utilizando, para tanto, meios tecnológicos altamente sofisticados.

Retoma-se, por fim, a indagação inicial. O que está em crise: o Estado ou a democracia?

Por ser a técnica o grande veículo de coisificação ou reificação da vida política, parece claro que em Estados técnicos e em sociedades tecnológicas o que vem sendo minado são as bases da democracia, o que, por outro lado, não impede a sua reinvenção, o que acalenta o sonho de serem possíveis Estados de democracia reinventada em sociedades tecnológicas. Por que não?

Conclusão

Entre inúmeras designações, adota-se a de “civilização tecnológica” para referir-se ao momento vivenciado contemporaneamente pela sociedade mundial. Essa escolha está amparada em estudos amplamente difundidos e reconhecidos no meio acadêmico, notadamente nos campos do direito, da filosofia e das ciências sociais, aqui tratados.

A civilização tecnológica traz em sua gênese um princípio motor e uma dinâmica própria que a mantém em marcha, independentemente de qualquer ação ou abstenção humana. Essa característica lhe assegura, em última instância, o caráter inovador, quando comparada aos estágios civilizacionais progressos, dependentes de instituições tais como Estado, igreja, mercado, partidos e sindicatos. Também lhe assegura uma autonomia jamais vista e que se converte em problema, pois impõe indagações acerca do papel reservado ao Estado e à democracia no atual curso da humanidade.

Essa problemática foi aprofundada no presente texto, norteado pelas inquietações dos autores ante a crise de normatividade e de controle social sobre as novas tecnologias.

A natureza e a dinâmica da tecnocracia seguem a lógica da tecnologia, no sentido de que não possui uma finalidade, mas sim uma espécie de comando original que direciona as ações humanas ao desiderato da eficiência. No interior dessa lógica, não há espaço para discutir os valores e os objetivos da sociedade humana. Não se trata de um sistema que comporte a reflexão em termos de meios e fins.

Essa consideração remete aos campos do Estado e da democracia. O primeiro, como se observou, vem distanciando-se de sua função política e atrelando-se às funções meramente administrativo-tecnológicas. Nesse sentido, os Estados convertem-se em tecnocracias que em nada lembram os ideais dos filósofos contratualistas e dos movimentos revolucionários do século XVIII, nascedouro do Estado Moderno. Os poderes instituídos em regime tripartite, em consonância com as constituições democráticas, passam a servir a uma mesma lógica de “gestão das necessidades” humanas e sociais. A política resulta excluída do espaço das ações de governo. A participação popular é substituída pelos diagnósticos e pareceres dos especialistas. Descaracteriza-se, portanto, a figura do Estado enquanto organização política.

A democracia, por seu turno, anda refém das “regras do jogo” do Estado técnico ou tecnológico. Os espaços de participação popular em ambientes de decisão política são escassos. A dinâmica de funcionamento dos partidos políticos é um exemplo de concentração de poder e de negação da pluralidade. Fora dos partidos, os grupos populares de pressão logram influenciar aspectos pontuais de ações estatais periféricas.

A participação da sociedade civil é assegurada em fóruns e conselhos de políticas públicas, no entanto essas políticas já vêm delineadas em nível governamental e hierarquizadas no rol das prioridades orçamentárias. Também nesses espaços prevalecem os conhecimentos especializados e as razões técnicas.

Onde situar o Direito no contexto dos Estados tecnocráticos? A aposta dos autores está na possibilidade de aproximar Direito e democracia “reinventada” como um dos caminhos para reconduzir a política ao lugar que lhe deve caber nas organizações estatais.

Referências

- AGUIAR, Odílio Alves. **O lugar da política na civilização tecnológica**. In: WINCKLER, Silvana; VAZ, Celso Antônio Coelho. **Uma obra no mundo: diálogos com Hannah Arendt**. Chapecó: Argos, 2009, p. 91-106.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad.: Jorge Navarro; Daniel Liménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.
- CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede: filtros, vitrines, notícias**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- CASTELLS, Manuel; HIMANEN, Pekka. **A sociedade da informação e o Estado-Providência: o modelo finlandês**. Trad.: Tânia de Moraes Soares. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- _____. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. 1. Trad: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- ELLUL, Jacques. **A Técnica e o desafio do Século**. Trad.: Roland Corbisier. São Paulo: Paz e Terra, 1968.
- GIDDENS, Antony. **A vida em uma sociedade pós-tradicional**. In: BECK, Ulrich;
- GIDDENS, Antony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem**

- social moderna. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 73-133.
- GONSALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação. Coimbra: Almedina, 2003.
- HEILBRONER, Roberto L. **A formação da sociedade econômica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara S.A., 1980.
- IGLÉSIAS, Francisco. **A revolução industrial**. 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad.: Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. São Paulo: Contraponto, 2005.
- KAPP, Ernst. **Grundlinien einer Philosophie der Technik**. Disponível em: <<http://vlp.mpiwg-berlin.mpg.de/references?id=lit39532>>. Acesso em: 06 jul 2011.
- LANDES, David S. **Prometeu desacorrentado**: transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa Ocidental, desde 1750 até a nossa época. Trad.: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.
- LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Trad.: Isabel Marva Loureiro. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- LENK, Hans. **Tecnocracia e tecnologia**: notas sobre uma discussão ideológica. In: DREITZEL, Hans-Peter et all. **Tecnocracia e ideologia**. Trad.: Gustavo F. Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 121-144.
- NEFIODOW, Leo A. **Der sechste Kondratieff**. Disponível em: <<http://www.kondratieff.net/16.html>>. Acesso em: 26 mar 2013.
- OFFE, Claus. O dilema político da tecnocracia. In: DREITZEL, Hans-Peter et all. **Tecnocracia e ideologia**. Trad.: Gustavo F. Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 70-84.
- RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. Trad.: Maria Lúcia G. L. Rosa. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001.
- ROPOHL, Günter. **Avaliação da discussão alemão sobre a tecnocracia**. In: DREITZEL, Hans-Peter et all. **Tecnocracia e ideologia**. Trad.: Gustavo F. Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 48-69.
- SALAMONE, Nino. **Causas sociais da revolução industrial**. Editora Presença: Lisboa, 1980.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós/modernidade. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- SCHELKY, Helmut. **Auf der Suche nach Wirklichkeit**. Düsseldorf, 1965.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: Livro I: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social de direito. Trad.: Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- TOLMASQUIM, Maurício T.. **O Brasil e o ciclo de Kondratieff e Julgar segunda a obra de Inácio Rangel**. Revista de Economia Política. São Paulo, v. 11, n. 4 (44), out/dez de 1991, p. 27-38.

ANÁLISES COMPARATIVAS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E ARGENTINA

Fernanda Graebin Mendonça⁷⁹

Introdução

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos foi um dos que surgiu a partir do pioneirismo da criação do sistema das Nações Unidas (ONU), por meio da criação desse próprio órgão e da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) em 1948. Além da declaração de muitos direitos enunciados presentes no Pacto de San José da Costa Rica (que inaugurou o Sistema Interamericano), em 1969, esse diploma também criou, além de outros, um órgão julgador para resolver casos de violação desses direitos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte, buscando a primazia dos direitos humanos previstos nos tratados do Sistema Interamericano, passou a exercer em suas decisões um controle de convencionalidade, sustentando que as normas internas dos Estados devem estar de acordo com as disposições dos tratados e com as decisões proferidas pelo órgão e, em caso de conflito, deve-se zelar pelo efeito útil dos instrumentos internacionais. A orientação para o dever da prática desse controle, primeiramente realizada apenas pela Corte Interamericana, foi passada a todos os países signatários, os quais incluem o Brasil, a Argentina e outros países americanos. Ocorre que a realização desse tipo de controle é uma das dificuldades enfrentadas pela Corte, pois muitas vezes suas decisões são ignoradas pelos Estados, na figura de seus juízes e tribunais.

Neste ponto, mostra-se interessante verificar o grau de avanço dos países americanos na temática da tutela dos direitos humanos por meio do mecanismo do controle de convencionalidade. A partir disso, inferem-se as seguintes questões: tendo em vista a orientação para a realização do controle de convencionalidade pelos países, qual é a situação da prática desse controle pelo Supremo Tribunal Federal, em cotejo com a situação da Corte Suprema da Argentina, no âmbito do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos? Assim, qual é o nível de tutela dos direitos humanos no Brasil por meio desse mecanismo de proteção?

A escolha pela Argentina no estudo foi feita com base em dois critérios: primeiro, porque esse país tem um histórico avançado e interessante na aplicação do controle de convencionalidade; segundo, porque o país vizinho possui muitas semelhanças jurídicas com o Brasil, especialmente quanto ao modelo de controle de constitucionalidade, sendo o difuso adotado por ambos – lembra-se que, no Brasil, o controle concentrado também é previsto, sendo o modelo de controle constitucional do país o modelo misto. A abordagem não se dá pelos métodos tradicionais, uma vez que ele se sustenta basicamente em análise jurisprudencial (com pontuais elucidações doutrinárias, em razão da limitação física para o presente trabalho) e posterior comparação entre o fenômeno do controle de convencionalidade no trabalho de duas cortes constitucionais – para

⁷⁹ Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduada em Direito pela mesma instituição. Advogada. E-mail: fernandagmendonca@gmail.com.

que seja verificado o patamar da situação brasileira em cotejo com a situação argentina. Pode-se afirmar, portanto, que o método utilizado é o fenomenológico, uma vez que se sustenta na observação de um fenômeno em contextos distintos, a fim de responder à pergunta central do estudo. Em um segundo nível, a abordagem é realizada por meio do método comparativo, pois o trabalho é pautado em uma comparação entre a jurisprudência argentina e brasileira sobre o tema.

O controle de convencionalidade pela corte suprema argentina

No dia 27 de março de 1984, data de entrada da vigência da Lei nº 23.054, o país argentino reconheceu a competência da Comissão Interamericana e da Corte para tratar dos casos de interpretação, de aplicação e de violação do Pacto de San José da Costa Rica. Porém, para que seja entendida a atual posição da Corte Suprema de Justiça da Nação, como é chamada a Corte Suprema da Argentina, interessa verificar a evolução da posta desse tribunal em relação à inserção do direito internacional dos direitos humanos no plano interno.

Em 1994, houve no país uma reforma constitucional que passou a reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, de maneira discreta, a 10 desses instrumentos, bem como trouxe a possibilidade de outorgar a mesma hierarquia a outros tratados e convenções do mesmo tema, consagrando-se, assim, uma clara e visível abertura ao direito internacional dos direitos humanos (VILLANUEVA, 2012). Assim, os tratados de direitos humanos, que inclui o Pacto de San José da Costa Rica e as demais convenções do gênero ratificadas pelo governo argentino, passaram a fazer parte do chamado “bloco de constitucionalidade federal”.

Antes mesmo da reforma constitucional de 1994, a Corte Suprema do país já havia decidido, no caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*, em 1992, que “*lá interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”⁸⁰. No contencioso citado, a Corte Suprema concedeu o direito de retificação e de resposta a Ekmekdjian frente ao discurso e às opiniões dos recorrentes sobre Jesus Cristo e a Virgem Maria no programa de televisão de Sofovich, sustentando que a liberdade religiosa e o direito à intimidade impõem certos limites a esse tipo de discurso, e que o direito de toda pessoa à liberdade de expressão de qualquer culto tutela os sentimentos religiosos frente à injúria ou à ridicularização de qualquer símbolo ou elemento de qualquer religião. Além de afirmar que interpretação do Pacto deve ter fulcro na jurisprudência da Corte Interamericana, o Tribunal Constitucional argentino afirmou que “*al Pacto de San José de Costa Rica le resulta aplicable la presunción de operatividad de sus normas, sin necesidad de disposición legislativa alguna*”⁸¹.

A partir da reforma, então, em muitos julgados da Corte Suprema, há o exercício do controle. Porém, Marcos Agustín Villanueva aponta que, em 1998, no caso Acosta, o tribunal argentino demonstrou leve retrocesso no reconhecimento do caráter vinculante das decisões da corte, afirmando que a jurisprudência internacional não poderia afetar a coisa julgada no plano

80 Tradução livre da autora: “A interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos deve, ademais, guiar-se pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, fallo 315, p. 1.492)

81 Tradução livre da autora: “Ao Pacto de São José da Costa Rica resulta-lhe aplicável a presunção de operatividade de suas normas, sem necessidade de disposição legislativa alguma.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, fallo 315, p. 1.500).

nacional (VILLANUEVA, 2012). Porém, esta, juntamente com algumas outras decisões, é postura minoritária da Corte, que nos últimos anos têm apenas avançado nessa temática: antes, o órgão referia-se às decisões e à jurisprudência da Corte como apenas um guia para suas sentenças, enquanto, atualmente, coloca-as como uma imprescindível pauta de interpretação.

O caso Espósito, de 2004, é um exemplo do controle exercido pela Corte Suprema, a qual, reconhecendo a jurisprudência da Corte Interamericana e os dispositivos do Pacto de San José como bases para as decisões daquela primeira, sustenta que a decisão é “*cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional*”⁸².

Porém, o caso mais emblemático e histórico entre os casos julgados pela Corte Suprema da Argentina que trazem e realizam esse controle de forma clara é o caso Mazzeo, Julio Lilo y otros c/ recurso de casación e inconstitucionalidade, cuja sentença é de 13 de julho de 2007. Nele, a Corte Suprema do país, chamada a decidir sobre a validade de indultos presidenciais concedidos durante o governo do ex-presidente Menem, reconhece a importância de serem protegidos os direitos inerentes ao homem e do sistema internacional de proteção desses direitos, confirmando e respeitando a decisão da Corte Interamericana no caso Almonacid⁸³ de que os Estados têm o dever de observar os tratados internacionais ratificados, os quais obrigam os juízes e tribunais nacionais aos efeitos e ao cumprimento dos objetivos maiores destas convenções. Ainda, a mais alta corte do país também faz referência à decisão proferida no caso Ekmekdjian pelo próprio órgão, 15 anos antes. Cabe colacionar os pontos 20 e 21 da sentença da Corte Suprema argentina, que seguem:

20) *Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [...] 21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” [...]*⁸⁴.

82 Tradução livre da autora: “[...] cumprimento obrigatório para a Argentina (artigo 68.1 CADH), pelo qual este Tribunal também, em princípio, deve subordinar o conteúdo às decisões da corte internacional.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2004, p. 44).

83 O caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de sentença de 26 de setembro de 2006, foi o primeiro no qual a Corte, como órgão único, pronunciou-se sobre o controle de convencionalidade. O parágrafo mais relevante da decisão do órgão é o de número 124, que traz a seguinte disposição: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em: 08 out. 2014.) Foi a partir do caso *Almonacid* que pleno do tribunal passou a reconhecer o termo “controle de convencionalidade” e o consolidá-lo de vez nas decisões do órgão a partir de então.

84 Tradução livre da autora: “20) A primazia das leis e tratados havia sido mantida por este Tribunal antes no caso “Ekmekdjian” (decisão 315:1492), no qual argumentou que a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve ser guiada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [...] 21) Que, por sua vez, a Corte Interamericana constatou que ‘está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos à regra da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições da lei. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, forçando-os a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam afetados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o princípio, carecem de efeito legal’. [...]” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, considerandos

Em 2012, o caso *Rodríguez Pereyra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios* foi destaque: a Corte Suprema, em posição majoritária, reforçou a importância da adequada coordenação do sistema do controle de constitucionalidade com o de convencionalidade, argumentando que

la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH – que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango⁸⁵.

Diante dos exemplos de decisões de como exercer o controle de convencionalidade – e, assim, dar mais segurança e proteção aos direitos humanos dos cidadãos argentinos –, cabe refletir sobre quais seriam os motivos pelo qual o país, ao contrário de muitos outros, vem seguindo as orientações da Corte Interamericana, além da boa vontade e lucidez dos juízes que compõem o órgão máximo do país.

Nesse sentido, observa-se que a Argentina, que adota o sistema de *civil law*, é regida pelo sistema de constitucionalidade difuso, ou seja, todos os tribunais e juízes do país podem e devem realizar esse controle que tem como parâmetro a Constituição, motivo pelo qual a Corte Interamericana também concede a estes mesmos o dever de garantir a supremacia convencional – controle de convencionalidade – nos casos concretos que sejam de sua competência⁸⁶.

Portanto, o fato de o país prever o controle difuso de constitucionalidade facilita o entendimento pelos juízes nacionais, que já possuem, aparentemente, a cultura de observar a validade das leis internas frente à Constituição nacional, a fazer o mesmo, apenas tendo em conta, no controle de convencionalidade, ao invés da Lei Maior, os tratados de direitos humanos dos quais é signatária a Argentina. Conforme defende Frederico Abel, para que o controle de convencionalidade possa ser uma prática geral no país, “*urge que se dé en la cultura jurídica un cambio de paradigma para que, mental y espiritualmente, los jueces asuman que en la Argentina, además de constitucionales, son jueces convencionales*”⁸⁷.

Também, esse avanço da Argentina justifica-se pela garantia do *status* constitucional dos tratados de direitos humano. No que tange a esse ponto, pode-se dizer que o *status* constitu-

n. 20 y 21, p. 16-17.)

85 CORTÉ SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, considerando n. 12, p. 9.

86 Sobre este dever dos órgãos internos, afirma Frederico Abel: “*Y ese carácter de guardianes, debido a la trascendencia de la misión que se les encomienda, no puede estar sujeto a petición de parte, razón por la que la propia Corte IDH los obliga a concretar el control de convencionalidad de oficio. Esto también implica que están habilitados a practicar directamente dicha fiscalización, sin que sea necesario que una norma interna (sustancial o procesal) les atribuya expresamente tal facultad*”. Tradução livre da autora: “E este caráter de guardiões, devido à transcendência da missão que a eles é encomendada, não pode estar sujeito à petição da parte, razão pela qual a própria Corte IDH os obrigar a concretar o controle de convencionalidade de ofício. Isso também implica que estão eles [os juízes e tribunais nacionais] habilitados a praticar diretamente dita fiscalização, sem que seja necessário que uma norma interna (substantiva ou processual) lhes atribua expressamente esta faculdade.” (ABEL, 2011. Disponível em: <<https://docs.google.com/document/d/1WfT-f9DIulWyti-uaLe-AXJoFnE8N59xrlYDX1a6CXM/edit?hl=es>>. Acesso em: 08 out. 2014)

87 Tradução livre da autora: “[...] insta que ocorra, na cultura jurídica, uma mudança de paradigma que, mentalmente e espiritualmente, os juízes assumam que, na Argentina, além de juízes constitucionais, eles também são juízes convencionais.” (ABEL, op. cit.)

cional das convenções deste gênero é o outro fator que faz com que principalmente a Corte Suprema venha realizando um ótimo trabalho de controle de convencionalidade. A redação do artigo 75, inciso 22, assim trazido pela reforma constitucional de 1994, elenca todos os tratados de direitos humanos os quais a Argentina é signatária, afirmando que, em vigência, eles “*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”⁸⁸ e, em seguida, trazem a possibilidade de que futuros tratados do mesmo gênero, uma vez aprovados no Congresso por dois terços da totalidade de seus membros da cada casa, poderão gozar da mesma hierarquia constitucional. Essa hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos demonstra a atenção dispendida pelo Estado argentino para com a tutela dos direitos do homem em seu território.

O controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil

Por ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica desde 1992 e reconhecer a competência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998⁸⁹, a orientação da Corte para a realização do controle de convencionalidade pelos órgãos judiciais dos Estados também deve ser cumprida pelo Brasil. Porém, mesmo após a internalização do Pacto pelo Brasil em 1992, não houve manifestação do Supremo Tribunal Federal em suas decisões no sentido de realizar o controle – nem mesmo isso ocorreu pelos juízes e tribunais.

A Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º da Magna Carta brasileira, trouxe um novo olhar sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos e “estimulou a revisão da jurisprudência do STF sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos” (RAMOS, 2009, p. 241). Com o seu teor⁹⁰, os tratados de direitos humanos ganharam aplicação imediata e a possibilidade de receberem *status* constitucional a partir da aprovação com quórum qualificado, em dois turnos, de três quintos em cada Casa do Congresso Nacional. Ressalta-se, porém, que, aos tratados que já haviam sido internalizados pelo Brasil não foi concedida força de emenda constitucional, como foi feito na reforma constitucional argentina em 2004, consoante já mencionado anteriormente. Ou seja, apenas aqueles que a partir da entrada em vigor do parágrafo 3º é que poderiam ter esse *status*.

Também cabe lembrar que, antes mesmo da entrada em vigor, o parágrafo 2º⁹¹ do artigo 5º da Constituição, originária da promulgação da Constituição em 1988, sempre se mostrou cláusula aberta, garantindo no ordenamento jurídico brasileiro outros direitos que estejam elen-

88 Tradução livre da autora: “[os tratados internacionais citados] têm hierarquia constitucional, não derogam artigo algum da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complemento aos direitos e garantias por ela reconhecidos [...]” (ARGENTINA. **Constitución Nacional Argentina** – Ley n. 24.443. Buenos Aires, 22 de agosto de 1994, artigo 75, inciso 22. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2014)

89 A mensagem presidencial de nº 1070, de 8 de setembro de 1998, foi encaminhada pelo Poder Executivo federal ao Congresso solicitando a aprovação para reconhecer a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, consoante o artigo 62, parágrafo 1º deste diploma. O Decreto Legislativo 89/98 foi publicado em 3 de novembro de 1998. O reconhecimento foi feito por meio de nota transmitida ao secretário-geral da OEA no dia 10 de dezembro de 1998.

90 É a redação do art. 5º, parágrafo 3º da Constituição brasileira: “Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988)

91 Diz o parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

cados em convenções internacionais das quais o Brasil seja parte. Esse dispositivo, por si só, já gera muita polêmica e divergência entre os doutrinadores, pois alguns deles, como Valério Mazzuoli e Flávio Piovesan, acreditam que, na verdade, mesmo antes do advento do parágrafo 3º, ele “sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa” (MAZZUOLI, 2009, p. 24). Foi com o objetivo de pôr fim às controvérsias na interpretação do parágrafo 2º que o parágrafo 3º foi editado.

Antes da Emenda Constitucional nº 45, quando ainda estava em vigor o parágrafo 2º do artigo 5º, o Supremo Tribunal Federal mantinha a posição de que os tratados internacionais de direitos humanos, assim como tratados sobre outros temas, equivaliam à lei ordinária federal, sujeito à suspensão de sua eficácia caso uma lei posterior surgisse em contrário, ou seja, o critério cronológico era aplicado e não havia a prevalência das convenções sobre as leis do ordenamento brasileiro. Tal posição pode ser verificada em um *leading case* na Suprema Corte – o qual tratava sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel: o julgamento do *Habeas Corpus* nº 75.131, de agosto de 1999. Interessante mencionar sobre essa decisão que nela o Supremo Tribunal Federal compara a Constituição brasileira com a argentina, ressaltando a diferença entre as duas na afirmação de que, se o legislador constituinte deseja realmente conceder *status* normativo diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, ele deve fazê-lo de forma expressa no texto⁹², o que não ocorria com a redação da Constituição de 1988, mas ocorria – e ocorre – com a Carta Magna argentina. Assim, tem-se que, anteriormente à inclusão do parágrafo 3º, no artigo 5º da Constituição, prevalecia o entendimento da Corte de que os tratados de direitos humanos não possuem *status* constitucional nem mesmo supralegal e, por isso, o exercício de um controle de convencionalidade nem sequer era cogitado.

Com o advento do parágrafo 3º em 2004, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou por uma revisão, avançando na temática da proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, o caso mais emblemático e histórico é o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, cujo objeto também era a possibilidade de prisão de depositário infiel, tendo como marca um rico debate de argumentos em torno de duas correntes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico do país: a corrente da supralegalidade, encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, e a da constitucionalidade, defendido pelo Ministro Celso de Mello. Ao final do julgamento, entendeu-se pela ilicitude da prisão civil de depositário infiel, sendo vencedora a corrente da supralegalidade, elevando, portanto, pela primeira vez na jurisprudência da Corte, os tratados de direitos humanos ao patamar acima das leis federais do país, ainda que abaixo da Constituição Federal. Em uma passagem de seu voto, o Ministro Celso de Mello, defensor da tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos no país, ressalta a importância das disposições e dos direitos garantidos pelo Pacto de San José da Costa Rica, fazendo alusão, ainda que não expressamente, ao dever dos juízes de realizar o controle de convencionalidade⁹³.

92 Conforme SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamento do Recurso Extraordinário 249.970/RS**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: José Luiz Rechini Greco. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de agosto de 1999. Publicado em 27 de agosto de 1999.

93 Trecho do voto do Ministro Celso de Mello: “O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e conhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever

Ainda, em um breve diálogo do mesmo Ministro com o colega Cezar Peluso, Celso de Mello aponta expressamente o dever dos magistrados, naquele julgamento, de interpretar a convenção “e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 1312).

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 foi o maior exemplo do controle de convencionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal até hoje, pois a grande e a mais relevante parte da discussão em torno da prisão do depositário infiel teve como base os argumentos sobre o conflito entre a previsão da Constituição brasileira e leis ordinárias e do Pacto de San José, tendo prevalecido, conforme já dito, este último. O julgamento e o acórdão são bastante conhecidos e representam um grande salto dado pela Corte em seu entendimento.

Alguns outros casos decididos pela Corte e que mencionam, de alguma forma, o Pacto, outros diplomas internacionais de direitos humanos ou decisões ou as opiniões consultivas da Corte Interamericana também podem ser citados. Porém, em outros casos, não é possível afirmar ter havido um controle de convencionalidade por parte da Corte, uma vez que a alusão a tratados ou decisões da Corte é bastante pequena – muitas vezes é invocada em um pequeno trecho do voto de apenas um Ministro – e não influenciou a questão de forma decisiva.

Entre esses casos, pode-se citar o do julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961, interposto pelo Ministério Público Federal (MPF), que defendia a abolição da exigência de diploma de jornalista para o exercício dessa profissão no Brasil. A ação civil pública original, também, ajuizada pelo MPF, deu-se porque o Decreto-Lei nº 972/1969, promulgado pelo então governo militar, exigia o diploma. Já na petição inicial, o órgão utilizou o argumento da Opinião Consultiva n. 5 da Corte Interamericana. Esta Opinião posicionou-se contrária ao fato que uma lei possa impedir o exercício das atividades de jornalistas a quem não seja membro do colégio e que esta atividade possa estar limitada aos que possuem graduação em determinado curso universitário.⁹⁴ E, em seu recurso ao Supremo Tribunal, o MPF defendeu a contrariedade ao artigo 5º incisos IX e XII, e ao artigo 220, ambos da Constituição, e ao artigo 13 do Pacto. A sentença final do STF, proferida em 17 de junho de 2009, foi favorável à liberdade de expressão e informação, provendo-se o recurso do Parquet e se afastando exigência do diploma. Interessante mencionar que o Ministro Relator Gilmar Mendes, em seu voto, fez uma transcrição de trecho da Opinião nº 5 da Corte Internacional, valorizando esse órgão e reforçando o controle de convencionalidade, que não deixou de ser praticado nesse caso.

Contudo, esta alavancada dada pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à tutela dos direitos humanos ainda não é a ideal e ainda há bastante para avançar, pois, nas palavras de An-

de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 08 out. 2014)

94 Trecho da redação original da Opinião Consultiva nº 5: “[...] No es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.[...]” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva n. 05/85**, § 81.)

dré de Carvalho Ramos, “este ‘bom momento’ que valoriza o Direito Internacional dos Direitos Humanos é ainda parcial e enfoca apenas o rol de direitos protegidos nos mais diversos tratados internacionais” (RAMOS, 2009, p. 281). Percebe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de convencionalidade ainda é escassa.

A ausência do controle é ainda mais visível quando se buscam argumentos que se assentam sobre decisões de cortes internacionais, como a Corte Interamericana, pois ainda que se discuta “o alcance e sentido de determinada garantia da Convenção Americana de Direitos Humanos não se busca verificar qual é a posição de seu intérprete, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos” (RAMOS, 2009, p. 281). E essa escassez deve ser superada pela Corte, conforme aponta com propriedade André de Carvalho Ramos:

Mas, este controle de convencionalidade não pode se limitar a meramente citar o texto da convenção ou tratado de Direitos Humanos: urge que o Brasil, por meio do seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um controle de convencionalidade aplicado, ou seja, que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes citados tratado (RAMOS, 2009, p. 245).

Desse modo, com base no exposto, refletindo-se sobre quais seriam as dificuldades do Brasil – em especial da Suprema Corte – em efetivar de forma mais constante a prática do controle de convencionalidade em comparação com a Argentina, acredita-se que a maior delas seja realmente a falta de clareza sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos já internalizados pelo país, ou seja, aqueles anteriores ao advento do parágrafo 3º do artigo 5º. Assim, no mesmo sentido, “o maior empecilho à concretização do controle de convencionalidade é o direito material constitucional, que acaba repercutindo na seara processual” (SALDANHA; VIEIRA, 2013), pois, apesar da abertura da Constituição através dos parágrafos 2º e 3º, eles não são claros em afirmar qual seria *status* dos tratados no ordenamento brasileiro. Relembre-se que, diferentemente do Brasil, a Argentina, ainda que também traga a possibilidade do *status* constitucional para os tratados que ingressarem em seu ordenamento com quórum qualificado – da mesma forma que faz a Constituição brasileira –, coroa, expressamente, as convenções já internalizadas com esse mesmo *status*, motivo pelo qual o controle de convencionalidade fica facilitado no Estado castelhano.

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o sistema misto, ou seja, o controle pode ser realizado tanto incidentalmente pelos tribunais e juízes, como ocorre na Argentina, ou diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, ao que parece, o atendimento à orientação da Corte internacional para a prática do controle de convencionalidade por todos os juízes, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não deveria ser difícil de implementar em termos processuais, conforme ressaltam Jânia Saldanha e Lucas Vieira (SALDANHA; VIEIRA, 2013), pois a analogia com o controle de constitucionalidade de modelo misto parece exequível.

Conclusão

O estudo feito concluiu que a realidade do controle de convencionalidade pelos tribunais dos Estados não se encontra no mesmo estágio de avanço. Como se viu, a Corte Suprema da Argentina já vem, desde a década de 1990, realizando o controle em suas decisões, atentando para os direitos principalmente do Pacto de San José da Costa Rica e para as decisões da Corte

Interamericana, graças ao modelo de controle de constitucionalidade difuso e do expresso *status* constitucional dos tratados já internalizados pelo país.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal no Brasil ainda avança devagar nessa temática, com pouquíssima – quase ausente – jurisprudência que envolva o controle de convencionalidade. Não se nega que a jurisprudência da mais alta corte brasileira não esteja atentando para o cumprimento dos tratados internacionais, pois os dispositivos das convenções são citados e utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal; porém, o controle de convencionalidade em suas decisões ainda não é uma prática presente e constante, não havendo decisões pela prevalência dos tratados sobre o direito interno no caso de conflito entre ele e o direito internacional dos direitos humanos. O maior limite para o Estado brasileiro é justamente, ao contrário da Argentina, a falta de clareza sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos que já foram internalizados pelo país. Porém, conforme se observa de todo o contexto brasileiro e interamericano de proteção desses direitos, as possibilidades existem para que um maior controle seja praticado no país.

É neste ponto, a partir do reconhecimento dos juízes nacionais como guardiões das convenções internacionais e, acima disso, como agentes com o dever de zelar pela proteção dos direitos humanos, que o controle de convencionalidade poderá encontrar as portas abertas dos tribunais brasileiros, como já vem ocorrendo na Argentina, onde a cultura de respeito aos diplomas internacionais, em razão do controle difuso de constitucionalidade e da estabelecida hierarquia constitucional destes diplomas, já vem caminhando e se consolidando a passos mais largos.

Referências

ABEL, Federico. El control de convencionalidad como mecanismo para la integración entre el Derecho Interno y el Derecho Interamericano. **La Ley Thomson Reuters**, 20 de mayo de 2011. Disponível em: <https://docs.google.com/document/d/1WfTf9DIulWyti-uaLe_AXJoFnE8N59xrlY-DX1a6CXM/edit?hl=es>. Acesso em: 08 out. 2014.

ARGENTINA. **Constitución Nacional Argentina** – Ley n. 24.443. Buenos Aires, 22 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. **Opinião Consultiva n. 05/85**. 13 de novembro de 1985, Série A, n. 5.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Caso Ekmekdjian c/ Sofovich**. Sentencia de 17 de julio de 1992, fallo 315.

_____. **Caso Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa**. Sentencia de 23 de diciembre de 2004.

_____. **Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros c/ recurso de casación e inconstitucionalidad**. Sentencia del 13 de Julio de 2007; considerandos n. 20 y 21.

_____. **Caso Rodríguez Pereyra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios**. Sentencia en 27 de

noviembre de 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, jan./dez. 2009, p. 241-286.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. **Revista Libertas**, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamento do Recurso Extraordinário 249.970/RS**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: José Luiz Rechini Greco. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de agosto de 1999. Publicado em 27 de agosto de 1999.

_____. **Julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Publicado em 05 de junho de 2009.

VILLANUEVA, Marco Agustín. **El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales**. Congreso de Derecho Público para estudiantes e jóvenes graduados. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 31 de mayo y 1º de junio de 2012. Disponible em: < <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2014.

PARTE IV

DIREITOS HUMANOS E CONTROLE SOCIAL

A LEI DO FEMINICÍDIO NO BRASIL: UMA ILUSÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA AS MULHERES

Marli Marlene Moraes da Costa⁹⁵

Notas introdutórias

As meninas são encantadas por conto de fadas, especialmente pelas princesas da Disney, que refletem conquistas femininas e mudanças comportamentais da sociedade. No começo, elas só queriam um príncipe para chamar de seu, mas, de um tempo para cá, as princesas dos desenhos animados da Disney partiram em busca de aventuras fora de suas torres e conquistaram o direito de lutar entre os homens para salvar o próprio reino. Como exemplo, pode-se citar a mudança da doce e submissa Branca de Neve e os Sete Anões (1937), em cuja estreia as mulheres recém tinham conquistado o direito de votar no Brasil, para o surgimento das impetuosas Anna e Elza de Frozen (2013). As heroínas do universo Disney, em geral, espelham o papel da mulher na sociedade. Se Aurora esperava ser acordada pelo beijo do príncipe encantado em *A Bela Adormecida* (1959), Ariel (*A Pequena Sereia*, 1989) decide ir atrás do seu amor, mesmo que para isso precise abrir mão de sua bela voz.

Já Branca de Neve é a narrativa exemplar da estrutura do poder estratégico sobre a vida das mulheres; afinal, nota-se a vida do simples corpo que se mantém vivo enquanto não é capturado pelo poder. Ela representa o ideal da mulher bela e boa, protótipo do gênero feminino, sobre o qual todo poder se exerce como dominação. Todos decidem por ela. Mais do que pertencer a um homem ou a uma classe social, Branca de Neve perambula entre a vida e a morte, entre a casa e a floresta, vítima de um eterno banimento que a faz sujeito de seu próprio corpo de mulher. A condenação de Branca de Neve é a de ser sempre uma prisioneira de sua condição feminina: deverá casar-se com o príncipe, o bom moço que vem “salvá-la” da morte. Ela, então, entrará para sempre no reino do *domus*, de onde jamais sairá.

Um dos maiores acontecimentos do século XX foi a revolução feminista. Assim, essa mudança de comportamento das personagens das animações não teria como ser diferente, principalmente porque os contos de fadas são, em parte, um reflexo da busca da identidade da mulher. E essa busca é constante porque a sociedade está sempre mudando.

De qualquer sorte, o fascínio pelo arquétipo da princesa indefesa que espera pelo príncipe encantado ainda é muito forte entre as mulheres. Não importa o quão independente elas sejam, a ideia de ser salva e provida por um homem não tem idade ou classe social, visto que, se a mulher tiver uma postura, sapatos e roupas de princesa, o príncipe vai escolhê-la. Como resistir a isso? Essa dualidade resiste. Mesmo princesas guerreiras de personalidade forte e que não se importam em “arranjar um marido”, como Mulan e Merida, querem impressionar seus pais. Ser uma princesa, afinal, é ser especial. Contudo, é importante notar que, mesmo havendo relação

95 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora da Graduação e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora da Graduação em Direito na Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA) de Santa Rosa. Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar – CRP 07/08955. Autora de livros e artigos em revistas especializadas.

mercadológica na venda da ideia da mulher como uma princesa, os efeitos na relação conjugal mútua podem ser devastadores e frustrantes com relação ao outro masculino. Nos contos, criam-se falsos mitos de amor e a idealização de um sujeito fictício: um príncipe nada encantado. No mundo de furiosa “individualização”, os relacionamentos são bênçãos ambíguas. Oscilam entre o sonho e o pesadelo, e não há como determinar quando um se transforma no outro. Na maior parte do tempo, esses dois avatares coabitam, embora em diferentes níveis de consciência.

No líquido cenário da vida moderna, os relacionamentos talvez sejam exemplos mais comuns, agudos, perturbadores, ambivalentes, e o debate sobre gênero é praticamente infundável, desvela ilusões como a dos contos de fadas construídos socialmente para reforçar e delimitar a definição de papéis tanto dos homens quanto das mulheres que vivem em sociedade. Não se pretende aqui discutir apenas o que é mais evidente e chamar a atenção para o entorno da violência de gênero; ao contrário, busca-se analisar as nuances demográficas que se estabelece com a edição de leis como a do feminicídio, Lei n. 13.104/2015, que criou uma qualificadora objetiva no homicídio preceituado pelo Código Penal. Assim, surge a seguinte indagação: existe política criminal mais barata do que a edição e a promulgação de leis para o enfrentamento a violência contra a mulher? A criação de mais uma lei de proteção às mulheres no Brasil não vai solucionar o problema da violência de que são vítimas. Não se pode mais remeter esse problema somente a questões culturais arraigadas no patriarcalismo arcaico dos séculos anteriores e à elaboração de uma nova lei. É necessário iniciar a implementação de Políticas Públicas transversais por meio da educação. Esta foi, aliás, uma das recomendações feitas ao Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Maria da Penha. De fato, a referida Comissão sugeriu, na época, a implantação uma disciplina, já no ensino fundamental, voltada a questões relacionadas à violência de gênero, o que o Brasil ainda não cumpriu.

Conceito sociojurídico do feminicídio

Em 9 de março de 2015, foi publicada a Lei nº 13.104, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, que criou como modalidade de homicídio qualificado a figura do feminicídio, que ocorre quando uma mulher é vítima de homicídio pela sua condição de sexo feminino (GRECO, 2015).

A Lei nº 13.104/2015 é, portanto, a legislação que contempla o feminicídio, classificando-o como crime hediondo e com agravantes quando acontece em situações específicas de vulnerabilidade (gravidez, menor de idade, na presença de filhos, etc.). As definições dessa lei são controversas e alvo de merecidas críticas por parte de diversos operadores do direito e dos movimentos sociais, principalmente os das mulheres.

Conforme a Lei nº 13.104/2015, existe feminicídio quando a agressão envolve violência doméstica e familiar, ou quando evidencia menosprezo ou discriminação à condição de mulher, caracterizando crime por razões de condição do sexo feminino. Devido às limitações dos dados atualmente disponíveis, entende-se por feminicídio as agressões cometidas contra uma pessoa do sexo feminino no âmbito familiar da vítima que, de forma intencional, causam lesões ou agravos à saúde que levam à sua morte.

Nos últimos três anos, 4.893 mulheres em situação de violência doméstica e familiar deram queixa na Delegacia da mulher em Santa Cruz do Sul (RS). A estatística indica que, a cada dia, 4 mulheres são agredidas no município, número que chama a atenção da população, de autori-

dades e de especialistas. No Brasil, a cada 15 segundos uma mulher sofre agressão e, a cada 24 horas, 13 são mortas. A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é um instrumento jurídico notadamente simbólico no que tange à luta das mulheres pela efetividade dos seus direitos, em especial ao respeito e à vida.

Segundo o relatório brasileiro que revela o Mapa da Violência 2015, o Brasil ocupa o 5º lugar no *ranking* dos países que mais cometem feminicídios (WAISELFISZ, 2015, p. 05). Independentemente de existirem leis que responsabilizem e reconheçam a conduta como crime, bem como a violação dos direitos humanos da mulher e das implicações decorrentes disso para com os filhos, a violência tem aumentado ao longo dos anos. Essa situação, por sua vez, demonstra que o trabalho de prevenção precisa iniciar na educação, dentro e fora das escolas, com o auxílio dos meios de comunicação.

Com efeito, indaga-se: será que toda violência contra a mulher constitui violência de gênero? Diversas autoras feministas, em particular a filósofa espanhola Celia Amorós (1994), assinalam que a violência exercida sobre as mulheres por serem mulheres é a denominada “violência sexista” ou “patriarcal”, que se perpetua em razão da posição de subordinação das mulheres nessa “ordem patriarcal” (AMORÓS, 1994, p. 107). Por conta disso, nem toda a violência contra a mulher tem enfoque de gênero, pois é preciso estar enquadrada no que enfatiza o artigo 5º da Lei Maria da Penha. Em outros termos, seria a relação de convívio entre o homem e a mulher no ambiente doméstico ou intrafamiliar.

É importante refletir sobre a dimensão do fenômeno sociojurídico e político conhecido por feminicídio que, em alguns países da América Latina, inclusive no Brasil, é considerado crime. Apesar dessa formalização, contudo, não assegura a sua efetividade. A cultura jurídica de criação de lei, ou a prática discursiva da “sobrelei” (cria-se uma lei sobre uma mesma lei), não é um impeditivo para que o Brasil saia da 5ª posição do *ranking* em feminicídio no contexto de 84 países. Nesse aspecto, outras políticas agregadoras e preventivas precisam ser trabalhadas, eis os mecanismos oferecidos na própria Lei Maria da Penha (por exemplo, as medidas protetivas e o encaminhamento do agressor a um centro de habilitação e reeducação, como preceitua nos artigos 35 e 45 da Lei nº 11.340/2006), articulada as políticas socioassistenciais no município, valendo-se de espaços como os Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).

Resumidamente, a forma mais extrema da violação em direitos humanos contra as mulheres, conhecida como feminicídio, assassinato de mulheres por razão de gênero ou por conta de sua condição de sexo feminino, é um fenômeno que perdura ao longo dos tempos. Interessante destacar que, enquanto o homem sofre com a violência ocorrida no espaço público que geralmente é cometida por outro homem, a mulher sofre mais com a violência ocorrida no âmbito doméstico, e os seus agressores são os próprios companheiros ou ex-companheiros.

Em outras palavras, “Feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. Quase sempre cometido por homens contra as mulheres, suas motivações são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda da propriedade sobre elas”. (INFORMATIVO, 2013, p. 02). Definir como feminicídio os assassinatos de mulheres constitui um avanço na compreensão política do fenômeno que recentemente passou a ter visibilidade e sensibilidade coletiva; no entanto, muito ainda precisa ser feito, pois essa violência assenta-se profundamente na cultura patriarcal e na desigualdade de gênero (MELLO, 2013).

A doutrina dispõe de algumas espécies de feminicídio, como o feminicídio íntimo, não

íntimo e por conexão (GRECO, 2015). O feminicídio íntimo é “aquele cometido por homens no contexto de violência doméstica, em que há ou houve relação íntima ou de afeto entre o assassino e a vítima” (INFORMATIVO, 2013, p. 02). “Por outro lado, o feminicídio não íntimo é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência” (GRECO, 2015). “E o por conexão é aquele em que uma mulher é assassinada porque se encontrava na “linha de tiro” de um homem que tentava matar outra mulher” (GRECO, 2015). Também é importante mencionar a possibilidade de cometimento de “femicídios/feminicídios por parte do Estado: por ex. mortes maternas e abortos, devendo se analisar se as causas são decorrentes da misoginia ou da discriminação.” (CARCEDO; SAGOT, 2001, p.16)

Quanto a terminologia, na década de 1990, as feministas anglo-saxônicas Radford e Russell introduziram a expressão de *femicide*, enquanto que nos países hispânicos utilizou-se o termo feminicídio ou feminicídio, decorrente do resultado de inúmeras investigações sobre o assassinato de mulheres adultas, adolescentes e crianças (SAU, 1993).

Ainda a respeito do surgimento do termo em questão, é atribuída a Diana Russell vocábulo feminicídio, que teria utilizado pela primeira vez em 1976, em depoimento no Tribunal Internacional de Crimes contra as mulheres, em Bruxelas. Esta palavra foi utilizada ao referir-se ao homicídio de mulheres por sua condição de mulher. No entanto, há de se levar em conta algumas posições distintas que implicam sua delimitação, inclusive traçando um diferencial entre os termos feminicídio e femicídio. Parafraçando Diana Rousset, “[...] Femicídio: Denominam-se os assassinatos de mulheres considerando-os como homicídio, sem destacar as relações de gênero, nem as ações ou omissões do Estado”[...] (JORGE, 2015).

Para Marcela Lagarde, que em 1994 introduziu o conceito na Academia, femicídio é o assassinato das mulheres e feminicídio é sistêmico, bem como é “o assassinato cometido por um homem em que se encontram os elementos da relação não equitativa entre homens e mulheres, a misoginia e o sexismo”. Segundo ela, não há feminicídio quando o Estado funciona, quando os homicídios de mulheres são devidamente investigados, aplicando o devido processo legal e responsabilizando os autores. Contudo, em caso de impunidade, há o feminicídio. (LAGARDE, 2008, p. 22). Ela prossegue ainda: “Não só se assassina o corpo biológico da mulher, se assassina também o que tem significado a construção cultural de seu corpo, com a passividade e a tolerância de um Estado masculinizado (...)” (LADARDE, 2006).

Outra corrente de pensadoras sustenta que o termo femicídio, que etimologicamente significa dar morte a uma mulher, não dá conta da complexidade nem da gravidade dos crimes cometidos contra a vida das mulheres por sua condição de gênero (KLEMEN, Disponível em: <www.end.com.ni>)

Em sentido geral, para a Organização das Nações Unidas (ONU) o feminicídio é o assassinato de mulheres como resultado extremo da violência de gênero que ocorre tanto no âmbito privado quanto no ambiente público. Compreende mortes de mulheres nas mãos de seus companheiros, ex-companheiros ou familiares, daquelas assassinadas por assediadores, agressores sexuais e/ou estupradores, assim como daquelas que trataram de evitar a morte de outra mulher (MONTAÑO, 2012, p. 97). Percebe-se que as autoras divergem um pouco sobre os termos feminicídios e femicídio, mesmo quando os apresentam como o assassinato de mulheres.

De igual modo, feminicídio é uma categoria que precisa ser tratada como a forma mais extrema de violência direta e irreparável contra a mulher. É um fenômeno econômico, cultural,

político e agora jurídico do estado social. Está se posicionando como uma categoria de análise que leva a demonstrar a especificidade dos assassinatos de mulheres por sexo.

Assim, feminicídios são também expressões de uma estrutura simbólica coletiva profunda que se manifesta na vida cotidiana das mulheres no discurso dos meios de comunicação, na linguagem usada por muitas autoridades que atendem à violência baseando-se em argumentos utilizados pelo agressor para justificar seus crimes, bem como a falta de vontade política para resolver o problema no âmbito das prioridades do Estado (TRISTAN, 2005, p. 15).

Na mesma lógica, ao se utilizar o termo feminicídio para sinalizar mulheres de crimes de gênero, permite-se demonstrar a dimensão da violência contra elas e também apresentá-lo como uma patologia social e moral grave e crescente. Ele também possibilita especificar as causas estruturais e históricas que respondem a esse tipo de crime se afastando de generalizações que tendem a estereotipar e criar mitos sobre o comportamento feminino (TRISTAN, 2005, p. 15).

Em termos estatísticos, o assassinato de mulheres talvez seja o crime menos revelado nas ocorrências policiais e um dos mais subnotificados. Não se registram adequadamente suas circunstâncias quando o crime ocorre no âmbito das relações afetivas entre companheiros/cônjuges (RUSSEL, Disponível em: <www.dianarussel.com/femicide>.); por isso, é relevante trabalhar e sensibilizar os profissionais dessa área para a prestação adequada e humanizada no atendimento às vítimas de violência de gênero.

A partir dessa constatação, destacam-se algumas características próprias do feminicídio, como: ser praticado com o fim de destruição do corpo feminino, valendo-se da extrema crueldade e chegando a causar desfiguração da mulher; ser perpetrado com meios sexuais, ainda que sem manifestar o desejo sexual; ser, em geral, praticado no âmbito de relações interpessoais e íntimas ou, por alguma razão pessoal por parte do agressor, podendo estar associado à violência doméstica. Geralmente, há sobreposição de crimes: estupro, mutilação, tortura, decapitação, sem esquecer da pura apropriação do mesmo corpo, seja para uso e/ou comercialização, o que pode envolver desde a prostituição até o tráfico de órgãos.

Uma das discussões mais polêmicas sobre o tema versa sobre o conceito jurídico de feminicídio/feminicídio, que apresenta questões complexas de resolução na perspectiva jurídica. Em qualquer decisão, tanto tipificar ou não essa figura ilícita, é importante não utilizar termos como violência intrafamiliar ou violência de gênero, tanto nas mensagens que acompanham a apresentação da Lei como no conteúdo da norma.

A partir disso, pode-se examinar que o conceito de feminicídio não é fechado nem acabado, pois diversos autores divergem e discursam sobre ele. Contudo, percebe-se consenso ao se reconhecer que a expressão é um fenômeno que implica o assassinato de mulheres e meninas em razão do gênero ou na condição de sexo feminino. Esses apontamentos, todavia, não encerram o debate, pois ainda convidam a refletir sobre a situação dos homossexuais, transexuais em que a saída se daria pelo contexto jurídico, em que as essas pessoas comprovariam sua alteração de sexo, pelo registro civil.

Seguindo essa linha de pensamento e considerando-se que o termo não estaria “pronto” e adotaria várias formas em algumas legislações da América Latina, serão apresentados alguns apontamentos a seu respeito, de modo a refletir sobre a (in)efetividade da incorporação deste vocábulo nos ordenamentos alienígenas, o que pode ser um referencial para o Brasil amadurecer nesse aspecto.

A figura penal do feminicídio em algumas legislações da América Latina

Vários países, principalmente na América Latina, criminalizaram o feminicídio, trazendo, em sua descrição típica, requisitos específicos e que se diferenciam de um local para outro. Ademais, a incorporação do femicídio/feminicídio nas legislações latino-americanas tem seguido diferentes rumos, e a divergência está na utilização ou não da neutralidade de gênero, a qual parece ser abandonada nas leis e nos projetos. Essa discussão ainda não tem a profundidade necessária para desenvolver o direito penal com enfoque no gênero, necessária não somente para a tipificação ou não do delito, mas também para analisar todo o ordenamento penal, que reflete ainda vícios intoleráveis para as mulheres (ANTONY, 2012, p. 15).

Nesse contexto, ainda são poucos os países da América Latina que têm incorporado como crime específico o femicídio/feminicídio; mais ainda, há legislações que utilizam especificamente o conceito de feminicídio deixando de lado a neutralidade de gênero, como é o caso do México, em razão de sua peculiar situação, que poderia chamar genocídio das mulheres de Ciudad Juárez, e cuja principal característica tem sido a impunidade. Alguns países que têm regulamentado o femicídio até o momento são Chile, Costa Rica, Guatemala, El Salvador. Não há uniformidade de critério em suas legislações, que podem envolver seus diferentes cenários e contextos. Serão, então, examinadas algumas delas.

De modo pioneiro, com a Guatemala, a Costa Rica recepciona o femicídio na Lei nº 8.589 de 2007, que tipifica a violência contra a mulher. Ao especificar o femicídio como “quem dê morte a uma mulher com a que mantenha uma relação de matrimônio, em união de fato, declarada ou não”, também somente recepciona o femicídio íntimo. Não há pesquisas sérias e confiáveis que estabeleçam parâmetros antes e durante a vigência da lei (ANTONY, 2012, p. 16).

Por sua vez, o Chile também modificou seu Código Penal por meio da Lei nº 20.480 de 2010, a qual introduziu o conceito de femicídio da seguinte forma: “o que mate a uma pessoa com a que tem ou tenha mantido uma relação de convivência ou vínculo matrimonial, ou tenha um filho em comum, o delito terá o nome de femicídio”. Ao contemplar assim a figura penal a limita ao femicídio íntimo, excluindo outros homicídios de pessoas que mantêm ou mantinham relação de casal com o autor do delito. Por ser essa lei de recente criação, não é possível afirmar se a taxa de femicídios/feminicídios diminuiu ou não no país (ANTONY, 2012, p. 17).

A legislação guatemalteca incorporou o femicídio no Decreto nº 22 de 2008 a “quem no marco das relações de poder entre homens e mulheres, der morte a uma mulher, por sua condição de mulher” (ANTONY, 2012, p. 17). Os conceitos utilizados não cumprem com o requisito da legalidade e utilizam expressões imprecisas e subjetivas na determinação da conduta punível, o que dificulta a aplicação da norma. Contempla essa legislação, em consequência, os femicídios íntimos, não íntimos e por conexão, excluindo o femicídio cometido por agentes do Estado e só dispondo sua responsabilidade como garantia na execução da sentença (ANTONY, 2012, p. 17).

Em novembro de 2002, El Salvador aprovou a Lei Especial Integral para uma Vida Livre de Violência. Seu artigo 45 preceitua como feticida “quem causar a morte a uma mulher mediante motivos de ódio ou menosprezo por sua condição de mulher, além das seguintes circunstâncias: que à morte haja precedido algum incidente de violência cometido pelo autor contra a mulher, independentemente que o fato tenha sido denunciado ou não pela vítima ou que ele tenha tomado proveito de qualquer condição de risco ou vulnerabilidade física ou psíquica em

que se encontrava a mulher vítima, etc". Também acolhe essa legislação circunstâncias agravantes do femicídio, em cujo caso eleva a pena até 50 anos. Agrava o caso quando o agressor for funcionário público ou municipal, autoridade pública ou agente de autoridade. Também está recepcionada a figura do suicídio feminicida por indução ou ajuda, que seria interessante ser contemplada em outras legislações, atendendo às situações de cada país (ANTONY, 2012, p. 18).

De igual modo, a Guatemala é um dos países com os maiores índices de violência ou assassinatos de mulheres. Esses crimes possuem características específicas que mostram uma sociedade intolerante quanto às relações de gênero (ANTONY, 2012, p. 18).

Em Porto Rico, em 2004, 31 mulheres foram assassinadas, vítimas de violência doméstica. De 2000 a 2004, os assassinatos de mulheres em suas casas cresceram 34,8%; 44% das vítimas têm entre 20 e 34 anos de idade; 32,3% dos criminosos eram casados com as vítimas; 25,8% eram da família da vítima. No Uruguai, em 2002, houve 18 mortes de mulheres, vítimas de violência doméstica. De acordo com o National Crime Prevention Social, a cada cinco dias uma pessoa morre por causa da violência familiar; durante o período de janeiro a novembro de 2004, 13 mulheres morreram por causa dessa violência (TRISTAN, 2005, p. 18).

Nesse cenário, pode-se observar que, muito embora alguns países da América Latina tipifiquem o feminicídio como crime, a violência de gênero não diminuiu; contudo, há de se levar em consideração que o recepcionamento passou a dar maior visibilidade ao fenômeno na sociedade. Porém, é importante que esses países avancem investindo em estrutura física e humana, bem como em centros de estatísticas ou bancos de dados para auxiliar na projeção de políticas públicas voltadas às relações de gênero.

O Brasil, por sua vez, atualmente dispõe de uma legislação para o enfrentamento da violência de gênero, pois no dia 09 de março de 2015 o feminicídio foi reconhecido como qualificadora do homicídio no ordenamento jurídico. É importante salientar que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher sugere três mecanismos para o enfrentamento da violência a partir dos quais se faz a seguinte leitura: do elemento prevenir, se pensaria em políticas que anteviessem qualquer ato atentatório ao bem jurídico vida pela violência; de elemento "punir", se adotaria a responsabilização pela via do direito penal ao feminicídio – lembra-se que a punição, nesse contexto, também é uma modalidade de reparação e prevenção especial adotada pelo Estado.

Muito embora o movimento feminista no Brasil tenha conquistado o recepcionamento do feminicídio no ordenamento jurídico, também sendo considerado crime hediondo, isso não significa que os índices de violência de gênero diminuirão significativamente, pois conforme a lógica abolicionista, o direito penal, na prática, tem demonstrado ser segregador, seletivo e excludente.

Será que pela punição o agressor que vitimou uma mulher atingirá a consciência do valor da vida e da liberdade do sujeito feminino? É possível punir sem castigar? Educar sem punir? Perscruta-se com o objetivo de se ater na complexidade das relações de gênero que o direito por si só poderá não dar conta e pensar na educação é lembrar que ela é um processo contínuo, demorado de percepção, autoconhecimento e respeito ao outro. O último elemento da convenção, "erradicar" é uma utopia social, algo que se quer alcançar, ou seja, o fim da violência; porém, para isso, muita caminhada e labuta são necessárias junto aos dois primeiros elementos: prevenir e punir.

Por tratar-se de uma mudança cultural necessária que preceitua as questões de gênero, é interessante analisar a Lei nº 13.104/2015, que altera o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e incluí-lo no rol dos crimes hediondos.

O feminicídio no Brasil: análise da Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015

Femicídio: a denominação já sugere haver algo de polêmico e extravagante na proposta brasileira que esbarra em paradoxos e distorce o sistema penal. O termo ganha notoriedade, contudo, após a aprovação, pelo Senado e pela Câmara, de mudança legislativa tornando mais severas as penas para o assassinato de mulheres, quando motivado por razão de sexo. O artigo 121 do Código Penal determina pena de 6 a 20 anos de reclusão para quem matar uma pessoa. Em seu parágrafo segundo, descreve circunstâncias especiais nas quais a sanção vai de 12 a 30 anos. É indiscutível que o assassinato de uma mulher poder conter componentes especiais de covardia e brutalidade; por certo, o ciúme paranoico ou a fúria imotivada tornam odioso o ato homicida do marido contra a companheira. Tais circunstâncias, contudo, já estão contempladas pela legislação (motivo fútil, dificuldade de defesa da vítima, crueldade). Assim, a nova formulação é redundante.

Foi instalada, em 8 de fevereiro de 2012, no âmbito do Congresso Nacional, Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para promover a apuração de situações de violência contra a mulher no Brasil, composta por 12 membros do Senado Federal e 12 da Câmara dos Deputados. A Presidência da Comissão esteve a cargo da Deputada Federal Jô Moraes; a Vice-presidência foi assumida pela Deputada Federal Keiko Ota e a relatoria compete à Senadora Ana Rita. A CPMI teve como objeto apurar eventual omissão do Poder Público quando da aplicação da Lei Maria da Penha e de outros instrumentos de combate à violência contra a mulher, significando dizer que o objeto não se restringiu à violência que atinge o âmbito doméstico (preocupação estampada na LMP), mas a toda e qualquer violência praticada contra o sexo feminino (BIANCHINI, 2014, p. 114).

Com a finalidade de fortalecer a aplicação rigorosa da Lei Maria da Penha, entre os projetos aprovados pelo Senado Federal, resultante da CPMI – o Parecer nº 292/2013 do CCJ – está o Projeto de Lei nº 8.305/14, do Senado, que deu origem à Lei nº 13.104/2015, que altera o artigo 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos⁹⁶.

Desde agosto de 2014, a campanha Senado: Inclua o Femicídio no Código Penal estava sendo difundida, contando com o movimento e o apoio dos Promotores de Justiça de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica (Gevid) e dos demais representantes dos tribunais do júri da Capital do Estado de São Paulo. A finalidade do movimento era dar notoriedade à sociedade (juristas, profissionais, movimentos sociais e sociedade civil) para debater e tensionar sobre o Projeto de Lei nº 292/2013, que tramitava no Senado. A ação surgiu em face de o Brasil estar como o 7º país no *ranking* mundial em registros de assassinatos de mulheres.

96 BRASIL. Lei 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Brasília: Distrito Federal.

Resultou disso a aprovação do Projeto em 18 de dezembro de 2014, pelo Plenário do Senado⁹⁷ (PLS nº 292/2013), que trazia em seu bojo a inclusão do feminicídio no Código Penal como circunstância qualificadora do crime de homicídio. O Projeto de Lei nº 8.305/14, do Senado, seguiu para votação na Câmara dos Deputados; assim, em 3 de março de 2015, foi aprovada a mudança no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) para incluir o feminicídio entre os tipos de homicídio qualificado, definido como o assassinato de mulher em razão de sua condição de sexo feminino. A aprovação da matéria na Câmara dos Deputados se deu por uma condicionante, que substituiriam as razões de gênero por sua condição do sexo feminino. A expressão “por razões de gênero”, substituída na Câmara dos Deputados pela expressão equivalente “por razões da condição de sexo feminino”, em nada muda o sentido do dispositivo, na medida em que ele faz referência ao homicídio praticado contra a mulher (pessoa do sexo feminino) em decorrência de construções socioculturais presentes no inconsciente coletivo. Essas construções espelham relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às mulheres (PIRES, 2015). De acordo com a Lei nº 13.104/2015 e o artigo 1º, o artigo 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal - passa a vigorar com a seguinte redação:

Homicídio simples

Art. 121.

Homicídio qualificado

§ 2º

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

- I - violência doméstica e familiar;
- II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

- I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
- II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
- III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

.....” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

97 <http://www.diariodosudoeste.com.br/noticias/politica/7,75387,22,12,senado-aprova-inclusao-de-feminicidio-no-codigo-penal.shtml>.

Brasília, 9 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

Deve-se observar, entretanto, que não é pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do crime tipificado no artigo 121 do Código Penal que já estará caracterizado o feminicídio. Para que reste configurada a qualificadora, nos termos do § 2-A, do art. 121 do diploma legal, o crime deverá ser praticado por razões de condição de sexo feminino, que efetivamente ocorrerá quando envolver violência doméstica e familiar, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (GRECO, 2015). Para fins de reconhecimento das hipóteses de violência doméstica e familiar, deverá ser utilizado como referência o artigo 5º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, bem como ocorrendo alguma das suas hipóteses, já será possível o reconhecimento da qualificadora relativa ao feminicídio (GRECO, 2015).

Com efeito, o feminicídio constitui modalidade de violência de gênero ou violência “baseada no gênero”, conforme preceitua o artigo 5º, *caput*, da Lei Maria da Penha e o artigo 1º da Convenção de Belém do Pará. Nesse contexto, salientam-se as seguintes definições contidas no artigo 3º, alíneas c e d, da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Convenção de Istambul:

c) «Gênero» refere-se aos papéis, aos comportamentos, às atividades e aos atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera serem adequados para mulheres e homens;

d) «Violência de gênero exercida contra as mulheres» abrange toda a violência dirigida contra a mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as mulheres (PIRES, 2015).

Das distinções conceituais discorridas anteriormente, observou-se que alguns autores ao definir femicídio e feminicídio, de maneira sutil, dispuseram elementos diversos, ou seja, no femicídio não há de se tratar sobre relação de gênero; com efeito, fecha-se o campo de abrangência e de interpretação. Nessa dimensão, o fato de o femicídio não contemplar as relações de gênero é pontual para a análise da legislação aprovada no Brasil, em que reconhece a expressão feminicídio como qualificadora do homicídio no Código Penal; no entanto, define, em seu VI do artigo 121 alterado pela Lei nº 13.104/2015, como o homicídio qualificado por ser contra a mulher por razões da condição do sexo feminino. Igualmente analisando esse aspecto, são notáveis a confusão e a falta de clareza conceitual sobre as expressões que comumente recepcionam o assassinato de mulheres.

Para que possa ocorrer o feminicídio, é preciso que o sujeito passivo seja uma mulher e que o crime tenha sido cometido por razões de sua condição de sexo feminino. Assim questiona-se: quem pode ser considerada mulher, para efeitos de reconhecimento do homicídio qualificado? Então, qual o conceito de mulher?

Frise-se a importância de definir com precisão o conceito de mulher para fins de reconhecimento do feminicídio como qualificadora do homicídio. Inicialmente, pode-se indicar o critério de natureza psicológica, ou seja, mesmo tendo nascido mulher, acredita-se, psicologicamente, ser do sexo masculino, a exemplo do que ocorre com os transexuais ou vice-versa (GRECO, 2015).

Esta é a posição defendida por Pereira, quando discorre sobre o transexual. Em face das decisões da Lei nº 11.40/2006, em relação à Lei Maria da Penha, em especial o TJGO, refere o

autor que o transexual pode figurar como autor ou vítima do delito de feminicídio. Ademais, também em função dos precedentes dos Tribunais Superiores, em havendo papel definido na relação, é possível o homossexual masculino figurar como vítima do feminicídio, bem como entende não haver nenhum problema do homossexual feminino figurar tanto como autor ou vítima do crime de feminicídio (PEREIRA, 2015).

O segundo critério, apontado e defendido por Barros, diz respeito àquele de natureza biológica. Segundo o autor, por meio dele “identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Nesse caso, como a neocolpovulvoplastia altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio (DIRCEU BARROS, 2015). No entanto, Greco entende que o único critério que traduz com a segurança necessária exigida pelo direito, e em especial o direito penal, é o critério que se pode denominar de jurídico. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade), no qual figure expressamente seu sexo feminino, poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio (GRECO, 2015).

Aqui, pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, sendo tal fato constatado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de uma determinação do poder judiciário, seu registro original vem a ser modificado, passando a constar, agora, como pessoa do sexo feminino. Somente a partir desse momento poderá, de acordo com a posição adotada, ser considerada sujeito passivo do feminicídio (GRECO, 2015).

Contudo, não é admissível aceitar apenas o critério jurídico para o conceito de mulher, pois se estaria delimitando sua possibilidade de amplitude. Compete ao direito ampliar seu espectro de interpretação, para que não aumente ainda mais o esvaziamento da norma; por isso, mais uma vez, reforça-se a ideia de que política pública para o enfrentamento da violência de gênero não se resolve com a norma penal.

Contexto do crime de feminicídio à luz do abolicionismo penal

A partir deste questionamento “é conveniente contar com a figura penal sobre feminicídio/femicídio? (ANTONY, 2012, p. 94)” incita-se a reverberação à luz do abolicionismo penal, adiantando e reforçando, em um primeiro instante, que o direito penal não previne condutas ilícitas⁹⁸, por isso a necessidade de desmistificar o poder simbólico da punição pela pena no seu entorno. Nesse interim, muito auxilia Foucault, que, em sua obra *Vigiar e punir*. Ele mostra o controle formal e informal de que se vale o Estado para administrar conflitos. Contudo, na lógica da cultura punitiva, segregadora, o Poder Público, para manter-se com o poder, utiliza a disciplina como forma de controle do cidadão e dos indesejados, que desde as instituições informais (família, escola) acabam tolhendo seu eu, de maneira a não se emanciparem (no sentido de não alienação e exercício das suas subjetividades).

Foucault refere-se aos indesejados como pessoas de procedência pobre, negra ou imigrantes ou, ainda, incapazes de consumir nas sociedades capitalistas. Zaffaroni, de acordo com a lógica

98 Veja-se a situação do problema em Ciudad Juárez. Apesar da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso de Campo Algodonero, que ordenou ao Estado mexicano uma série de medidas para contrarrestar a impactante perda de vidas das mulheres dessa região, até o momento seguem se produzindo assassinatos de mulheres, sendo Ciudad Juárez a mais significativa (309 mulheres).

do Direito Penal Mínimo e da Criminologia Crítica, previne sobre do perigo de produzir leis penais mais severas que estariam legitimando ainda mais o poder punitivo verticalizante, para além de seu valor simbólico. O autor justifica a utilização dessa ferramenta jurídica só em forma extrema, limitada e prudente, como estratégia mais para desconstruir e neutralizar a hierarquização social discriminatória (ZAFFARONI, s.d. p. 36).

As sociedades precisam libertar-se das hipocrisias e realmente comprometerem-se com as diversidades e com o direito de respeito pelo outro. É preciso deixar de lado a ideia de valer-se do direito para justificar condutas destruidoras e desumanizadoras de pessoas dentro do sistema criminal, que fomentam a prisão e as penas. Não se deseja uma sociedade que valide suas decisões na impunidade e nas segregações sociais. Sonha-se com um direito integrador, e não com a lógica punitiva de esquerda, meramente reprodutora de discriminações raciais e de campos de isolamento e segregação das minorias sociais. Pode-se observar que o sistema prisional é secular, que sua política de extermínio e segregação perpetuou-se até a modernidade, passando de estágios da corporificação das penas nas prisões e, ao que parece, pode continuar sendo uma promessa da pós-modernidade.

Os abolicionistas se interessam por alternativas à política criminal, bem como consideram que o sistema penal intervém em muitos pontos que as pessoas envolvidas não vivenciam como delitos e acabam esquecendo-se da vítima no processo. Sustentam também que a intervenção do sistema penal agrava os conflitos e opera na lógica do castigo, porque impede a chegada de qualquer resposta que não seja punitiva. Eles reconhecem que a prisão é reprodutora de criminalidade e apenas uma alternativa à tortura e à pena de morte. De igual maneira, entendem que a perspectiva penal é sempre dicotômica: branco-preto, criminoso-não criminoso, culpado-inocente. Esse caráter binário constitui uma visão simples dos seres humanos e de seus atos, porque não permite contemplar todos os valores da coexistência, mas, em vez disso, seleciona somente aqueles que se relacionam com a lei (ELBERT, 2009, p. 134).

A natureza do movimento abolicionista é heterogênea podendo se distinguir o abolicionismo penal radical, representado por Hulsman (que propôs o desaparecimento total do sistema), e o abolicionismo institucional, limitado a alcançar a supressão da instituição do cárcere com seus anexos, como os hospitais psiquiátricos forenses (ELBERT, 2009, p. 134). Para muitos autores, Foucault é um precursor do abolicionismo penal. Como fundamento, destacam-se ideias de que o autor expôs, em suas publicações e conferências, sua postulada necessidade de abolir todos os limites que fixem relações assimétricas e que expressem relações de poder, porque, para ele, a abolição das desigualdades estabelece lutas locais, vinculadas a um domínio específico no qual o povo se sente oprimido (ELBERT, 2009, p. 135).

Os abolicionistas se valem de algumas ideias de Foucault, como a do pensamento contínuo, aberto, sem contradição de pensamento do múltiplo ou do inacabado, que é resgatada no abolicionismo por Mathiesen. Foucault sustentava que deviam ser estudados os limites da cultura, contextualizando-os constantemente com as relações de poder, desconfiando e lutando contra o que estabelecesse limites que separam o “igual” do “outro”. O poder não está garantido pelo discurso formulado nas leis, mas, sim, pelo poder disciplinar, que se expressa em todas as técnicas de controle e disciplina. Esse poder é o que produz desviados, loucos, delinquentes, etc (ELBERT, 2009, p. 135).

Os abolicionistas se valem também da noção da confiscação do conflito – segundo Fou-

cault, a vítima é sempre duplamente perdedora: frente ao infrator e frente ao Estado. Ela está excluída de intervir no seu próprio conflito, que é entregue a certos profissionais (confiscação). A partir dessa ideia, afirmam que a profissionalização dos que intervêm no processo penal faz com que não se escutem as pessoas verdadeiramente implicadas. Os advogados são tradutores da linguagem que se utiliza nas burocracias, ocupadas em conceder justiça. O conflito sobre o que se deve resolver desaparece quando é tratado, e os advogados são apenas tradutores do vocabulário cifrado que reduz a realidade. A busca por “uma solução” é um conceito puritano e etnocêntrico que não corresponde às experiências da vida, razão pela qual se diz que o amadurecimento expressa-se na capacidade de suportar frustrações, ou seja, experiências sem solução ou sem satisfação para o indivíduo (ELBERT, 2009, p. 135).

Hulsman concentra-se apenas na criminalidade tradicional, diz que o cidadão médio é um mito e que quando as pessoas compreendem até que ponto o peso da maquinaria do castigo oprime as sociedades não encontrará mais ninguém a defendê-la. Sustenta que a máquina de controle deve ocupar-se de 10% do total dos delinquentes que sejam realmente perigosos ou tenham cometido atos muito danosos. Quanto ao resto do sistema, deve ser abolido, passado para a jurisdição civil, aplicando-se seus processos, mecanismos, juízes e pessoal (ELBERT, 2009, p. 138).

A prisão, para Christie, é um sofrimento não criador, carente de sentido. As regras internas fazem prevalecer relações de passividade, agressividade e dependência-dominância, que não deixam lugar para a iniciativa nem o diálogo e alimentam o desprezo da pessoa. Na prisão, perdem-se a personalidade e a sociabilidade e pensa-se que quem está lá teve o que merecia. Uma das críticas ao modelo abolicionista aponta para a excessiva e ingênua confiança na vítima; também que o seu futuro papel protagonista (reclamado especialmente por Christie) deve ir necessariamente acompanhado de uma diminuição do poder dos órgãos estatais para impor a solução, ou seja, de um modelo de Estado diferente (ELBERT, 2009, p. 141).

Como afirma Patsili Toledo, “a efetividade das leis penais não existe mais que no cultural e simbólico, o resto são as políticas públicas que se deve implementar” (TOLEDO, 2015).

O abolicionismo vincula-se ao movimento contra a escravidão e, de lá para cá, o pleito do movimento, daquele que se identifica como abolicionista, está em desconstruir a falácia do sistema penal e do sentido da pena, que não ressocializa nem educa os sujeitos; ao contrário, aliena, exclui e escraviza. Essa situação, para o sistema penal, como braço do monopólio estatal, é conveniente, pelo discurso estrategista de tirar de circulação, do meio, aqueles indesejáveis e quem se pretende apoderar, coisificar. Por isso, Foucault tangencia sobre o discurso “[...] o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto de desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (FOULCAULT, 1996).

De qualquer sorte, o discurso abolicionista pretende reformar a culpa e a pena, pois é sabido que ela não regenera, nem atribui responsabilidade individual e coletiva efetivamente. Nesse contexto, reconhece-se que o abolicionismo não é um novo paradigma. Referir-se ao abolicionismo como uma teoria, e não como um paradigma, parece mais sensato como uma perspectiva incompleta frente ao controle social nas sociedades pós-modernas. Ela serve para sensibilizar e gerar maiores interrogações sobre o que está posto no campo social, retroalimentado pela cultu-

ra jurídica punitiva e não declarada (SCHERER; CHRISTIE, 1989, p. 22).

As práticas discursivas são o que é falado ou escrito sobre o sistema penal. Na concepção foucaultiana, por exemplo, considera-se a lei penal um corpo de textos e doutrinas, a produção discursiva das organizações do Estado, como a polícia, os tribunais, o sistema prisional, o Congresso e os meios de comunicação. Já as práticas não discursivas são a pena de morte, a pena de prisão, etc (SCHERER; CHRISTIE, 1989, p. 22). Como analogia, reconhece-se a prática discursiva no movimento proativo para a tipificação do feminicídio no Direito Penal. Contudo, a pena dessa qualificadora de homicídio não é uma prática discursiva, e sim a materialização desse discurso, no que tange a executar o previsto na Convenção do Belém do Pará, prevenir e punir os responsáveis pela violência de gênero contra as mulheres.

Com efeito, Hulsaman, também abolicionista, não vê sentido nas penas, até porque entende que a administração de conflitos pelo Estado precisa ser repensada, abolida, diga-se de passagem, descentralizada, ou seja, deve-se retirar do poder público a autonomia na regulação de conflitos, pois a estrutura das sanções apenas retroalimenta o poder simbólico do sistema penal. É necessário um sistema de resolução de conflitos mais autônomo, parecido com algumas comunidades tribais, dando-se a regulação de conflitos no nível de intergrupos e de relações diretas entre indivíduos com a ajuda de instituições ou procedimentos próximos e que observem a experiência direta das pessoas (SCHERER; CHRISTIE, 1989, p. 62) para se trabalhar com dimensão da ética do cuidado com o outro e a responsabilidade dos atos decididos e tomados pelo indivíduo.

Ademais, o abolicionismo de Mathiesen é muito especial, pois não trata de abolir algo, e sim de esclarecer, de convidar a pensar no sistema de penas posto e aplicado nas sociedades. Em outras palavras, implica abolir um sistema social repressivo, partindo da reflexão, segundo a qual é fundamental romper com a ordem estabelecida e, ao mesmo tempo, enfrentar o que está posto para reconstruir algo.

Sobre a fundamentação metodológica do abolicionismo de Foucault, assim como para Deleuze, *“la liberación de la diferencia requiere un pensamiento sin contradicción, sin dialéctica, sin negación: un pensamiento de lo múltiple, de la multiplicidad nómada y dispersa que no está limitada o confinada por las restricciones de la similitud”* (SCHERER; CHRISTIE, 1989, p. 79). O abolicionismo está relacionado com o princípio da solidariedade, pela abordagem humanista em relação aos excluídos e/ou marginalizados sociais (SCHERER; CHRISTIE, 1989, p. 84).

Pensar em punição, dando à lei o papel exclusivo de dar conta dos problemas sociais comunitários, delitos que rompem cada vez mais o tecido da comunidade, como é o caso da violência de gênero, é continuar insistindo em um modelo arcaico de sociedade, que se mantém com a política disciplinar, sustentada com o poder como estratégia de embotamento e de redução do sujeito ao indivíduo disciplinar (FOUCAULT, 2004, p. 187). De outra maneira, *“o que agora é imposto à justiça penal como seu ponto de aplicação, seu objeto ‘útil’, não será mais o corpo do culpado levantado contra o corpo do rei; não será mais tampouco o sujeito de direito de um contrato ideal; mas o indivíduo disciplinar”* (FOUCAULT, 2004, p. 187).

Na busca pela emancipação humana, é importante questionar tudo, desconstruir conceitos que remetam a ideologias de justiça, por isso o direito precisa se renovar ao encontro de outra função não mais exclusivamente estruturante, mas integradora, que dilua aos poucos os mitos que se inserem nas práticas por meio de rituais recepcionados pelas culturas. Embora algumas,

ou quase todas, práticas de justiça tenham rituais, formalismos, é relevante que, aos poucos, eles comecem ser esvaziados, dando lugar ao ser humano crítico, que, nos tempos atuais, não mais se identifica como um indivíduo disciplinar.; ao contrário, está nas nuances do consumo, da fluidez e, para se encontrar, bem como a que comunidade está a pertencer, procura por políticas pacificadoras de conflitos, não exclusivamente de administração do Estado, mas com participação e corresponsabilidade comunitária.

Considerações finais

No decorrer da elaboração deste artigo, pôde-se constatar que a Lei do Feminicídio no Brasil, bem como, nos demais países da América Latina citados ao longo do mesmo, não é o instrumento mais eficaz para prevenir ou combater a violência de gênero que vitimiza milhares de mulheres a cada ano, conforme demonstrado pelos dados estatísticos apresentados. Ao apresentar o problema da violência de gênero no Brasil, imediatamente deve-se refletir sobre os benefícios que a sociedade poderá obter se os estereótipos de masculinidade forem alterados – certamente a vida do casal e a dos filhos, ficará melhor.

Não se pode perder de vista que o sistema Jurídico Penal do Brasil está ultrapassado, que as legislações do país são muito brandas, e o judiciário está demasiadamente moroso, além da crise ética, política e social em que toda a população brasileira está inserida. Nesse cenário, o que resta para enfrentar o problema da violência de gênero no país? Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 e a Lei Maria da Penha, bem como as normativas internacionais – entre elas, a Recomendação Geral das Nações Unidas, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Interamericana para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher e a Convenção Belém do Pará –, são instrumentos normativos que possuem sua importância na redução do problema, porém a violência de gênero não reduziu; ao contrário, tem aumentado. Esse fato deve, obrigatoriamente, levar à conclusão de que se está fazendo algo de maneira equivocada, ou seja, não se pode mais continuar trabalhando com os efeitos da violência, mas deve-se pensar em suas causas.

Novas leis são criadas e são aparelhadas – embora de modo precário – as estruturas de atendimento psicossocial as vítimas e seus filhos, mas isso não é o suficiente. São necessárias políticas públicas específicas que trabalhem urgentemente com as causas da violência de gênero no País. Não se pode mais remeter esse problema somente a questões culturais arraigadas no patriarcalismo arcaico dos séculos anteriores. A educação parece ser o melhor caminho, pois tem início no seio familiar e continua na escola. Entre as recomendações da Comissão Internacional de Direitos Humanos, no caso Maria da Penha, também se sugeriu que as escolas tivessem uma disciplina voltada para questões relacionadas à violência de gênero já no ensino fundamental. Será que isso está sendo realizado no Brasil? Acredita-se que não, até mesmo porque não há uma conscientização da sociedade sobre a gravidade do problema.

Em nome do amor, aprisionam-se sonhos, cometem-se crimes hediondos, condicionam-se, cerceiam-se esperanças, despersonaliza-se e rouba-se a subjetividade de parceiro(a) ou dos filhos; porém, nunca se vê alguém ser condenado como criminoso por ter mantido durante anos outra pessoa nos cativeiros de seu egoísmo. É pouco comum ver uma esposa – depois de longo tempo de agressões psicológicas que a impediram de desenvolver suas potencialidades – pedir à justiça que seu marido ou companheiro pague pelo mal cometido. É uma questão cultural de

submissão e dependência do outro, por se acreditar em um amor que nunca foi amor.

Essas práticas estão inconscientemente socializadas. As pessoas agem dessa forma diariamente e, na maioria das vezes, nem se dão conta disso, porque se tornam automáticas, repetitivas e pouco ou quase nada reflexivas. A humanidade distancia-se cada vez mais de sua essência. Conhece-se o funcionamento das máquinas, resta-se excessivamente afeitos aos modelos contemporâneos de comunicação, mas notam-se dificuldades de compreender o sofrimento humano. Só que esta conta um dia será cobrada, e ela chegará até pelos braços do tempo que, sem nenhuma piedade, depositará sobre a consciência da humanidade a desconcertante conclusão de que o vivido não valeu a pena.

É um direito fundamental da mulher vítima de violência de gênero ser atendida por profissionais da área da saúde, objetivando conduzi-la a uma viagem de retorno. Viagem no tempo. Ela precisa retornar ao momento em que permitiu que o homem recém-chegado tomasse posse de sua vida. Precisa voltar a ser ela mesma e reaprender a viver para proteger seu bem maior: a vida. Não é uma tarefa fácil, pois nem sempre a prisão termina quando se recebem as chaves que alforriam. Mesmo com as portas do cativeiro abertas, e distante das ameaças que a encarceravam, a vítima pode não saber dar o passo em direção à liberdade de que tem direito, porque ainda está presa, “acorrentada”, às memórias do cárcere, e não consegue dar-se conta de que abriu mão de suas identidades e ausentou-se de si mesma. Teve sua subjetividade sequestrada, e as consequências dessa violência são nefastas, porque nada pode ser mais cruel do que ser privado de si mesmo, que não tem coragem de romper com os condicionamentos que impede as pessoas de serem autênticas.

Diante do exposto, considera-se a necessidade de implementação de políticas públicas transversais que lidem com a emancipação humana, a partir da educação para não violência, primando pela ética da diversidade, pelo exercício de reciprocidade e o respeito compartilhado entre os gêneros. Nesse interim, não há que somente se falar na lei penal para prevenir, punir e erradicar a violência de gênero.

Referências

- AMORÓS, Celia. **Feminismo: igualdad y diferencia**. México: UNAM, col. Libros del PUEG, 1994.
- ANTONY, Carmen. Compartilhando critérios e opiniões sobre femicídio/feminício. In: CLADEM. Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio. Peru: Susana Chiarotti, 2012, p. 11-94.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11. 340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BRASIL. **Lei 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o Código Penal para prever o femicídio como circunstância qualificado do crime de homicídio. Brasília: Distrito Federal.
- CARCEDO, Ana. SAGOT, Montserrat. **Femicídio en Costa Rica: cuando la violencia contra las mujeres mata**. 2001. Disónivel em: <<http://www.isis.cl/temas/vi/reflex8.htm>>. Acesso em 15/04/2015.
- CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. A caminho dos GULAGS em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- COSTA, Marli M. M. da; PORTO, Rosane. O feminicídio uma patologia sociojurídica nas sociedades contemporâneas: uma análise a partir do agir comunicativo de Habermas. **Revista Barbarói**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, nº. 42, ano 2014.
- DIRCEU BARROS, Francisco. **Femicídio e neocolpovulvoplastia**: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. JUSBRASIL. Disponível em: <http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/17313957/fe-minicidioeneocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em 14/03/2015.
- ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual de criminologia**. Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GRECO, Rogério. **Femicídio**: Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. JUSBRASIL. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/femicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>>. Acesso em 15/04/2015.
- INFORMATIVO. **Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria Da Penha**. Instituto Patrícia Galvão. nº. 3 out/2013.
- JORGE, Vargas Méndez. **Aclarar Conceptos**: el Femicidio en Salvador. Disponível em: <www.suysur.net>. Acesso em 15/04/2015.
- KLEMEN, Altamarino. **Femicidio o Femicidio**: un delito que debe ser tipificado. Disponível em: <www.end.com.ni>. Acesso em 15/04/2015.
- LADARDE, Marcela. **Femicidio**. Conferência na Universidade de Oviedo, 12 de janeiro de 2006. Disponível em: <www.ciudademujeres.com>. Acesso em 15/04/2015.
- LAGARDE, Marcela. Del Femicidio al Femicidio. **Revista de psicoanálisis**. Universidad Nacional de Colombia. 2008.
- WASELFISZ, Julio Jacobo Mapa da Violência 2015. Homicídios de Mulheres no Brasil. Brasília: DF, 2015.
- MELLO, Adriana Ramos. **Femicídio**: uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. Disponível em: <www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/ADRIANARAMOSDEMELLO_FEMICIDIO.pdf>. Acesso em 21/10/2014.
- MONTAÑO, Julieta. Reflexões sobre Femicídio. In: CLADEM. **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio**. Peru: Susana Chiarotti, 2012, p. 95-106.
- PEREIRA, Jeferson Botelho. **Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro**. JUSBRASIL. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobrealei13-104-2015-que-cria-de-crime-femicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 14/03/2015.
- PIRES, Amom Albernaz. **A natureza objetiva da qualificadora do feticídio e sua quesitação no Tribunal do Júri**. JUSBRASIL. Disponível em <http://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-femicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri?ref=news_feed>. Acesso em 15/04/2015.

RUSSEL, Dinae. H. **Femicide**. Disponível em: <www.dianarussel.com/femicide>. Acesso em 20/10/2014.

SAU, Victoria. **Ser mujer, el fin de una imagen tradicional**. Barcelona: Icaria, 1993.

SCHEERER, Hulsman; CHRISTIE, Steinert. **Abolicionismo Penal**. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardiniy, Mirta Lilián Bondanza. Ediar, Buenos Aires, 1989.

TOLEDO, Patsili. **Tipificación del femicidio/feminicidio**: hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho Penal frente a la violencia contra la mujer. Disponível em: <www.anuariodh.uchile.cl; ccj.ufpb.br/nepgd/imagen/stories/pdf/tipitificación.pdf> Acesso em 15/04/2015.

TRISTAN, Flora. **La violencia contra la mujer**: Femicidio en el Perú. Lima – Perú, CMP, 2005.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2014**: os jovens do Brasil. Brasília, Njobs, 2014.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: **Las trampas del poder punitivo**. El género en el Derecho Penal. Editorial Biblos. Buenos Aires.

A CRIMINOLOGIA DO RECONHECIMENTO E AS ATUAIS PRÁTICAS DE REIFICAÇÃO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO ATUARISMO PENAL

José Francisco Dias da Costa Lyra⁹⁹

Introdução: a reificação e o desprezo como patologias do capitalismo do exagero

A complexa sociedade contemporânea costuma, com controvérsias, ser definida como pós-moderna (LYOTAR, 2006, p. 15)¹⁰⁰, de modernidade tardia ou reflexiva (BECK, 2006, p.259-288), hipermoderna (LIPOVETSKI, 2004) ou líquida (BAUMAN, 2007, p. 68-74), sociedade da informação (CASTELLS, 2004, p. 81-111). Ou, para outros, a idade atual constitui uma fase do processo de modernização (HARVEY, 2008, p. 109-113), isto é, um projeto inacabado na dicção de Habermas (2006, p.19-36). De outro lado, há consenso quando se assenta que são tempos de globalização (HINKELAMMERT, 2007, p. 179-197) do sistema econômico-financeiro (TOURRAINE, p. 2005, p. 33-47) (o soberano privado/ou império), cuja hegemonia, somada às novas tecnologias (convertidas em novo saber), funciona em rede (CASTELLS, 1999, v.1, p. 497-506). Sobre o fato de a humanidade ter alcançado os objetivos traçados pela *Ilustração*, na ideia de um constante aprimoramento da razão humana na busca do bem-estar social e na emancipação do homem, aliada à racionalidade econômica, paira boa dose de mal-estar (ROUANET, 1993, p. 96-120; BAUMAN, 1998). Com efeito, o projeto da modernidade (TODOROV, 2008) edificou-se sob os fundamentos do desenvolvimento econômico e moral rumo à redução das desigualdades sociais, na busca da paz e da segurança, diminuindo-se, dessa forma, os riscos enfrentados pela humanidade (NOVAES, 2004, p. 07-18), tais como fome, doenças, guerras. Revela-se problemático que tais fundamentos estão longe de ser alcançados; ao contrário, a sociedade moderna apresenta os mesmos problemas existentes quando do implemento da dialética do esclarecimento, visto que o homem não conseguiu eliminar os riscos que assombram sua existência e que estão, com o passar do tempo, tornando-se mais intensos.

Nesse sentido, o termo pós-modernidade pode ser tomado como uma ontologia da sociedade ou como alavanca metodológica (MAFFESOLI, 2004, p. 11) para compreender os fenômenos sociais do presente, a fim de dar conta do abandono do ser (HEIDEGGER, 2005, v.1, p.135-159). Ou seja, como uma crítica radical (ou discurso filosófico) que questiona a situação atual dos habitantes da terra e o possível velamento do homem pelo domínio da técnica peculiar ao advento da sociedade tecnológica. Com efeito, na lição de Vattimo, a terminologia pós-modernidade apresenta-se como uma teoria filosófica capaz de dar uma resposta aos desafios da modernização e do império das tecnologias, que se apresentam relevantes para um mundo que convive com a complexidade e o risco (JAMESON 2005, 165-186)¹⁰¹ (BECK, 2004, p. 235-

99 Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Mestre em Direito pela UNIJUI-RS. Especialista em Direito pelo IESA e UNIJUI-RS. Professor do Curso de Mestrado em Direito da URI. Também leciona, na mesma instituição, as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal no IESA, Santo Ângelo. Juiz de Direito.

100 Segundo o autor, a posição do saber, nas sociedades mais desenvolvidas, a partir do final do século XIX, denominadas pós-modernas, designa o estado da cultura após as transformações enfrentadas pela ciência, literatura e artes.

101 Para Jameson, o surgimento do pós-modernismo se relaciona, estreitamente, com o novo modelo do capitalismo tardio, de consumo ou multinacional, fazendo emergir um novo tipo de vida social e de uma ordem econômica, o que se chama, eufemisticamente, de modernização, sociedade pós-industrial ou de consumo, a sociedade dos meios de comunicação ou do espetáculo.

248). Mundo esse que perdeu os grandes relatos, conforme Lyotard (2006, p. 27-33), convivendo com a fragmentação e a pluralidade de jogos de linguagem; enfim, experimentando uma crucial transformação nas condições de existência (VATTIMO, 2004, p. 21).

Os riscos enfrentados pela pós-modernidade, também percebida em termos sociológicos, como a ontologia da tecnologia, são a especialização, a ausência do sentido da unidade e, conseqüentemente, a perda da liberdade, na medida em que o projeto modernizante sempre se centrou no horizonte técnico-científico, na busca de uma racionalização do mundo, mediante o desenvolvimento da ciência e da técnica, atualmente, responsável pela violência da própria racionalidade moderna (VATTIMO, 2004, p. 21-27).

No limite, não se concretizaram os ideais da modernização projetados na dialética da ilustração (DUPAS, 2006), porque sua aposta no desenvolvimento planejado da ciência e da racionalidade do sistema capitalista, pelo menos para a grande parte da população mundial periférica, não significou melhora das condições de vida da humanidade. O cenário descortina, de forma preocupante, o aumento da exclusão e da polarização social, que dão vazão à insegurança cognitiva e à heurística do medo líquido, culminando na anomia e na opacidade do Direito.

Cuida-se de uma dialética negativa, reclamando uma interpretação diversa da história da humanidade, que dê conta dos excessos da cultura do capitalismo tardio, notadamente da onipotência da tecnologia e da ciência, que primam por converter os homens em meros objetos de poder de sistemas autopoieticos (especialmente o do dinheiro e o do poder), reveladora de uma tendência à desumanização (HONNET, 2011, p. 132-139). Esse transtorno das sociedades modernas é apreendido, na tradição da Escola de Frankfurt, que parte da análise da colonização do mundo da vida pelos sistemas do mercado e do aparato burocrático do Estado, como fenômenos patológicos da realidade social, que, no limite, leva a uma autonomização das atitudes sociais, acarretando uma mutação da racionalidade humana, com a dissolução das forças de coesão social. Trata-se de um processo deficiente para o desenvolvimento da vida social e humana, no qual, no limite, com a dissolução do mundo social e sua tradição, centrados na família, educação, relações laborais sólidas, se nega o reconhecimento ou a identidade a determinadas pessoas ou grupos sociais, que passam a ter uma existência social sob o manto da invisibilidade. Assim, pessoas ou agrupamentos sociais perdem sua visibilidade ou significação social, até porque somente valem enquanto presenças físicas, mas despidos de qualquer significado social, na medida em que se nega reconhecimento como sujeitos iguais ou as suas propriedades individuais. Consolidam-se, em tal estado patológico, atitudes de desprezo que vão se naturalizando – reificando – na atual sociedade do espetáculo do consumo (HONNET, 2011, p. 169-181).

Com efeito, na prática social, a patologia social assume o significado de uma deterioração das capacidades racionais dos membros da comunidade, concernente ao sentido de participar das formas decisivas de cooperação social, operando, portanto, no nível da reprodução da ordem social, isto é, no acesso reflexivo dos sistemas primários das ações sociais. Constituem-se déficits de racionalidade ou de práticas e convicções. Nesse particular, podem ser expressas na rigidez ou inflexibilidade do comportamento social (consternação reflexiva). Sob tal aspecto, destaca-se que existe uma violência elementar na atual cultura do capitalismo do exagero, que não é percebida com clareza, uma vez que as pessoas são contempladas como meros objetos para gozo do prazer (objetos de consumo) e, pois, submetidas a uma humilhação social, simbolizada pela invisibilidade social.

Tais patologias da sociedade também podem ser simbolizadas como verdadeiros paradoxos do capitalismo, cuja base moral e ética é sintetizada, conforme Saavedra (2010, p. 90-106), nas seguintes conquistas positivas: 1) concretização de uma liberdade maior do indivíduo, a fim de garantir a emancipação do projeto individual de vida boa; 2) implementação do princípio da justiça da igualdade material; 3) reconhecimento do desempenho profissional de cada indivíduo e a devida compensação de seu agir social em prol do desenvolvimento da sociedade; 4) as pessoas devem gozar de um espaço de liberdade para implementarem projetos de vida afetiva (pluralismo jurídico). Obviamente que o paradoxo repousa, na lente do referido autor, no fato de que os meios materiais e econômicos disponibilizados aos indivíduos pelo sistema capitalista atual não propiciam a concretização fática de tais princípios, muito especialmente o da igualdade material; ao contrário, o que se tem intensificado é o processo de exclusão (SAVEDRA, 2010, p.102).

Por outro lado, o ponto sensível da patologia social, que se apresenta na rigidez do pensamento, dá-se quando, na vida cotidiana, os sujeitos aferram-se à judicialização do conflito, ou seja, quando passam a conceber a sua liberdade (aqui, se inclui a questão da segurança) em termos estritamente jurídicos, ou na forma de direitos subjetivos – submetidos, portanto, a uma formulação jurídica –, estabelecendo uma comunicação centrada em direitos, perdendo a visão macrossocial do fenômeno conflitivo. Revela-se preocupante a incapacidade, bem detectada por Honneth (2014, p. 119-122), de não perceber que uma socialização em termos jurídicos implica postergação (e um caráter negativo) dos demais direitos sociais. Como refere Honneth, abusa-se de uma liberdade jurídica, que assume caráter endêmico, já que se postergam as demais obrigações sociais em prol de uma coordenação jurídica, interrompendo-se a comunicação em relação a determinados grupos ou segmentos sociais, comumente catalogados como classes perigosas. Não é por outra razão que a segurança individual, como expressão de um direito subjetivo fundamental, verte-se como prioridade absoluta a ser atendida pelo Estado, relegando-se, para um segundo plano, a segurança dos direitos sociais e econômicos. Assiste-se, dessa forma, a um amplo processo de juridificação das práticas sociais, que culmina abarcando a família, a escola, o espaço laboral, enfim, todo o sistema social, que é traduzido, com exclusividade, para o sistema do Direito, perdendo-se a oportunidade de se aprender com o conflito, que, no seu âmago, apresenta uma disfunção social.

Adotam-se atitudes estratégicas que assumem o lugar das orientações comunicativas e obrigações mútuas (HONNETH, 2014, p. 128-129), especialmente, pelo controle penal, esquecendo-se de que o controle social não se resume ao sistema das penalidades. Ao contrário, deve ser exercido pelos demais sistemas da sociedade, especialmente pelo sistema social e suas políticas afirmativas e prestacionais. A ordenação social, no presente, desloca-se para o Direito Penal, fomentando uma cultura de estranhamento com relação àqueles que estão excluídos dos sistemas prestacionais do Estado, principalmente os que não participam do espetáculo do mercado ou consumidores falhos. Tais grupos, sob os influxos do controle penal, são recepcionados como movimento de retorno das classes perigosas, os quais, na atualidade, submetem-se a uma nova tecnologia de controle: o atuarial – mais intenso e flexível. Atuando por toda a sociedade, fora dos muros das instituições fechadas, especializado em catalogar e segregar grupos de risco, os quais, pelo pertencimento ao grupo ou classe social, são, paulatinamente, despersonalizados e tratados como objetos. Essas classes perigosas constituem aquilo que Dal Lago (2000, p.

127-146) define como vidas despidas de qualificação jurídica (não pessoas), coletivos colocados sob o manto da invisibilidade, aos quais se nega o reconhecimento jurídico e respeito à sua alteridade. Não é por acaso que se forja, paralelamente ao Direito Penal, um subsistema penal de exclusão, informado por práticas excepcionais que primam por suspender as garantias constitucionais, como o caso do Direito Penal do inimigo, as quais culminam no retorno da tortura legitimada pelo estado de necessidade. E, em tal subsistema penal de exceção de guerra ao crime, qualquer que o seja, o Estado está aparelhado para despersonalizar os inimigos, os não reconhecidos pelo contrato social.

Dito isso, observa-se que o presente estudo se centra na análise crítica da prática reificante, operada pela criminologia do atuarismo, que, ao abandonar a lógica do bem-estar, promove uma “inclusão excludente”, ao conferir (in)visibilidade negativa a determinadas categorias sociais, que são excluídas dos sistemas prestacionais do Estado e incluídas, de forma excludente, no sistema penal. Para tal mister, faz-se uso da teoria do reconhecimento de Honneth¹⁰², partícipe da Escola de Frankfurt, uma vez que ela aporta importante contribuição ao debate criminológico, recolocando o desvio na gramática dos conflitos sociais e nas hipóteses de reconhecimento negado.

Dessa forma, o estudo, num primeiro momento, abordará a transição de uma sociedade da disciplina rumo a uma sociedade do controle atuarial, seguindo uma linha de reconstrução material da história da penalidade. Depois, apresentará a criminologia do reconhecimento de Honneth. Por fim, apresentará o conceito de reificação e das práticas de desrespeito, gênese do desvio, algo negligenciado pela tecnologia do controle.

A história material da penalidade e a tecnologia da disciplina fordista

Pode-se afirmar que o controle social centrado no subsistema penal está relacionado com o desenvolvimento do método capitalista de produção, não sendo por acaso que a moderna prisão dos séculos XVII e XVIII buscou inspiração no projeto da fábrica¹⁰³, forjado pela primeira Revolução Industrial. Nessa ótica, a história da pena sedimenta-se na história das relações de produção do sistema capitalista (FOULCAULT, 2004 e BERGALLI, 2003. p. 25-82)¹⁰⁴, conforme estudos de Rusche e Kirchheimer, desenvolvidos na sua clássica obra *Pena e Estrutura Social*, para quem a intimidação e sua lógica de dissuasão variam, historicamente, em relação ao uni-

102 Observa-se que não se pretende desenvolver, de forma aprofundada, uma abordagem específica a respeito do representante da terceira geração da Escola de Frankfurt, tampouco apresentar crítica à teoria hegeliana de Honneth, especialmente nas suas possíveis deficiências, na medida em que canaliza as atuais demandas da justiça ao reconhecimento, deixando, em segundo plano, a questão da redistribuição. Nesse particular, importa a leitura de FRASER, (2010, p. 167-191). Por outro lado, para uma introdução ao pensamento de Honneth, consultar SAAVEDRA; SOBOTKA v. 8, n. 1, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/742/4211531002>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

103 Nesse sentido, consultar MELOSSI; PAVARINI, 2006. De igual sorte, o pensamento de OLMO, 2004. p. 41-48. Também, merece consulta PAVARINI, 2006. p. 31-56.

104 No pensamento de Bergalli, “*en cualquier caso há existido siempre, em toda forma de ejecución de uma privación de liberdade como pena, uma relación vinculante para ésta última privación de liberdade como pena, uma relación vinculante para ésta última com la estructura socio-económica de la sociedad em que aquella se emplea.* (MELOSSI; PAVARINI, 2006. p. 57). Ainda, na mesma linha, BEIRAS, (2003. p. 83-133). Conforme Beiras, a história dos discursos sobre o castigo e sua função na sociedade, na perspectiva econômico-estrutural, tradição iniciada por Rusche e Kirchheimer, nos anos trinta e aprofundada especialmente por Melossi e Pavarini, é possível estabelecer uma conexão entre o surgimento do modelo capitalista de produção e a origem da instituição carcerária moderna, com a pertinente observação de que, no sistema pré-capitalista, o cárcere, como pena, não existia, já que se tratava de uma realidade ignorada pelo sistema feudal, daí o porquê de o sistema capitalista de produção e a instituição carcerária (e outras instituições subalternas) terem surgido ao mesmo tempo e em uma relação determinada. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 89). Para uma análise crítica de dita relação, consultar BERGALLI, (2009. p. 107-134).

verso da economia (FOULCAULT, 2004, p. 94-102). Portanto, as práticas repressivas ligam-se ao universo da economia e à situação do mercado de trabalho (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 15-16; DE GIORGI, 2006, p. 60)^{105, 106}.

Logo, a evolução do sistema penal e a economia da pena não são produtos de reformas sociais e jurídicas, tampouco se referem à orientação criminológica (FOULCAULT, 2004, p. 12-18)¹⁰⁷. Ao contrário, a economia da pena é submetida às dinâmicas invisíveis e anônimas do mercado e da força de trabalho, sendo informada por uma lei econômica. Disso decorre o fato de o excedente da força de trabalho ficar sujeito ao endurecimento das práticas penais, seguindo o princípio da *less eligibility* ou menor elegibilidade (DE GIORGI, 2006, p. 61; FOULCAULT, 2003, p. 161-174)^{108, 109}.

Dessa maneira, sob o ponto de vista da economia política da pena, o cárcere nasce e se consolida como uma instituição subordinada à fábrica, servindo como mecanismo posto a seu serviço e na defesa do incipiente sistema de produção industrial. A estrutura da prisão, bem como o seu plano ideológico só podem ser compreendidos quando se observam, paralelamente, a estrutura dos lugares de produção e a disciplina do trabalho, impostas no ambiente da fábrica. Dito de outra forma, todas as instituições de reclusão que surgiram no final do século XVIII buscaram inspiração no sistema de disciplina desenvolvido no ambiente fabril. A prisão, portanto, consolida-se como um dispositivo de controle e disciplina que busca formar uma nova subjetividade: a do proletariado. Surge uma nova economia política do corpo, ou seja, uma tecnologia de controle para criar uma força de trabalho disciplinada e vocacionada ao labor (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 30-31). Buscar, no entendimento de De Giorgi, a produção de uma força de trabalho disciplinada e que valorizasse a produção capitalista constituía a função mais importante do sistema carcerário, detendo, também, um potente mecanismo ideológico, visto que a submissão ao trabalho se apresentava como a única via de escape do sistema penitenciário (DE GIORGI, 2006, p. 69)¹¹⁰.

105 Rusche e Kirchheimer (2004, p. 15-16), nesse passo, afirma que o surgimento do capitalismo, o que ocorreu, segundo ele, nos séculos XIV e XV, conduziu à criação de um Direito Penal orientado diretamente contra as classes dos pobres, isso em um momento em que o sistema capitalista experimentava intensa opressão aos assalariados urbanos e rurais. Dizem Rusche e Kirchheimer: “El constante incremento de los delitos entre los grupos proletarios más golpeados pela pobreza, obligó a las clases dominantes a buscar novos métodos que hicieran más efectiva la administración de la justicia criminal. La creación de un derecho eficaz para combatir los delitos contra a propiedad constituía una de las preocupaciones centrales de la ascendente burguesía urbana, y dondequiera que ella poseía el monopolio de legislar y juzgar, perseguía este fin con la mayor energía”.

106 No mesmo sentido, o pensamento de FOULCAULT (1999, p. 114 e seguintes). Para Foucault, a prisão tem por função ligar os indivíduos aos aparelhos de produção, uma vez que é preciso sequestrar o tempo dos homens, a fim de seja oferecido ao aparelho de produção.

107 Conforme FOULCAULT, (2004, p. 12-18), o desaparecimento dos suplícios e o afrouxamento da severidade penal pouco têm a ver com “a exagerada ênfase” na humanização das penas. Na sua conclusão, o desaparecimento do espetáculo punitivo pelo surgimento da sobriedade punitiva, com o escamoteamento do corpo supliciado, deve-se, fundamentalmente, a uma mudança do objeto da ação, isto é, o que alterou foi o objetivo: a punição não mais se dirige ao corpo, mas, sim, à alma. O castigo não mais tripudia o corpo, uma vez que a expiação atua sobre o coração, intelecto, vontade e disposições morais do indivíduo.

108 Veja-se que o sistema fabril submetia o trabalhador a uma intensa vigilância e controle, o que não havia no sistema artesanal e familiar, no qual o trabalhador controlava sua jornada de trabalho livremente.

109 Para RUSCHE; KIRCHHEIMER (2004, p. 21-62), as raízes do sistema carcerário, sua promoção e elaboração teórica encontram suas bases no mercantilismo. Dessarte, o sistema punitivo da Idade Média, período em que não existia escassez de mão de obra, o que reduzia o valor da força de trabalho e da vida humana, abusou de penas violentas, dando incremento à pena de morte, agora não mais aplicada para crimes violentos senão que se converteu em um meio para se desembaraçar de indivíduos que se constituíam em perigo social. Todavia, essa situação muda com o surgimento do mercantilismo em fins do século XVI, isso pelo fato de que se passou a ter interesse pela exploração da mão de obra dos submetidos às penas de prisão. É, exatamente no momento em que a expansão dos mercados reclama inversão maior de capital e mão de obra, que se torna relativamente escassa, que surge a prisão como forma de propiciar força de trabalho barata ao sistema produtivo.

110 Cumpre destacar que aqui se apresenta a contradição ou o paradoxo, que sempre acompanhou o controle penal e que tem muito a ver com a economia material da pena. E a contradição diz respeito à estrutura material da sociedade capitalista entre igualdade formal e desigualdade substancial. Como observa De Giorgi, a ideologia retributivo-legalista oculta a desigualdade e a realidade de exploração que se produz no ambiente da fábrica e sistema penitenciário.

Em resumo, a prisão se consolidou como um dos instrumentos ideológicos do sistema capitalista, detendo a função de adestrar os corpos e adaptá-los ao incipiente capitalismo industrial, que, por sua vez, substituiu o sistema do trabalho doméstico da manufatura, consolidando o projeto da fábrica e a sociedade da disciplina, conforme genealogia de Foucault^{111,112}. Nesse contexto de articulação entre fábrica/prisão, o poder-saber¹¹³ da disciplina detém a função de gerenciar as populações em função dos fluxos produtivos (FOUCAULT, 2006, p. 69-78), com a introdução da lógica produtiva na razão do Estado. Portanto, uma das funções do poder será controlar território e população, maximizando as funções produtivas. E, nessa inter-relação entre vigilância e sanção, a prisão inscreve-se como a principal estratégia do projeto disciplinar, não para excluir ou neutralizar; ao contrário, aparelha-se para exercer a função de normalização dos indivíduos, possuindo três finalidades, a saber: a) temporalizar a vida dos sujeitos, adaptando-a ao tempo da fábrica; b) controlar os corpos, disciplinando-os e convertendo-os em força de trabalho; e c) integrar essa força de trabalho ao sistema produtivo, no caso, a fábrica (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 30-31). A técnica correcional corresponde, pois, ao modelo da disciplina, atribuindo uma função útil ao castigo (DE GIORGI, 2005, p. 48-49), espécie de um sistema de *Welfare*, difundindo-se em uma série de intervenções nas instituições sociais, como a família, a escola, a fábrica, o manicômio, que seguem a retórica de tratamento individualizado na socialização do indivíduo (DE GIORGI, 2005, p. 49 e 52).

A crise da tecnologia da disciplina e sua substituição por um controle difuso: consolidação da sociedade do controle

Foucault situou as sociedades disciplinares nos séculos XVIII e XIX, tendo atingido seu ápice no século XX, asseverando que elas procedem à organização dos grandes meios de confi-

111 Para se compreender a genealogia de Foucault, é preciso, segundo Deleuze, “suspender”, como exercício metodológico, os principais postulados afirmados pelo discurso tradicional acerca do poder e seus pré-juízos, que obstaculizam o fecundo acesso à problemática do poder contemporâneo e às relações de dominação que ele estabelece. Nesse passo, ainda seguindo as penadas de Deleuze, a genealogia empregada por Foucault assenta-se em cinco postulados, a saber: 1) postulado da propriedade, segundo o qual poder é algo que possui a classe dominante e que é caracterizado como uma propriedade que não se possui, mas, sim, se exerce, sendo despido de sentido e finalidade; 2) postulado de localização, notando que o Estado não constitui o lugar privilegiado do poder, já que o poder do Estado é um efeito do conjunto. Aqui há que se dar atenção à microfísica do poder e seus lugares moleculares (não há localização pontual); 3) postulado de subordinação, segundo o qual o poder do aparato do Estado está subordinado a um determinado modo de produção (sua infraestrutura), já que toda economia pressupõe mecanismos de poder; 4) postulado do modo de ação, assentando-se que o poder age instrumentalizado pela repressão e ideologia, daí o motivo pelo qual o poder produz uma transformação técnica dos indivíduos (produção real), via “normalização” (império do normal) ou, na forma moderna, “servidão”; e postulado da legalidade; nele, o poder do Estado se expressa por meio da lei, procedimento pelo qual se administram os ilegalismos existentes na sociedade, demarcando aqui a ausência de uma prática deliberativa consensual, na medida em que as leis são feitas por uns que conseguem impô-la aos demais. Logo, há espaço estratégico e de domínio na lei, que pode criar espaços de proteção, bem como de momentos em que pode ser ignorada. No limite, a lei não estaria vocacionada para impedir qualquer comportamento; ao contrário, senão para diferenciar as formas em que se pode vulnerar a lei. Ver DELEUZE (1987); FOUCAULT (2008). Nesse particular, consultar, ainda, a introdução à obra realizada por Miguel Morey, p. 07-22.

112 Pode-se dizer que a genealogia foucaultiana apresenta-se como uma crítica radical da ciência e dos saberes tradicionais herdados da Ilustração, na medida em que interessava a Foucault desvelar as relações existentes entre poder (que circulava e se exercia pelos corpos, de forma fluida e sem hierarquia) e o saber (verdade), rompendo com o saber unitário, formal e científico, para adotar um “saber menor”, aparelhado como um instrumento de luta contra a coerção de tal saber hegemônico. Consultar, nesse particular, FOUCAULT (2000, p. 24). Também, importante a leitura de FOUCAULT (2003, p. 03-97). Para Foucault, há uma estreita relação entre as formas de dominação (poder) e o conhecimento, já que “la palabra saber, que se refiere a todos los procedimientos y a todos los efectos de conocimiento que son aceptables en un momento dado y em un dominio definido; em segundo lugar, el término poder, que no hace otra cosa que cubrir (*recouvrir*) toda una série de mecanismos particulares, definibles y definidos, que parecen susceptibles de inducir compartimientos o discursos”. *Ibid.*, p. 26-27. Para se compreender o significado do “saber menor”, ver DELEUZE, (2008, p. 09-116).

113 Conforme FOUCAULT (2000, p. 34-42), o poder é exercido e produzido pela verdade. Nesse particular, o sistema do Direito (que não se resume à lei, senão aos aparatos e instituições e regulamentos que aplicam o Direito) é um veículo permanente de dominação, colocando em ação relações de poder que funcionam dentro de determinado corpo social.

namento, em que o indivíduo passa de um meio fechado ao outro, observando que cada um é instrumentalizado pelas suas próprias leis: a família, a escola, a caserna, a fábrica, o hospital e, eventualmente, a prisão, os quais seguem orientação da fábrica no que concerne à ordenação do espaço temporal e produtivo (DELEUZE, 2008. p. 217.) Tal tecnologia foi hegemônica até a crise fiscal do *Welfare State*, que emergiu dos EUA na década de 1970 (BERGALLI, 2003. p. 59-67)¹¹⁴, provocando a necessidade de se remodelar o complexo penal que se desenvolveu amparado pelo modelo correccional de bem-estar. O marco corresponde ao fim da “grande narrativa criminológica”, herdada da ilustração e seu audacioso projeto de transformar os indivíduos (PAVARINI, 2006. p. 213-235)¹¹⁵. Com efeito, a quebra do modelo keynesiano de bem-estar sinaliza a derrocada do regime fordista de produção¹¹⁶, que relacionava o aumento da produtividade à melhora dos salários, promovendo uma razoável distribuição de recursos e a generalização de um sistema de segurança social (DE GIORGI, 2005. p. 10-11). Pode-se dizer que a ruína do modelo até então vigente foi ocasionada pelo fenômeno globalização financeira, que pôs a sociedade às portas do que se denomina pós-fordismo, cujas características marcantes são a perda da identidade coletiva dos trabalhadores e seus vínculos e a passagem para a condição de meros consumidores na excludente sociedade do risco¹¹⁷ (LEWKOWICZ, 2004, p. 19-39; CASTEL, 2010, p. 17-41; CASTEL, 2044, CASTEL, 2008, p. 59-87). Nessa mudança de rumo, operacionalizada pela crise do Estado social e pela superação do modelo correccional, a pena perde toda a função de inclusão/reabilitação (filosofia do tratamento/disciplina desenhada por Foucault), uma vez que agora trata de incapacitar o indivíduo, ou seja, o que a pena busca é a pura eliminação do sujeito do contexto social. Não mais se requer um tratamento individualizado segundo as necessidades sociais e psicológicas do desviado, como requeria a ideologia do tratamento/loucura. O controle sai do corpo do sujeito e passa a ser mais difuso (HARDT; NEGRI, 2005)¹¹⁸, que se expande para além dos muros da instituição total da prisão. Nesse novo modelo de controle atuarial, busca-se mapear e identificar grupos ou setores sociais propensos a delinquir e que, portanto, deverão ser gerenciados (DE GIORGI, 2005. p. 58-59).

O controle social desloca suas funções, convertendo-se em um fim em si mesmo, na me-

114 O período, na dicção de Bergalli, refere-se à interrupção e crise do sistema capitalista de produção, momento que se anuncia ao mundo capitalista que se vive, na plenitude, o que se denomina pós-fordismo, que é cunhado como a situação social geral que provocou o fim das relações do sistema de produção e as políticas sociais. Logo, abandona-se o projeto fordista e o compromisso de se combater as injustiças e desigualdades forjadas pelo sistema capitalista, bem como o pensamento de disciplina social herdada do projeto iluminista. E, no ambiente do pós-fordismo, nas pegadas de Bergalli, acirra-se a dualização e polarização nas sociedades pós-industriais, passando as prisões à funcionalidade da contenção das massas dos excluídos e marginalizados economicamente. Ver Bergalli (2003, p. 60-61).

115 A crise do modelo correccional ou do modernismo penal é tratada por GARLAND, (2008. p. 143-171).

116 Os contornos do fordismo e toyotismo, como versões atualizadas do fenômeno da industrialização, são dados no meu artigo intitulado Imperialismo e divisão do trabalho. (LYRA, 2005).

117 Segundo CASTEL (2010, p. 22-25), o movimento corresponde à descoletivização do trabalho (perda da mediação dos sindicatos laborais passando o trabalho a seguir uma “biografia individual” (Beck) e, portanto, mais flexível. E isso corresponde ao novo regime do sistema capitalista: o capitalismo pós-industrial, que passou a exigir dos trabalhadores uma nova mobilidade, adaptabilidade e uma individualização crescente das tarefas. No limite, houve a dissolução do coletivo do trabalho e esvaziamento da representação/pressão dos sindicatos laborais frente aos detentores do capital.

118 Para Hart e Negri, a sociedade do controle apresenta-se no final da fase moderna, estendendo-se por toda a pós-modernidade, na qual os mecanismos de domínio se voltam mais democráticos, entretanto, mais imanentes no campo social, distribuindo-se completamente pelos cérebros e corpos dos cidadãos, de modo que os sujeitos mesmos interiorizem, cada vez mais, as condutas de integração e exclusão social adequadas a esse domínio. Sob esse aspecto, a sociedade de controle pode ser caracterizada por uma intensificação e generalização dos aparatos normalizadores do poder disciplinar que animam nossas práticas cotidianas, levando o controle mais adiante dos locais estruturados, através de redes flexíveis e flutuantes. Em definitivo, no pensamento dos autores, “en el paso de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control queda establecido un nuevo paradigma de poder definidos por las tecnologías que reconocen a la sociedad como la esfera de influencia del biopoder [...] En cambio, cuando el poder llega a ser completamente biopolítico, la maquinaria del poder invade el conjunto del cuerpo social que se desarrolla em su virtualidad”. (HART e NEGRI, 2005, p. 45).

didada em que abandona o tratamento e a disciplina. A questão passa tão só a controlar; daí, o pensamento atual no sentido de exasperação das penas¹¹⁹. Além disso, o controle, como já assinalado, desloca-se, sensivelmente, da prisão, tornando-se disperso no ambiente urbano das cidades fortificadas (DE GIORGI, 2005, p. 58-59; HART e NEGRI, 2005, p. 45; BAUMAN, 2008, p. 38; BAUMAN, 2003, p. 100-128; WACQUANT, 2007, p. 13-56.)

Em razão disso, como consequência da crise da sociedade da disciplina, o controle abandona os locais fechados, lugares da disciplina, estendendo-se por todo o corpo social¹²⁰, em dispositivos de controle modulares, constantes e permanentes (CASTELS, 2010, p. 31-35), como a estrutura dos condomínios, a vigilância 24 horas por dia, as câmeras de vídeo espalhadas pelas ruas e logradouros públicos, os serviços de segurança privados, tornozeleiras eletrônicas, cujo fator-chave é obter segurança (BAUMAN, 2009, p. 39). O novo paradigma que se sedimenta é o do controle atuarial, que, ao contrário da utopia do tratamento, preconiza uma resposta imediata e de curto prazo: um controle radical de prevenção situacional (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 32-33.).

A nova forma de controle faz uso da lógica e da estatística de assegurar a gestão racional e econômica da distribuição dos fatores de risco na coletividade¹²¹ (DI GIORGI, 2005, p. 60). Dita sistemática, no entendimento de Deleuze, tem a ver com a imanência do sistema capitalista, que, na sua expansão, migrou de um capitalismo de produção para um capitalismo financeiro/espoliativo, que não mais depende do trabalho, e se concentra na especulação financeira, enfim, numa fantástica fábrica de produção de riqueza e de miséria humana (DELEUZE, 2008, p. 213). Dessarte, a mutação da sociedade disciplinar à sociedade de controle está relacionada à alteração de rumo, empreendida pelo sistema capitalista, muito especialmente, pela revisão da estrutura de confinamento da fábrica, modelo de disciplina. Nesse aspecto, com Deleuze, pode-se afirmar que as sociedades disciplinares correspondem ao que se deixa para trás, correlatas à crise da técnica do confinamento, não só da prisão e hospital, mas da escola, da fábrica e da caserna (DELEUZE, 2008, p. 215). De fato, adentra-se nas sociedades de controle, que não se utilizam do confinamento, substituído por um controle contínuo e por uma comunicação instantânea (DELEUZE, 2008, p. 216).

A característica fundamental da sociedade do controle, como já visto, é a perda da indicação, isto é, do “número de série”¹²² do indivíduo e seu lugar ocupado na sociedade de massas (ORTEGA Y GASSET, 2009, p. 45-82)¹²³. Logo, no controle, não são necessários mais “uma assinatura e nem um número”, mas, sim, uma cifra ou senha. Essa mutação é exemplificada por Deleuze com o dinheiro. Se, antes, na sociedade da disciplina, o dinheiro era cunhado em ouro, na sociedade do controle, ele é virtual, circulando por meio de trocas eletrônicas (DELEUZE, 2008,

119 O fenômeno é facilmente identificado na legislação brasileira e sua irracionalidade, uma vez que o legislador tem primado pela lógica da exclusão. Para tanto, veja-se o regime diferenciado de cumprimento da pena (RDD), de duvidosa constitucionalidade, bem como as novas alterações nos crimes contra a dignidade sexual e seu expressivo aumento das reprimendas para os crimes previstos nos artigos. De igual sorte, a nova pena prevista para a “extorsão-relâmpago”.

120 O controle vai além do aspecto econômico, apresentando-se como uma força cultural da sociedade. A sociedade fica absorvida pelo Estado, que detém um controle total da *bios*, no qual a vida, em sua totalidade, passa a ser objeto do poder (biopolítica) (HARDT; NEGRI, 2005, p. 46).

121 Sobre o assunto ver RIPOLLÉS (2009, p. 221-253).

122 No pensamento de LEWKOWICZ (2004, p. 79), na sociedade de consumo, que constrói sua subjetividade sob as leis do mercado da oferta e demanda, o não consumidor, o excluído/expulso da rede de consumo carece de um nome que o defina socialmente, resultando, inclusive, o nome de marginal inadequado frente à forma dramática de exclusão que enfrenta.

123 Ver SLOTERDIJK, 2005.

p. 222). O capitalismo é de “sobreprodução”: vende serviços e compra ações (DELEUZE, 2008, p. 222-223). A empresa sucede à fábrica, impondo um controle flexível e cifrado (DELEUZE, 2008, p. 224). O problema dessa mutação repousa no fato de que os problemas sociais causados pelo capitalismo financeiro são geridos pelo controle, abandonando-se as pautas inclusivas do sistema fordista. O homem da sociedade do controle não se configura como confinado, mas como o homem endividado. Como diz Deleuze, “é verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas” (DELEUZE, 2008, p. 224). O controle passa a ser implementado por categorias, uma vez que as instituições fechadas dão lugar a um novo regime de dominação adaptável à empresa e às novas formas de tratar o dinheiro.

O que se vê nesse cenário é, por conseguinte, é um retorno à sociedade da soberania, devidamente adaptada ao contexto atual, caracterizando-se por um domínio intenso sobre o corpo do indivíduo. Logo, as penas cruéis da Idade Média, que possibilitavam a identificação do criminoso, são substituídas pelas coleiras eletrônicas, que permitem o monitoramento intenso do condenado, permite que se compreendam a crise das instituições e a implantação de um novo regime de dominação (DELEUZE, 2008, p. 225).

A sociedade do controle e o atuarismo criminológico: a negação do reconhecimento elementar

A transição da sociedade da disciplina à sociedade do controle atuarial importa uma dramática mudança do rumo do pensamento criminológico, principalmente pelo fato de que, em face de tal transição paradigmática, o controle penal desloca-se da ideologia do tratamento personalizado do infrator para se centrar na análise da evolução do risco, estabelecendo-se como uma espécie de estratégia das sociedades do risco. Com efeito, o adjetivo atuarial deriva dos contratos de seguro, tecnologia que se especializa nos potenciais de riscos e a forma de afrontá-los. Logo, no sistema penal, com o objetivo de se combater “carreiras criminais” ou “classes perigosas”, é fundamental estabelecer o perfil do perigo ou risco que se quer debelar (SWAANINGEN, 2011. p. 279-284). Por outro lado, a justiça atuarial aproveita-se dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela sociedade contemporânea, como as transações financeiras internas/externas pela internet, as páginas da web, os *mails* transmitidos, os satélites, as câmaras de vigilância e demais registros (médicos, policiais, laborais), para estabelecer um controle mais intenso e difuso, que, no limite, possibilita ampla informação acerca das fontes de risco. As infrações penais, sob tal ótica, são avaliadas pelo seu potencial de perigo, fundando um modelo de uma ordem moral baseada no direito fundamental à segurança e de redução dos fatores de risco. A sociedade já não mais se legitima em uma lógica positiva de inclusão social em prol da consecução do bem-estar social. Ao contrário, a sociabilidade orgânica da sociedade funda-se no medo e no anseio por segurança estritamente ligada à violência e à criminalidade. O que se busca é o controle, que assume ares de uma nova penologia, já que o temor se transforma na base da ação racional. Nesse cenário, retornam, de forma mais aguda, os velhos problemas do Direito Penal, destacadamente a seletividade e a estigmatização (SWAANINGEN, 2011. p. 279-285).

No atuarismo criminológico, as decisões são tomadas com base na análise custo-benefício, ou seja, buscando-se a orientação mais eficiente para gerir a sociedade, cuja ordem moral, como

já notado, é reduzir os riscos e combater seus fatores, especialmente os inimigos ou classes perigosas. Adota-se a tendência de governar pelo crime (SIMON, 2011, p. 31 e ss), expulsando, da sociedade, os não integráveis ou consumidores falhos, até porque é o mercado quem determina, em grande parte, as ações do Estado. Portanto, nesse modelo, só estão efetivamente protegidos os participantes ativos da sociedade do consumo. Sob tal orientação criminológica, o crime é visto como um mal sem cura, que deve ser administrado de forma eficiente, isto é, com a redução dos custos. Efetivamente, a justiça atuarial se apresenta como um poder completamente biopolítico (FOULCAULT, 2008)¹²⁴, um controle total sobre o corpo do criminoso. Como consequência, a pena assume contornos intimidatórios e neutralizantes; o controle não se dirige a indivíduos concretos, mas se projeta sobre grupos sociais que, nas formas de cálculo e gestão, são relacionados como grupo de risco e propensos à prática de delitos. Vejam-se, por exemplo, o controle sobre o imigrante (LYRA, 2013), as fronteiras, a livre movimentação das pessoas e o acesso restrito a determinados lugares, como condomínios, locais privados, com graves prejuízos à cidadania, pois há um redesenho da cartografia das cidades e a difusão de uma crescente sensação de insegurança coletiva (INNERARITY, 2009. p. 149 e ss) fruto da expansão temporal e espacial do controle, que acaba por induzir a cidadãos a responsabilidade de garantir a segurança e a luta contra a criminalidade, menosprezando o monopólio estatal, peculiar à sociedade da disciplina. Logo, a exclusão social é percebida como um problema insuperável e que deve ser normalizado pelo controle penal, dando causa à consolidação de elementos de emergência e excepcionalidade penal na luta de todos contra o crime. (BRANDARIZ GARCÍA, 2007. p. 37-38 e 80-89; BERGALLI, 2009. p. 611-626).

No limite, o controle atuarial corresponde à proposta de “administrativização” do sistema penal, o que implica a perda da centralidade simbólica da condição humanizadora da política criminal, na medida em que os investimentos das políticas são direcionados, agora, para expansão da tecnologia a fim de ampliar o controle das pessoas catalogadas como grupos de risco (BERGALLI, 2003. p. 60-61). Sob esse aspecto, o atuarismo penal, como estratégia de política criminal, encontra terreno fértil na caracterização atual da sociedade como “sociedade de risco”^{125,126} ou “sociedade do medo”, o que gerou amplas consequências no âmbito da realidade social, ampliando, sobremaneira, a sensação de insegurança, que, em grande percentual, foi decodificada como temor à criminalidade (BRANDARIZ GARCÍA, 2007. p. 80-81).

124 Para ESPOSITO (2006. p. 15-22), a origem do termo biopolítica remonta o século passado, surgindo com a modernidade, idade em que a ideia da autoconservação do indivíduo recebe uma preocupação central. Corresponde ao ingresso da *zoé* (vida natural) na esfera da *pólis*, com a politização da via nua. Assim, a política penetra diretamente na vida, daí o porquê de Esposito, socorrendo-se dos ensinamentos foucaultianos, referir-se ao fato de que a biopolítica tem a ver com a crescente implicação da vida natural nos mecanismos de poder e controle estatal (arte de governar a vida). Importa a leitura, também de AGAMBEN (2007. p. 15-17 e 127-128). Conforme Agamben, o trunfo do capitalismo não seria possível sem o controle disciplinar efetuado pelo biopoder, criando os corpos dóceis de que necessitava.

125 Os contornos da sociedade do risco são fornecidos por BECK (2006) e LUHMANN (2006).

126 Ver PRITTWITZ (2003. p. 259-287). Com efeito, na sua análise do tema do Direito Penal na sociedade do risco, Prittwitz adverte que sua reconstrução se aproxima dos postulados luhmannianos (apartando-se do diagnóstico de Beck, que o autor define de político-catastróficas) para aduzir que o denominado Direito Penal do risco, longe de conservar seu caráter fragmentário, converteu-se em um controle expansivo. Por outro lado, o termo expansivo, para Prittwitz, tem um significado tridimensional, isso pela acolhida de novos candidatos no âmbito de bens jurídicos (como o meio ambiente, mercado de capitais, saúde pública); o adiantamento das barreiras de proteção e punição (crescimento dos crimes de perigo, notadamente abstratos) e redução das exigências de provabilidade rumo à adoção do modelo de periculosidade, conduzindo ao que Prittwitz cunha como “una revitalización de la creencia en la fuerza conformadora de costumbres del Derecho Penal”. Em uma palavra, para o referido doutrinador, o sistema penal, sob os influxos da sociologia do risco, é funcionalizado à busca de segurança subjetiva. (PRITTWITZ, 2003, p. 262-263). A análise crítica de tal funcionalização do Direito Penal é oferecida pela escola de Frankfurt, na obra coletiva *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. Consultar, nesse particular, LYRA (2012).

Em suma, a tecnocracia penal do atuarismo tem sua gênese nos postulados da sociedade do risco, bem como na complexidade e incerteza provocadas pelos avanços tecnológicos capitaneados pelo sistema capitalista pós-industrial, culminando na consolidação do modelo da sociedade da “segurança sentida” (BAUMAN, 2007, p. 167). E, para debelar essa onda de insegurança, midiaticamente¹²⁷ (HOMMERDING, 2014), traduzida em termos de aumento de crimes, cumpre ao controle penal o gerenciamento dos grupos de risco e classes perigosas. Dessa maneira, o controle centra-se em grupos sociais ou em determinadas categorias de sujeitos, que, por sua posição social, representam risco à segurança cognitiva da população¹²⁸. No limite, passa-se à gestão e ao controle de determinados grupos, aos quais se dirige a vigilância, a incapacitação e a intimidação. O indivíduo só tem relevância se puder ser catalogado em algum grupo e estatística de risco. Abandona-se o argumento de responsabilidade e capacidade de entendimento entre os sujeitos em favor de um discurso sobre o risco e fatores do risco. Enfim, o controle despersonaliza-se, dirigindo-se ao ambiente e coletiviza-se (DE GIORGI, 2005, p. 70-71).

Nesse passo, razão assiste a Brandariz García quando anota que o atuarismo penal aparece como uma tese que outorga certa racionalidade neoliberal e neoconservadora na forma de afrontar os problemas da criminalidade, já que, valendo-se de uma “justiça expressiva”, se orienta, tão só, à minimização das sensações sociais de insegurança, revelando-se, por outro lado, incapaz de orientar e ressocializar (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 81).¹²⁹

O problema da prática atuarial é que ela não se organiza sob uma lógica inclusiva, mas, sim, segue o pensamento de que deve excluir da sociedade segmentos irrecuperáveis da sociedade (não pessoas), que devem ser geridos, da maneira mais econômica possível (racionalidade gerencial), com o abandono da ideia da ressocialização (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 82-89)¹³⁰. Emerge, de forma central, um controle intenso, debitado aos avanços das tecnologias de vigilância, com o objetivo de controlar grupos de risco (inimigos internos e externos), tidos como irrecuperáveis (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 15-63)¹³¹.

A criminologia do reconhecimento: apontamentos a partir da teoria do reconhecimento de Honneth

Na obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Honneth (2003) assume a tarefa de apresentar uma crítica social, ampliando o conhecimento sobre as atuais

127 Ver VIRILIO (2011, p. 40-43). Na lição de Virilio, na atualidade, está-se frente à ameaça da desmesura de uma “democracia da emoção”, isto é, de uma emoção coletiva, sincronizada e globalizada, que, como um “ácido”, ameaça dissolver a democracia de opinião pública, em benefício de uma emoção coletivista instantânea, abusada, de forma intensa, pelos predicadores populistas, que constitui uma verdadeira arma de destruição massiva da realidade (perspectiva “dromológica” de aceleração da realidade dos fatos), ilustrada pelo pós-guerra do Iraque.

128 Como diz ANITUA, (2011, p. 104-1050, na ausência de uma utopia reeducativa, o cárcere sobrevive hoje como um lugar em que se reduzem os riscos. Cuida-se (a prisão) de uma máquina que não tem que fazer nada, que não cria, nem transforma. Na sua essencialidade, o cárcere do século XXI busca a exclusão dos incapacitados seletivos.

129 Nesse sentido, a doutrina de SAANINGEN, (2011, p. 333-350). Conforme Saaningen, o controle penal, sob a lógica atuarial, encontra-se baseado na evolução do risco, e não mais nos princípios penais tradicionais, na medida em que a coerção penal se transmudou em uma estratégia política das sociedades de risco, o que significa que o controle não mais se encontra orientado por ideais políticos, senão pela lógica negativa de eliminar os riscos do desenvolvimento tecnológico. Por outro lado, ainda, segundo o autor, o atuarismo corresponde a uma sociedade em que a sociabilidade não se refere a vínculos positivos de inclusão e solidariedade, mas, sim, que se baseia no medo líquido.

130 VIRILIO (2011, p. 80), denomina esse “grande encerro” (teste da globalização) de uma informação “metageofísica” planetária, característica de uma “Foreclusão”.

131 No dizer de ANITUA (2011, p. 92 e ss) o “controle punitivo selvagem” atual, que ampliou, sobremaneira, o sistema e população carcerária, não cumpre nem declama funções correccionais, senão que se converteu em um mero espaço custodial. E a ino-cuição constitui-se no mais severo exemplo das autênticas “fábricas de exclusão”, que se tornaram as prisões contemporâneas.

formas de poder e de dominação social que bloqueiam a comunicação, revisitando a dialética da ilustração. Partindo de percepções de injustiça, de sentimentos de desprezo em face do não reconhecimento que prepondera na irracionalidade da moderna sociedade capitalista, o autor expõe o modelo teórico-normativo de uma luta moralmente motivada por reconhecimento, com base nas teorizações de Hegel e de G. H. Mead. Na luta pelo reconhecimento, Honneth institui o caráter normativo de sua teoria da sociedade e de sua eticidade, baseado em condições intersubjetivas de integridade pessoal e de reconhecimento intersubjetivo para dar conta das patologias da sociedade contemporânea e da possível naturalização das experiências de desrespeito e desprezo, matizadas pela indiferença da orientação econômica (MADUREIRA, 2009. p. 20-21; HONNETH, 2009. p. 51-116).

Para criticar a reificação e as práticas de desrespeito, Honneth entende que a história da sociedade e de seu sistema de direitos se dá a partir da pressão por ampliação das relações de reconhecimento. Assim, a luta por reconhecimento aproveita as mudanças experimentadas pela modernidade, notadamente do seu processo evolutivo social e moral na promoção dos direitos humanos e fundamentais, sendo recepcionada como uma espécie de pressão social que fomenta novas condições de participação social na formação racional da vontade pública sujeita, pois, a um permanente questionamento HONNETH, 2009. p.156).

No seu mister, Honneth, com acerto, acena para a história conflitiva da constituição dos direitos fundamentais HONNETH, 2009. p. 193). Diante disso, percebe-se que as condutas comunicativas e as formas de vida em sociedade estão entrelaçadas por pretensões recíprocas de reconhecimento, ou seja, a socialização intersubjetiva é orientada pelas experiências de sofrimento e indignação contra a falta de consideração e desprezo às pessoas. No seu projeto, Honneth defende a ideia de que as lutas são moralmente motivadas pelo modelo do conflito que impera na sociedade. Com base em uma versão materialista da luta pelo reconhecimento, trabalhando com a premissa básica de que a constituição do eu pressupõe um reconhecimento intersubjetivo recíproco e assumindo a teoria da intersubjetividade de Hegel, entende que, na sociedade moderna, existem formas distintas de reconhecimento (amor/direito/solidariedade), que importarão no grau de autonomia do sujeito, na medida em que o processo de formação de identidade passa pelo conflito intersubjetivo, cujo resultado será o reconhecimento ou não de suas pretensões.

O primeiro modelo, ou esfera, chamado de amor, com apoio na psicanálise, corresponde às relações que têm por objeto a natureza afetiva do indivíduo como um ser carente: compreende, portanto, todas as relações primárias ou ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, não se limitando às relações sexuais havidas entre pessoas, abarcando, além do amor, a amizade e, de forma prioritária, a família (HONNETH, 2003. p. 159 e ss). O reconhecimento, na esfera do amor, corresponde à primeira etapa do reconhecimento recíproco, pois é aí que os sujeitos confirmam, mutuamente, suas carências recíprocas (estado carencial e de total dependência com relação ao outro, como se dá entre a mãe e seu filho, desde os primeiros dias do nascimento), em uma experiência de dedicação amorosa em que um somente se reconhece no outro, face à completa dependência ao outro (*ser em si mesmo em outro*). Aqui, Honneth descreve a relação de dependência e cuidado da mãe com relação ao filho, o qual, a partir da dedicação amorosa da mãe, adquire confiança e segurança emocional (autoconfiança), fundamentais para sua autonomia e realização pessoal.

Em tal esfera do reconhecimento, há uma dependência absoluta que corresponde ao desenvolvimento infantil, na qual a mãe e o bebê se encontram em um estado de *relação simbiótica*, porque a dependência total da criança e a necessidade de atenção total por parte da mãe faz com que uma individualidade se encontre na outra em uma verdadeira unicidade (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/742/4211531002>>). Dessa forma, a criança, cuidada de maneira carinhosa e paciente pela mãe, adquire autoconfiança, capacidade de desenvolver, positivamente, sua autorrealização e autorrespeito indispensáveis à autonomia pessoal, tão cara a uma efetiva socialização e integração na vida pública¹³². Em síntese, na relação de reconhecimento na esfera do amor é que se prepara, segundo Honneth, o caminho para uma espécie de autorrealização em que os sujeitos alcançam uma confiança elementar em si mesmos; a segurança emotiva, que é produto do experimento de suas próprias carências intersubjetivas, forjando a base psíquica para o desenvolvimento de atitudes de autorrespeito, fundamentais a participação autônoma na vida pública (HONNETH, 2003. p. 177-178; SAAVEDRA, 2010. p. 103-105).

Já, no modelo de reconhecimento pelo Direito, conforme Honneth, só se pode chegar a uma compreensão do eu como portador de direitos quando se assume a obrigação de que o outro generalizado, parceiro da mesma organização social, é portador dos mesmos direitos (HONNETH, 2003. p. 179). Corresponde ao reconhecimento jurídico o respeito à autonomia da pessoa enquanto dotada de responsabilidade moral. Dizendo de outro modo, no reconhecimento recíproco do direito, há uma obrigação moral de identificar os outros membros da coletividade como portadores de iguais direitos, demonstrando atitudes de autorrespeito. Tais expectativas legítimas dos parceiros da interação social somente se revelam possíveis quando o Direito passou a ser informado por princípios universais em uma moral pós-convencional, submetendo-o às pressões de fundamentação, associadas à ideia de um acordo racional acerca das normas controversas (HONNETH, 2003. p. 179-181). Dessa forma, a integração social regrada pelo sistema jurídico implica que o procedimento para a produção das normas garanta o consentimento de todos os parceiros (situação ideal do pensamento de Habermas (2003. p. 113 e ss.), que pede manifestações livres e iguais para todos participantes do discurso), pois é isso que garante a capacidade de se decidir sobre questões morais controversas.

Logo, no reconhecimento pelo Direito, há uma reciprocidade em que todos obedecem à mesma lei, que é fruto do consenso, reconhecendo-se como pessoas capazes de decidir, com autonomia individual, questões controversas. Em síntese, nesse modelo, há, implicitamente, a exigência de reconhecer o outro como membro, com igual valor, de uma determinada coletividade política (HABERMAS, 2003. p. 189-191). Destarte, o sujeito somente possui reconhecimento jurídico quando dispõe de capacidade abstrata para poder orientar-se por normas morais, mas também, do acesso a bens materiais para tanto (HABERMAS, 2003. p. 193). Assim, somente a partir da edificação de direitos básicos fundamentais e de uma imputabilidade moral a pessoa humana passou a ser digna de respeito e reconhecimento. E por merecer respeito dos demais integrantes da coletividade ela pode respeitar a si própria (autorrespeito). Em conclusão, o sujeito experimenta o reconhecimento jurídico quando compartilha com todos os outros membros da coletividade, livre de constrições materiais e de forma autônoma, a formação discursiva da

¹³² Sobre o assunto consultar VIEIRA, (2012).

vontade geral (HABERMAS, 2003. p. 193-194).

Por fim, Honneth afirma que os sujeitos humanos necessitam, além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, de outra esfera que lhes permita uma referência positiva de suas aptidões concretas, a saber: a estima social, isto é, o reconhecimento da personalidade própria. Dessa forma, na esfera da estima social, os sujeitos encontram reconhecimento conforme o valor socialmente definido de suas propriedades concretas, de suas diferenças sociais ou propriedades particulares (HONNETH, 2003. p. 198-199). No âmbito da estima social, determinada por valores éticos que perpassam a sociedade, o pluralismo valorativo assume relevante papel na medida em que, com a abertura a novos valores, cria uma nova cultura que dá valor à biografia individual. Por outro lado, a consolidação do modelo da estima social (ou solidariedade), que avalia positivamente as propriedades individuais da personalidade de determinada pessoa, só se revelou possível, de igual sorte, com a passagem para a modernidade e consequente rompimento com uma ordem tradicional e hierárquica (fundada na posição social do indivíduo). Com efeito, na modernidade, a ordem social é submetida a um processo conflituoso, a um choque de culturas e novas orientações éticas, alterando-se a escala de valores da sociedade tradicional, abalando, portanto, certas convicções religiosas e metafísicas, fazendo surgir novas obrigações éticas (HONNETH, 2003. p. 200-203).

Sob essa ótica, a estima social, no curso das transformações ocorridas na sociedade, migra do estamento tradicional para uma relação jurídica que consagra o valor da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, garantindo, portando, o direito à diferença. Na medida em que a pessoa é o centro, deve ser garantida a proteção jurídica de sua reputação social; afinal, nas palavras de Honneth, “uma pessoa só pode se sentir valiosa quando se sabe reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais” (HONNETH, 2003. p. 206-210).

Por outro lado, a tais modos de reconhecimento, Honneth opõe três formas de desprezo ou de desconsideração, que sintetizam a ausência de reconhecimento: 1) ausência da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima (causada pelos maus-tratos e ofensas à integridade física); 2) privação/exclusão de direitos e; 3) humilhação/degradação. Com efeito, os maus-tratos físicos infligidos ao sujeito ferem sua confiança advinda do amor e da dedicação afetiva, provocando a morte psíquica do sujeito. Já na privação dos direitos, há um rebaixamento que despe a pessoa do autorrespeito moral, pois não é reconhecida pelos parceiros da integração social, excluída de qualquer pretensão social e sem reconhecimento como membro de igual valor em determinada comunidade. Por isso, a privação de direitos e exclusão social limitam a autonomia pessoal e a própria ideia de associação, correspondendo à morte social. Por último, quando há um rebaixamento do valor social de determinados indivíduos ou grupos sociais, tem-se a ofensa/degradação, violando-se a dignidade da pessoa. (VIEIRA, 2012, p. 223-226).

O atuarismo criminológico e as suas práticas reificantes: o desrespeito, a violação e a privação de direitos como expressões da negação do reconhecimento elementar

O desrespeito e a reificação constituem conceitos negativos que não só representam, no pensamento de Honneth, uma injustiça, pois privam os sujeitos de sua liberdade de ação, ou infligem danos, mas também ferem as pessoas na compreensão de si próprias. Efetivamente, trata de hipóteses de vulnerabilidade do outro como ser humano, identificadas nos conceitos de

desrespeito ou negação do reconhecimento. Com efeito, a autoimagem normativa de cada ser humano depende, conforme a lição de Honneth, de um resseguro constante no outro (HONNETH, 2003. p. 206-210).

A negação do reconhecimento experimentada, afetivamente, pelos sujeitos humanos pode acarretar, no plano motivacional, impulso para a resistência social e para o conflito. Nesse particular, a versão positiva da criminalidade denunciada pela criminologia¹³³ constitui um exemplo significativo, porque o sofrimento humano, a tortura e as violações, acompanhados de práticas que os legitimam, traduzem-se num dramático colapso da confiança do sujeito, que impede sua autorrealização no ambiente de determinada sociedade. Da mesma forma, a privação de direitos, aqui incluída a exclusão social, traduz-se em um rebaixamento moral, que afeta o autorrespeito moral, porque a negação de pretensões jurídicas, socialmente, relevantes (expectativas normativas) significa uma defraudação na expectativa intersubjetiva do sujeito de ser reconhecido como alguém dotado de igual autonomia moral (isto é, parceiro na interação social) (HONNETH, 2003. p. 216)..

Na mesma linha, uma valorização negativa conferida a certos indivíduos ou grupos sociais (como negros, pobres, gays, delinquentes), negando-lhes valor social, caracteriza-se como ofensa ou degradação, inviabilizando a autorrealização no plano cultural da sociedade. Representa, efetivamente, o desprezo por algumas formas de vida, recepcionadas como marginalizadas e abatidas (HONNETH, 2003. p. 217-218).

Em suma, tais violações são fonte daquilo que Honneth denomina de *patologias sociais*, que, somente, podem ser combatidas com a garantia social da primazia do reconhecimento. Elas desvelam o conflito que perpassa a luta pelo reconhecimento, visto que são fonte de ira, violência e resistência política, enfim, reações emocionais negativas de vergonha que estão no cerne do conflito e das patologias sociais decorrentes da ausência do reconhecimento intersubjetivo (HONNETH, 2003. p. 219-224). Nesse quadro desolador, informado por uma violência sem precedentes, uma questão filosófica impele o retorno ao tema da reificação, mormente pela economia da vida cotidiana (sociedade do espetáculo do consumo, fetiche das mercadorias), em que os habitantes da terra tendem a observar e tratar seus semelhantes como coisas inanimadas ou meros objetos, numa verdadeira prostituição das vivências e convicções sociais, peculiares a uma sociedade cunhada como líquida, que se especializou em excluir e instrumentalizar certas categorias de pessoas tratadas como coisas (HONNETH, 2007, p. 13-14). Nesse particular, Honneth, na sua obra sobre reificação (HONNETH, 2007. p. 12-25)¹³⁴, intenta reconstruir o conceito com fundamento nos ensinamentos de Georg Lukács, centrando seus estudos em alguns conceitos nucleares da obra de Karl Marx, como o de alienação, reificação ou fetichismo, os quais, segundo Honneth, servem para expressar equívocos ou patologias do pensamento atual e dos próprios sujeitos socializados. E, a fim de dar conta da perda das habilidades humanas e do surgimento de um pensamento falsificado e reificado, na sua empreitada, mantém certo afastamento da teorização de Lukács, na medida em que define o intercâmbio de bens na sociedade capitalista como a causa central da propagação da reificação. Esse intercâmbio subverte o agir

133 Consultar DIAS; ANDRADE (1997. p. 153 e ss).

134 Conforme Honneth, foi Georg Lukács quem, mediante recompilação dos estudos de Marx, Weber e Simmel, forjou um conceito-chave de reificação para dar conta das patologias do sistema capitalista, afirmando que, na prática reificante, uma relação entre pessoas adquire um caráter coisificado.

comunicativo, uma vez que as pessoas, seguindo orientação mercantilista, passam a se orientar, de forma egoísta, na busca do lucro econômico, tratando o outro como um objeto ou coisa, potencialmente, aproveitável em termos econômicos (HONNETH, 2007, p. 23-31).

No entendimento de Lukács, a reificação, que não se confunde com uma quebra de normas morais, apresenta-se como um hábito, costume (prática indolente, observadora e descomprometida), uma conduta difundida nas sociedades capitalistas, que socializou um sistema de conduta reificante e instrumental do outro (HONNETH, 2007, p.30-32).

Honneth, por sua vez, entende a reificação de forma mais abrangente, porque não a limita ao intercâmbio de mercadorias, concebendo-a como um conceito negativo, pressupondo, na sociedade, uma prática naturalizada, expressa em condutas e pensamentos, que não mais percebem, nas outras pessoas, as características que a tornam exemplares do gênero humano, tratando-as como uma coisa ou algo despido de habilidades humanas (HONNETH, 2008. p. 69-70). Dessa maneira, para o autor, a reificação, no sentido sócio-ontológico, constitui-se numa prática que atenta contra as condições elementares que estão na base do discurso moral: uma ofensa aos pressupostos necessários do mundo da vida (HONNETH, 2008. p. 70-71). Para Honneth, a reificação não se limita à hipótese de instrumentalização ou coisificação do homem pelo sistema capitalista, que coloniza o mundo da vida, como quer Lukács. Conforme o autor, a reificação brota da ausência de reconhecimento, porque, na relação do ser humano com o mundo circundante, o reconhecer vem antes do conhecer, que corresponde ao reconhecimento elementar esquecido pelos sujeitos (HONNETH, 2003. p. 94-96). Assim, a rebelião e a resistência social surgem da defraudação das expectativas de reconhecimento, formando a base motivacional do conflito, na qual as experiências individuais de desrespeito são interpretadas como vulnerabilidades do grupo inteiro, representando, dessa forma, os sentimentos coletivos de injustiça (HONNETH, 2003. p. 257-258).

Em síntese, a reificação, na lição de Honneth, advém da ausência da adoção da perspectiva do outro ou do reconhecimento elementar, uma vez, que sem a experiência do outro não há condições de dotá-lo de valores morais, tampouco há condições para poder apropriar-se de tais valores (HONNETH, 2003. p. 73). A atualidade do conceito de reificação surge da tendência destrutiva que tem orientado a sociedade atual, que, no seu genocídio industrializado, não mais reconhece o outro na sua humanidade, mas, sim, como um adversário, um ser inanimado e coisificado, um inimigo que deve ser eliminado e combatido (HONNETH, 2003. p. 77-78).

Algumas considerações

A capacidade de sofrer com a dor alheia é condição normal do ser humano, não sendo de sua natureza infligir dor ao seu semelhante. Portanto, deveria haver, na humanidade, um comprometimento moral com a sorte do outro, reconhecendo-o como igual parceiro na vida social (SAAVEDRA, 2010. p. 97). Revela-se dramático que, sob influxos da atual sociedade do espetáculo do consumo, o outro já não é mais visualizado na sua humanidade como igual sujeito de direitos; ao contrário, impera na sociedade moderna um pensamento bárbaro, uma espécie de neotribalismo, que permite ao homem aniquilar e humilhar outros homens em nome da razão racial, social ou econômica. É o terreno fértil para as práticas reificantes, espaço em que se firma nefasta aliança com o mercado, desviando os recursos do conhecimento para escravizar, em escala industrial, a humanidade, dando-lhe a morte.

Efetivamente, as luzes não foram capazes de dissipar as pesadas brumas das manhãs primitivas que impediam os selvagens e os bárbaros, mergulhados no embrutecimento ou na crueldade, apreendessem sua própria humanidade (MATTÉI, 2002. p. 39-41). A barbárie é naturalizada, e o homem, despido de seus direitos fundamentais intersubjetivos. Tal constatação se efetiva no ambiente do controle penal, no pensamento indolente de leis que maximalizam a eficiência em detrimento das garantias, em orientações criminológicas informadas pelo emergencialismo e excepcionalidade penal, desaguando no denominado Direito Penal do inimigo¹³⁵.

Com efeito, nesse estado da arte, em que a relação entre pessoas assume o caráter de uma relação entre objetos (LUKACS, 1974, p. 97), num processo de degradação do próprio ser humano, assiste-se a um entorpecimento da humanidade, em que as coisas encobrem as relações humanas (MENEGAT, 2012. p. 169-170). No campo do controle penal, as práticas reificadas são traduzidas na naturalização do processo de desumanização implementado pela justiça atuarial, dado que nega, aos criminosos e desviantes, prévio reconhecimento elementar do direito, porque são catalogados como meras fontes de perigo, que devem ser combatidos com o menor custo possível, privando-os de qualquer intervenção inclusiva. Enfim, sob auspícios do atuarismo penal, o saber criminológico é relegado à função de gerir e controlar grupos de risco, não detendo mais a intenção de identificar e combater as causas sociais da criminalidade.

Detectam-se, em tal pensamento, as patologias sociais, que, na lição de Honneth¹³⁶, vêm exemplificadas na deterioração das capacidades racionais dos membros da sociedade, que intensificam, com pensamento rígido e inflexível, uma socialização aferrada em termos de direitos subjetivos negativos, a saber: da liberdade individual, especialmente a propriedade privada e a segurança, deixando-se de se implementar a versão positiva dos direitos sociais e econômicos. Dessa forma, o controle social baseia-se na coerção e exclusão (DUNKER, 2015, p. 186 e ss.) Não se atenta para o fato de que o controle penal possui caráter postergante dos demais direitos, porque a segurança não se limita à questão da criminalidade, comportando, também, a segurança de direitos positivos ou de ações afirmativas. Opta-se, para brindar a sociedade com mais segurança, por excluir da vida social, grupos e classes sociais que não mais integram os sistemas prestacionais do Estado, impondo-se uma mera estabilização jurídica às avessas.

Abandonam-se ou relegam-se para um segundo plano as obrigações mútuas indispensáveis para uma vida social, provocando um isolamento social que, no limite, chega à radicalização da luta entre o bem e o mal. Nesse particular, razão assiste a Aniyar de Castro (2009, p. 265-291), quando alude que as atuais políticas criminais regressivas (ou contrarreforma humanística do sistema penal) remetem ao conceito de Sociedade do Risco, uma vez que, em tal momento, medos, ansiedades, além da pobreza e riscos extremos, passam a ser administrados pelo controle formal dos estados, intensificando o estereótipo do ruim e do perigoso, trazendo a matéria atuarial para o campo do Direito Penal. O crime, nesse contexto, segundo a referida autora, passa a ser um valioso recurso de entretenimento televisivo e cinematográfico, levando a uma verdadeira involução do sistema penal. Veja-se no cenário brasileiro a questão da proposta de redução da maioria penal, que voltou à cena legislativa, sem o devido debate criminológico. Ora, em vez de se melhorarem os sistemas de proteção das crianças e dos adolescentes e de suas

135 Ver, por todos, JAKOBS, (2004. p. 54-64), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006. v. 1 e v. 2.

136 Consultar HONNETH (2014, p. 119-129). Ver, do mesmo autor, *La sociedad del desprecio*. (2011. p. 139-141).

famílias (essencial para o reconhecimento na esfera do amor, o que passa, inclusive, por uma mudança cultural de valorização do trabalho doméstico da mulher), decide-se a favor de políticas repressivas, de duvidosa efetividade, que em nada alteram a situação, mas atendem aos interesses do populismo cínico. O mesmo pode ser dito com relação à violência contra a mulher, uma vez que a lei penal (e, na pior versão, o feminicídio), não vem acompanhada de políticas públicas de proteção à mulher, tampouco de uma necessária mudança cultural da mulher, livre de violência, resumindo a ação política no simbolismo do controle penal (ANIYAR DE CASTRO, 2009, p. 265-291).

Em suma, em tempo de práticas reificantes, legitimadoras de segregações violentas, é necessário que se retorne à questão filosófica da dialética negativa da ilustração, que está vocacionada a produzir vítimas, para jogar luz no debate criminológico, permitindo-se que se desvele o fato de que a cultura do capitalismo e sua indústria cultural promoveram verdadeiro retrocesso totalitário na política criminal do Estado. Isso levou os infratores, na estratégia atuarial, a uma condição de invisibilidade, sendo contemplados como meros objetos (ou como mera presença física sem qualquer valor social), instrumentalizados para se assegurar a tão almejada segurança, sem qualquer orientação à ideologia de tratamento/inclusão do infrator. Não é por acaso que o Direito passou a assumir funções bélicas e excepcionais, legitimando o uso dos termos guerra e luta na sua linguagem, o que pode ser vislumbrado na legislação de combate ao tráfico de drogas, ao crime organizado, aos crimes sexuais, ao terrorismo. Enfim, emprega-se uma legislação excepcional para combater os excluídos do pacto social; os inimigos, aqueles que não mais podem invocar os direitos do cidadão, que podem ser torturados e violentados (GREGO, 2009, p. 08-40), coisificados em prol da segurança. Olvida-se que o ser humano, inclusive o delinquente, não pode ser tratado como coisa e ser exposto a situações degradantes, tampouco pode lhe ser negado o reconhecimento jurídico, porque o reconhecer precede o conhecer, direito fundamental do ser humano.

Nesse passo, a criminologia, partindo dos ensinamentos de Honneth e Saavedra, centrada na dimensão antropológica do reconhecimento, procura desvelar a forma perversa da reificação, iluminando o fenômeno criminológico, assentando que o crime, como fenômeno social que é, muitas oportunidades deve ser visto como uma luta por visibilidade. Tal pensamento criminológico pode explicar, por exemplo, o porquê do aumento da criminalidade por parte dos adolescentes, analisando a forma como estão sendo tratados na atualidade pela família, pela escola, pela sociedade, bem como os processos de socialização premidos pela violência (FEBEM, FASES). A criminalidade não pode ser enfrentada somente pela punição e cárcere, merecendo tratamento preventivo (SAAVEDRA, 2010. p. 98). O mesmo pode ser dito com relação ao sistema prisional brasileiro, no qual a ausência de reconhecimento pelo direito tem fomentado a ira, a rebelião e resistência política, chegando à criminalidade organizada. No limite, parece que o germe social dos conflitos está na negação de reconhecimento, que tem provocando ressentimentos e violência.

Nesse dramático quadro de radical exclusão, revela-se a necessidade de se reafirmar o enfoque materialista do reconhecimento, o qual, aliado à criminologia crítica ou radical¹³⁷, pode

137 Conforme SWAANINGEN (2011. p. 311-312), com base nos postulados da criminologia crítica, é imperioso que se reconheça que o controle de crimes está ligado a prioridades e eleições políticas, como, por exemplo, as políticas sobre pobreza, saúde pública, moradia etc., a fim de se evitar a xenofobia, que é alimentada pelo pânico moral, reafirmando-se o

dar corpo a uma criminológica reflexiva que pautasse seus questionamentos acerca da criminalidade, enfrentando as estruturas sociais, econômicas e políticas (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1973, equivalentes epistêmicos para a busca de uma sociedade incluyente e mais igualitária, centrada em princípios distributivos (ROBINSON, 2012) da dor penal, notando-se que a proteção do cidadão dos abusos do Estado constitui elemento crucial de um ideal de justiça que leve a sério os direitos humanos como uma ética pós-moderna¹³⁸ ou uma ontologia do corpo (BUTLER, 2010. p. 13-57).

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Castigo, cárceres y controles**. Buenos Aires: Didor, 2011.
- ANIYAR DE CASTRO, Lolita. La criminología crítica em el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y contra-reforma humanística o “las teorías criminológicas no son inocentes”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 76, p. 265-291, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores**. Tradução de Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BAUMANN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro e Outros. Barcelona: Paidós, 2006.
- BECK, Ulrich. Viver a própria vida num mundo em fuga: individualização, globalização e política. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). **No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global**. São Paulo: Record, 2004. p. 235-348.
- BEIRAS, Iñaki Rivera. História y legitimación del castigo. In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 83-133.
- BERGALLI, Roberto. Crimicons o de cómo el fundamentalismo há pervertido el conocimiento criminológico. In: SCHÖNE, Wolfgang (Coord.). **El orden jurídico-penal entre normativa y realidad**. Corrientes: Mave, 2009. p. 611-626.
- BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-juridicas. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82.
- BERGALLI, Roberto. Sistema penal y exclusión social: deterioro y perversión em y para el Estado de derecho? In: SCHÖNE, Wolfgang (Coord.). **El orden jurídico-penal entre normativa y**

fato de que interesses (notadamente econômicos) governam os processos de criminalização e a construção “dos inimigos adequados”.

¹³⁸ O que é defendido por BAUMAN (2011).

- realidad.** Corrientes: Mave Mario A Vieira, 2009. p. 107-134.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In: CABANA, Patricia Farando (Dir.). **Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización.** Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 15-63.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión:** el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007.
- BUTLER, Judith. **Marcos de guerra:** las vidas lloradas. Tradução de Bernardo Moreno Carillo. Buenos Aires: Paidós, 2010. p. 13-57.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Volume I e II. Montevideo-Buenos Aires, IBDEF, 2006.
- CASTEL, Robert. **Discriminação negativa:** cidadãos ou autóctones. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008.
- CASTEL, Robert. **El ascenso de las incertidumbres:** trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- CASTEL, Robert. **La inseguridad social:** que es estar protegido. Buenos Aires: Manatíal, 2004.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** 5. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.
- CASTELLS, Manuel. Tecnologia da informação e capitalismo global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). **No limite da racionalidade:** convivendo com o capitalismo global. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004. p. 81-111.
- CASTELS, Robert. **El ascenso de las incertidumbres:** trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C. Silveira (Org.). **Identidades comunitárias y democracia.** Barcelona: Trotta, 2000. p. 127-146.
- DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia:** postfordismo y control de la multitud. Tradução de José Ángel Brandariz García e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.
- DE GIORGI, Alessandro. **Tolerancia cero:** estrategias y prácticas de la sociedade de control. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005.
- DELEUZE, Gilles. **Conversações.** Tradução de Peter Pal Pelbart. São Paulo: 34, 2008.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault.** Barcelona: Paidós, 1987.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil mesetas, capitalismo y esquizofrenia.** Tradução de José Vázquez Pérez. 8. ed. Valência: Pré-textos, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminológica.** Coimbra: Coimbra, 1997.
- DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma.** São Paulo: Boitempo, 2015.
- DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso ou progresso como ideologia.** São Paulo: UNESP, 2006.
- ESPOSITO, Roberto. **Bíos, biopolítica y filosofía.** Buenos Aires: Amorrortu, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 2. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber.** Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de

Janeiro: Forense, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da bipolaridade**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Sobre la ilustración**. Tradução de Javier de la Higuera, Eduardo Bello e Antonio Campillo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones**. Madrid: Alianza, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramalhe. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-191.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GREGO, Luis. As regras para a busca detrás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 78, p. 08-40, maio/jun. 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: BAUDRILLARD, Jean et al. (Org.). **La posmodernidad**. Barcelona: Kairós, 2006. p. 19-36.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social**. Tradução de Adail Ubirajar Sobral e Maria Stela Gonçalves. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. São Paulo: Vozes, 2005. v. 1.

HINKELAMMERT, Franz. La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización. In: VÁSQUEZ, Guillermo Hoyos (Comp.). **Filosofia y teorías políticas entre la crítica y la utopia**. Buenos Aires: CLACSO, 2007. p. 179-197.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

HONNETH, Axel. **Crítica del agravio moral: patologias de la sociedad contemporánea**. Tradução de Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática**. Tradução de Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014.

HONNETH, Axel. **La sociedade del desprecio**. Tradução de Francesc J. Hernández et al. Madrid: Trotta, 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. **Civitas**, Porto Alegre, v. 08, n. 1, p. 69-70, jan./abr. 2008.

- HONNETH, Axel. **Reificación**: un estudio em la teoria del reconocimiento. Tradução de Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.
- INNERARITY, Daniel. **A sociedade invisível**: como observar e interpretar as transformações do mundo actual. Tradução de Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009.
- JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 54-64.
- JAMESON, Frederic. Posmodernismo y sociedad de consumo. In: HABERMAS, Jürgen et al. **La posmodernidad**. Barcelona: Kairós, 2006. p. 165-186.
- LEWKOWICZ, Ignacio. **Pensar sin estado**: la subjetividad em la era de la fluidez. Barcelona: Paidós, 2004.
- LIPOVETSKI, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUKACS, Georg. **História e consciência de classe**. Porto: Escorpião, 1974.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.
- LYRA, José Francisco da Costa. Imperialismo e divisão do trabalho. **Direito em Debate**, Ijuí, n. 23, p. 25-49, jan./jun. 2005.
- LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 95, p. 239-271, mar./abr. 2012.
- LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração**: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.
- MADUREIRA, Miriam Mesquita Sampaio. Introdução a obra **Crítica del agravio moral**: patologias de la sociedade contemporánea. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- MAFFESOLI, Michel. **Notas sobre a pós-modernidade**: o lugar faz o elo. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004.
- MATTÉI, Jean-François. **A barbárie interior**: ensaio sobre o i-mundo moderno. Tradução de Isabel Maria Loureiro. São Paulo: UNESP, 2002.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário. Tradução de Sérgio Lamrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- NOVAES, Adauto (Org.). Crepúsculo de uma civilização. In: NOVAES, Adauto. **Civilização e barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 07-18.
- OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- ORTEGA Y GASSET. **La rebelión de las masas**. Madrid: Alianza, 2009.
- PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MERTÍN, Adán Nieto (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de si-**

- glo. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 259-287.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. Los nuevos modelos penales de intervención securitária. In: RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali (Coord.). **Cuestiones de política criminal em los tiempos actuales**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 221-253.
- ROBINSON, Paul H. **Principios distributivos del derecho penal**: a quien deve sancionarse y em qué medida. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. Tradução de Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 2004.
- SAANINGEN, René Van. **Perspectivas europeas para una criminología crítica**. Tradução de Silvia Susana Fernandez. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2011.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídicos contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. p. 90-106.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Civitas - Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 1, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/742/4211531002>>. Acesso em: 27 ago. 2014.
- SIMON, Jonathan. **Gobernar a traves del delito**. Tradução de Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.
- SLOTEDIJK, Peter. **El desprecio de las masas**: ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna. Tradução de Garmán Cano. Valência: Pre-textos, 2005.
- SWAANINGEN, René Van. **Perspectivas europeas para una criminología crítica**. Tradução de Silvia Susana Fernandez. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **The new criminology**. London: Routledge, 1973.
- TODOROV, Tzvetan. **Es espíritu de la ilustración**. Tradução de Noemí Sobregués. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2008.
- TOURAINÉ, Alain. **Un nuevo paradigma para comprender el mundo hoy**. Tradução de Agustín Tobajas y María Tabuyo. Barcelona: Paidós, 2005.
- VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y emancipación: ética, política y derecho*. Barcelona: Paidós, 2004.
- VIEIRA, Gustavo José Correia. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 95, p. 223-226, mar./abr. 2012.
- VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico**: el afuera comienza aquí. Tradução de Lair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.
- WACQUANT, Loïc. **Los condenados de la ciudad**: gueto, periferias y Estado. Tradução de Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

POR UMA NOVA ESTRATÉGIA PARA O CONTROLE DA CORRUPÇÃO: CONSTRUINDO A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL PELA PRÁTICA DO SUBORNO

Luciano Vaz Ferreira¹³⁹

Introdução

Discutir corrupção faz parte do cotidiano brasileiro. O tema encontra-se onipresente tanto nos espaços públicos como nos mais íntimos, especialmente após as recentes investigações que acarretaram uma crise política sem precedentes. Apesar de a corrupção não ser uma novidade no Brasil, chama a atenção o envolvimento de empresas brasileiras líderes de mercado, acusadas de praticarem sistematicamente o suborno para obtenção de vantagens governamentais. O meio empresarial não é mais visto como apenas vítima de funcionários públicos gananciosos, mas protagonistas dos esquemas de corrupção. Nesse cenário, é possível identificar a implementação, por parte dos dirigentes das políticas anticorrupção, de uma nova estratégia para o controle do problema, que equaciona o peso da participação das empresas nessas práticas.

O objetivo principal do presente artigo é investigar o controle da corrupção pública na perspectiva do “cliente”, com ênfase na construção de uma responsabilidade empresarial pela prática do suborno. Como objetivos específicos, podem ser mencionados o estudo das possíveis origens, causas e consequências para o fenômeno do suborno. Em relação aos aspectos metodológicos, optou-se por uma revisão bibliográfica, de natureza exploratória, utilizando-se pesquisas nacionais e estrangeiras realizadas por juristas, cientistas sociais e economistas. Tal escolha adiciona ao trabalho elementos de interdisciplinaridade. A teoria de base escolhida para a pesquisa encontra fundamento nos escritos de dois professores norte-americanos, Robert Klitgaard e Susan Rose-Ackerman.

A pesquisa divide-se em três partes. Na primeira, o foco será nos aspectos conceituais do fenômeno da corrupção, de modo a diferenciá-la do suborno. Haverá também espaço para levantar a discussão sobre as possíveis origens históricas das práticas corruptivas. Na segunda parte, será realizada análise das principais causas do suborno e as formas de controle, com o objetivo de demonstrar a aplicação dos referenciais teóricos escolhidos. Por fim, na última parte, o enfoque estará na investigação sobre as relações entre o suborno público e as organizações empresárias, com objetivo de demonstrar a evolução da responsabilidade empresarial na produção de danos nas sociedades onde desenvolvem as suas atividades, no qual se inclui o suborno.

Conceito e origens da corrupção

A *Transparency International* (2008, p. 02) conceitua a corrupção como o “abuso de poder confiado para obter benefícios privados” (*the abuse of entrusted power for private gain*). A palavra “abusar” significa, neste contexto, usar algo de maneira indevida, em desacordo com as normas

139 Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais (UFRGS) com período de pesquisa na *American University* (Washington, D.C.). Mestre em Direito (UNISINOS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor Adjunto de Direito e Relações Internacionais na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (FURG). Advogado.

sociais estabelecidas. “Poder confiado” aplica-se a qualquer indivíduo que exerce um poder atribuído e reconhecido pela sociedade, não significando necessariamente um poder estatal. A expressão “para obter benefícios privados” refere-se ao desvio do uso do poder para satisfazer o “interesse pessoal” do indivíduo, em desrespeito ao interesse da coletividade.

É possível classificar a corrupção como “pública” quando há participação de um agente inserido na estrutura do Estado (“agente público”), ou “privada”, quando os praticantes do ato ilícito são exclusivamente oriundos do setor privado. É o caso, por exemplo, de um diretor de compras que recebe suborno para contratar fornecedor em condições pouco benéficas para a empresa que representa. Optou-se por retirar da análise essa modalidade, por conta da incipiência dos mecanismos de controle (poucas leis e casos resolvidos de maneira sigilosa, sem participação dos sistemas de justiça) (ARGANDOÑA, 2003, p. 254).

Outra diferença importante é a que existe entre a “pequena corrupção” ou “corrupção burocrática” e a “grande corrupção” ou “corrupção política” (ELLIOTT, 2002, p. 260). A corrupção burocrática nasce da interação entre servidores públicos de escalão inferior e os cidadãos em geral. É o caso de um médico de hospital público que cobra valores de consulta, ou o policial que extorque propina de uma pessoa para não aplicar penalidade. Podem ser classificadas como corrupção política as ações cometidas na alta hierarquia do governo que distorcem políticas públicas ou o funcionamento central do Estado, permitindo que esses líderes se beneficiem à custa do patrimônio público. Um Chefe de Estado que se beneficia de sua posição para extrair subornos em privatizações ou grandes projetos de infraestrutura enquadra-se no referido tipo. Essa modalidade de corrupção é comumente associada à ideia de “cleptocracia”, “quando líderes políticos, geralmente autocratas sem qualquer controle por um sistema de freios e contrapesos abertamente usam as instituições para enriquecerem de qualquer maneira possível” (MANZETTI; WILSON, 2009, p. 80).

Divide-se a corrupção em quatro tipos de atos. A “apropriação indébita” ocorre quando há desvio indevido de recursos públicos. A “patronagem” é a seleção de pessoa para um emprego ou benefício governamental levando em consideração apenas os seus vínculos políticos e demais conexões, em detrimento de qualificação ou titulação. O “abuso de funções” ocorre quando alguém viola seus deveres funcionais em favor do proveito próprio.

O artigo tem como foco o “suborno”, caracterizado como o uso de um incentivo para influenciar indevidamente o desempenho de pessoa que exerce função pública (NOONAN JUNIOR, 1989, p. xi; BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 291). Sua principal característica é a bilateralidade, a existência de um “pagador”, que realiza o “suborno ativo”, e de um “receptor”, que pratica “suborno passivo”. Aqui, não há importância na verificação da iniciativa do ato, trata-se de uma mera oferta do “pagador” ou uma exigência imposta pelo “receptor”.

O suborno pode ser classificado como “público” ou “privado”, de acordo com a natureza do “receptor”. Outra divisão corresponde a “suborno nacional”, “interno” ou “doméstico” e “suborno internacional” ou “transnacional” (DELANEY, 2007, p. 418). No primeiro, as transações são puramente domésticas, sem a presença de elemento estrangeiro. Na segunda, participam entidades empresárias que desenvolvem atividades em múltiplas jurisdições. O exemplo típico é de empresa que atua no exterior e suborna governo estrangeiro ou organização internacional para garantir seus interesses.

É impossível estabelecer com precisão as raízes do suborno, pois diz respeito a um fenôme-

no social presente em vários períodos da humanidade e em diversas culturas. O ato de “ofertar dádivas” (dar alguma coisa e receber reciprocamente algo em troca) sempre foi prática comum entre as comunidades arcaicas, servindo como mecanismo importante para criar relacionamentos que perpassam a estrutura da família e da tribo (MAUSS, 2003, p. 211; 294). Nas interações com as autoridades religiosas e governamentais (inicialmente indissociáveis), essa dinâmica também foi reproduzida, ainda que tenha surgido, gradativamente, a noção moral de repúdio às dádivas capazes de afetar o julgamento de quem as recebe. Noonan Jr. (1989, p. 9) menciona o “livro dos mortos” enterrado com Ani, tesoureiro real egípcio (séc. XIV a.C.). Em uma ilustração representando o julgamento após a morte, foram retratados alimentos ofertados aos deuses. A comida, contudo, encontra-se afastada de Anúbis, responsável pelo julgamento; o autor entende que esse pode ser um indício de que as ofertas não deveriam interferir nas decisões.

Kautilya, filósofo e cientista político hindu do séc. IV a.C., classificou 40 formas de corrupção dos servidores públicos e explicou como um sistema de fiscalização aleatória seguido de punições e recompensas pode prevenir essas atividades (SEN, 2010, p. 351). Entre os gregos, havia a palavra *doron* que significava “presente” ou “oferta”. O termo adquire o significado de “suborno” quando usado no contexto político. Dizer que alguém recebeu ou praticou suborno era uma ofensa. Platão (1997, p. 79), Aristóteles (2014) e Xenofante (2012, p. 100) falam negativamente dos casos de suborno. Cícero, jurista romano do séc. I a.C., relata em tom crítico um famoso julgamento de um membro da elite provincial por tentativa de homicídio, no qual houve uma série de subornos dirigidos às autoridades julgadoras (YONGE, 1852, p. 132).

Um exemplo claro de suborno durante a Idade Média diz respeito às vendas de indulgências pela Igreja Católica, prática duramente criticada pelo movimento protestante (séc. XVI). Representações literárias da época seguem o mesmo sentido, como a Divina Comédia, de Dante Alighieri, que colocou a alma dos corruptos para sofrerem eternamente no oitavo círculo do inferno. O advento do Estado Moderno não aboliu o suborno, de modo que era extremamente comum a venda de cargos no governo e a cobrança de valores indevidos pelos funcionários públicos como forma de compensar os seus baixos salários (FAORO, 2012, p. 199; WEHLING; WEHLING, 2000, p. 159). O Novo Mundo, no qual se inclui o Brasil, herdou os mesmos vícios do Velho. A dinâmica colonial parece ter potencializado o uso do suborno, graças à sua natureza predatória e à construção do mito da inaplicabilidade de preceitos morais europeus nas terras conquistadas, locais considerados propensos ao atraso cultural, à devassidão e à corrupção (ALAÍ, 2000, p. 887-888).

Causas do suborno e formas de controle

Registros históricos apontam que inicialmente não havia normas jurídicas e previsão de sanções para os praticantes de suborno; as acusações dessa prática possuíam o condão de apenas manchar as reputações dos envolvidos. Lindgren (1992, p. 1704) afirma que as primeiras legislações sobre o suborno datam dos séculos XIII e XIV no direito inglês. Os processos de codificação legislativa e o trânsito de modelos jurídicos fizeram com que vários países instituíssem em seus ordenamentos jurídicos proibições de tais práticas.

A aplicação efetiva dessas sanções, contudo, é um fenômeno muito mais recente. Apesar da existência das legislações, a corrupção foi, durante muito tempo, vista pelo mundo como um problema típico de sociedades subdesenvolvidas, inerente à degradação moral e cultural que

supostamente sofriam tais povos. Especificamente em relação aos latino-americanos, a corrupção era apontada como fruto da origem colonial, do clientelismo e do papel das relações familiares, da confusão entre público e o privado, das instituições democráticas jovens (TULCHIN; ESPACH, 2000, p. 10). Os círculos acadêmicos, dominados por norte-americanos e europeus, pouco tinham interesse em estudar a corrupção, considerada prática de terras longínquas e praticamente inexistente no mundo desenvolvido. Durante a Guerra Fria, o tema tornou-se um “tabu”, uma vez que muitos aliados do bloco ocidental eram cleptocracias (MORRIS; BLAKE, 2009, p. 05).

Somente a partir da década de 1990 houve uma mudança radical nesse posicionamento. Com o fim da Guerra Fria, vários estudos foram realizados com objetivo de descobrir como deveria ser a transição política e econômica em países periféricos. Pesquisas pioneiras realizadas no âmbito do Banco Mundial e por um grupo de estudiosos, destacando-se Susan Rose-Ackerman, Paolo Mauro, Robert Klitgaard, Vito Tanzi e Daniel Kaufmann, concluíram que a corrupção era um dos grandes obstáculos para o desenvolvimento nessas regiões (ALA’I, 2000, p. 903).

À época, não houve somente o aumento do número de países democráticos, mas um movimento generalizado pelo incremento na qualidade das instituições democráticas no mundo. Na “era da informação”, graças aos avanços tecnológicos produzidos no período, no qual se destaca a difusão da internet, a pressão pela transparência das ações governamentais aumentou consideravelmente (GLYNN, KOBRIN, NAÍM, 2002, p. 29). Os casos de corrupção passaram a ser facilmente disseminados, tornando-se difícil manipular a opinião pública, cada vez mais desconfortável com a impunidade. Quando uma série de escândalos de corrupção envolvendo políticos norte-americanos, europeus e japoneses, antes considerados modelos de ética, foi amplamente publicizada, ficou claro que nenhuma sociedade estava imune a esse grave problema. A tese “fatalista” da corrupção, que considerava ser um problema unicamente cultural e que nada poderia ser feito, tinha caído por terra.

Atualmente, a corrupção é vista como uma ameaça tanto para países em via de democratização como para as democracias modernas (SPECK, 2002, 446). Encontra-se associada ao baixo crescimento econômico (MAURO, 1995, p. 705), à evasão fiscal e graves prejuízos orçamentários estatais (MAURO, 2002, p. 141) e à diminuição da confiança pública na democracia (TANZI, 1998, p. 583). Em um ambiente de corrupção, são privilegiados projetos públicos de pouco benefício para a população em geral, como obras vultosas sem utilidade, uma vez que a complexidade e o alto custo desses projetos são utilizados para criar oportunidades de corrupção (SHLEIFER; VISHNY, 1993, p. 616). O suborno também interfere nos aspectos concorrenciais dos contratos governamentais. Sem mecanismos dissuasórios de corrupção, a competição para usufruir benefícios do poder público é distorcida, passando a ser influenciada pela conduta dos participantes com menos escrúpulos (HEIMANN, 2002, p. 220).

O suborno não é uma “herança maldita” de nações periféricas. Trata-se de consequência natural da interação entre interesses públicos e privados nas estruturas governamentais, o que inclui, obviamente, qualquer país. É um problema global, que afeta todas as sociedades, os governos e as empresas (KLITGAARD, 1994, p. 22-28; ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 61). Contribuindo para esse argumento, tem-se a pesquisa da Transparency International: entre 114 mil pessoas entrevistadas em 107 países, 1 em cada 4 entrevistados admitiu ter pagado suborno em alguma ocasião (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2013, p. 10).

Conforme Rose-Ackerman (2002, p. 59), existem incentivos para práticas corruptas sempre quando uma autoridade pública exerce seu poder discricionário sobre a distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado. Sabe-se que o Estado possui o poder de comprar e vender bens e serviços, oferecer concessões e distribuir subsídios (benefícios), bem como arrecadar impostos, impor regulamentações e exigir autorizações (custos). Do outro lado, existe um setor privado dotado de poder econômico e disposto a pagar para ter acesso a esses benefícios ou reduzir os custos que foram impostos. Como todas as atividades mencionadas são inerentes ao funcionamento de um governo na atualidade, a criação de incentivos para o suborno é um fato inevitável. Assim, é possível dividir o suborno em dois tipos básicos de acordo com o subornante: o suborno pode ser “para reduzir custos”, como no caso de suborno de agentes de regulação e fiscalização (tributário, trânsito, concessão de licenças comerciais, atividades sanitárias, etc.) e integrantes do sistema de justiça (policiais, promotores, serventuários da justiça e juízes); ou “para ter acesso a benefícios”, como no caso de suborno para influenciar licitações públicas ou compra de votos no Poder Legislativo.

O modelo “dirigente-agente-cliente”, proposto por Klitgaard (1994, p. 83), ajuda a compreender a dinâmica da corrupção. O “dirigente” pode ser representado como o oficial de hierarquia superior dentro da Administração Pública; o “agente”, como funcionário de hierarquia inferior e responsável por manter contato com o “cliente”; o “cliente”, como a parte representando o setor privado. Todos possuem interesses e comportamentos independentes. O dirigente responsável por implementar uma política anticorrupção em seu governo deve saber que o “agente”, apesar de inserido na estrutura estatal, faz seus próprios cálculos com objetivo de mensurar os lucros de aceitar um possível suborno e os prováveis custos de ser identificado e punido. Da mesma maneira, o “cliente” será compelido a tentar corromper o “agente” público com o objetivo de obter benefícios ou afastar custos, desde que não seja capaz de vislumbrar a possibilidade de punição. Nessa linha, a corrupção é vista como uma questão de oportunidade (KLITGAARD, et. al., 2000, p. 27). Inicialmente, os esforços dos países em políticas anticorrupção concentraram-se na figura do “agente”. O aumento do rigor na fiscalização do comportamento de servidores públicos e a implementação de penas severas fazem parte dessa estratégia. Apesar da inegável importância e necessidade desses mecanismos, cresce, nos últimos anos, uma abordagem mais completa, que inclui a figura do “cliente” no desenvolvimento do controle da corrupção.

Suborno e responsabilidade empresarial

Kamminga e Zia-Zarif (2000, p. 03) caracterizam as sociedades empresárias como uma entidade artificial constituída com o objetivo de unir esforços pessoais para a prática de comércio, cuja personalidade jurídica é distinta dos sócios, ou seja, constituídas por direitos e obrigações que lhe são próprios. Seu desenvolvimento deu-se justamente para mitigar o possível insucesso do empreendimento, uma vez que os prejuízos seriam compartilhados e as perdas limitadas apenas ao dinheiro investido na sociedade. Tornou-se, em pouco tempo, a mola mestra do capitalismo, contribuindo para o seu florescimento.

Desde a sua criação, não existem dúvidas de que as sociedades empresárias possuem personalidade própria, implicando que as atividades comerciais vinculam diretamente essa entidade e apenas indiretamente os seus sócios. Por exemplo, é a corporação que firma contratos com os seus fornecedores e clientes, e é ela que será demandada em caso de descumprimento,

arcando com o seu patrimônio. O direito privado foi construído no sentido de dar apoio a essa dinâmica. Porém, o que dizer quando uma corporação causa danos muito mais extensos, que afetam mais do que seus parceiros comerciais, prejudicando toda a sociedade (no sentido de comunidade), como é o caso da prática do suborno? Hoje, é possível encontrar facilmente uma série de normas de natureza pública que imputam responsabilidade à pessoa jurídica por atos lesivos em geral (como no direito ambiental e direito do consumidor), mas nem sempre foi assim.

Na primeira metade do século XX, era comum defender, nos países líderes do capitalismo, que a única responsabilidade da empresa era aumentar seu lucro e proteger os interesses de seus investidores (*shareholders*) (FRIEDMAN, 1970). A título de exemplo, cumpre relatar um caso que ocorreu com empresa montadora de automóveis Ford, nos seus primeiros anos de funcionamento. Em 1916, Henry Ford, diretor da empresa, foi processado pelos acionistas quando anunciou que não iria distribuir dividendos naquele ano, com o objetivo de guardar recursos para contratar mais funcionários e ampliar a oferta de empregos nos EUA, que enfrentavam uma crise econômica. Na ocasião, entendeu a Suprema Corte norte-americana que a empresa deve ter responsabilidade em relação ao lucro de seus acionistas, e não com a comunidade ou com seus empregados.

Com a sucessão de crises econômicas nas décadas posteriores (como, por exemplo, a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 e a crise do petróleo em 1970) surgiram as críticas a esse modelo, bem como ao papel das sociedades empresárias (CARROLL, 1999). Nesse cenário, Joseph (2006, p. 416) identifica ao longo das décadas a formação de “quatro ondas” de ativismo contra a má conduta das corporações: a primeira envolvendo a segurança dos produtos vendidos aos consumidores; a segunda sobre os aspectos ambientais das empresas extrativistas; a terceira sobre a exploração do trabalho em países subdesenvolvidos; e a quarta relativa aos abusos de indústrias farmacêuticas. Uma quinta onda pode ser adicionada, no que tange à transparência nas atividades corporativas e ao uso de práticas corruptas, incluindo o suborno.

Surge a noção de responsabilidade das empresas pelos impactos sociais, econômicos e políticos nas sociedades onde operam (ADEYEYE, 2011, p. 149; MUCHLINSKI, 2007, p. 101). Nas palavras de Dodd Jr. (1932, p. 1.149), “os negócios empresariais [*business*] são permitidos e encorajados pelo direito principalmente pelo seu serviço à comunidade e não por que é uma fonte de lucro para os seus proprietários”. Cria-se a obrigação de respeitar os interesses do *stakeholder*, “qualquer grupo ou indivíduo que possa afetar ou ser afetado pelo cumprimento dos objetivos da firma” (FREEMAN, 1984, p. 25). Desenvolve-se também a ideia de “boa governança corporativa”, cujo objetivo era redefinir a transparência e a ética nas relações empresárias, de modo a criar “empresas sustentáveis”, cumpridoras de normas e que evitam causar danos sociais. A governança exige postura proativa das organizações empresárias, que se reflete no investimento em prevenção e autocontrole de suas condutas potencialmente danosas.

Atualmente, é inegável o fato de que existe uma expectativa razoável por parte das sociedades contemporâneas em relação à responsabilidade das empresas frente à prática do suborno. Seguindo os ensinamentos de Rose-Ackerman e Klitgaard, as corporações enquadram-se facilmente na figura do “cliente”. Enquanto atores racionais, as empresas certamente analisam custos e benefícios, ponderando o valor a ser pago no suborno, o valor de benefício a ser conquistado e o custo de serem pegos e sofrerem punições. Caso os benefícios do suborno forem maiores

comparados às outras variáveis, é plausível presumir que a empresa utilizará este recurso. Cabe ao gestor de uma política anticorrupção interferir nessa dinâmica, criando um sistema de incentivos e punições que torne a prática do suborno menos atraente para as atividades empresárias.

Tanzi e Davoodi (1998, p. 09) chamam a atenção para setores empresariais mais vulneráveis à corrupção, como o desenvolvimento e a construção de obras de engenharia. Tal atividade é ideal para a exigência do suborno, por conta da enorme monta dos valores utilizados; a necessidade de aprovação pelo poder público de inúmeras etapas do projeto, muitas vezes por meio de decisões discricionárias; e a complexidade técnica que envolve uma obra dessa magnitude, gerando situações de interpretação subjetiva. Todas as decisões administrativas ligadas à realização de obras públicas é um convite para a cobrança de suborno pelos agentes com menos escrúpulos. Para as empresas pagantes, não há prejuízo, uma vez que os custos dos valores pagos a título de suborno são compensados com os ganhos recebidos pelo contrato, geralmente “superfaturados” para que isto seja possível. O esquema costuma causar uma proliferação de obras de engenharia de utilidade e qualidade duvidosas, em detrimento da manutenção da infraestrutura existente ou investimento em áreas importantes, como saúde e educação (SHLEIFER, VISHNY, 1993, p. 615).

O suborno de autoridades públicas por empresas constitui-se como um problema típico de “tragédia dos comuns” (HARDIN, 1968; SCHELLING, 1979), alegoria utilizada para explicar o comportamento de indivíduos inseridos em um grupo. Conforme Slade (1981, p. 123), existe uma “tragédia dos comuns” na situação em que há uma oportunidade aberta para todos os membros do grupo (“oportunidade comum”); porém, essa oportunidade, quando utilizada por um membro, concede benefício a ele e impõe custos para os demais. Os outros praticamente não têm escolha a não ser explorar a oportunidade para proteger o seu bem-estar. No final, os custos totais gerados por todos explorando a oportunidade podem ser maiores do que os benefícios gerados individualmente, de modo que a melhor opção seria que todos ficassem inertes. No entanto, como não existem mecanismos de controle da ação egoística, ninguém tentará correr esse risco, sob pena de ver seu colega adquirindo algum benefício e ter que suportar sozinho seu custo.

O ato de subornar o poder público caracteriza-se como “oportunidade comum”, pelas possibilidades que as empresas possuem de adquirirem benefícios ou mitigarem custos utilizando-se da prática corruptiva, com possibilidades mínimas de punição. Nesse contexto, empresas menos competitivas e menos comprometidas com padrões éticos ganham facilmente contratos em relação a empresas mais eficientes. Ao arcarem com o custo de perderem oportunidades comerciais, as demais empresas são compelidas a também adotarem tal prática, apesar de ilícita. O meio empresário passa a acreditar que é preciso pagar subornos para negociar com o poder público, mas também sabe que seria melhor se ninguém pagasse: o resultado é um nivelamento por baixo, permitindo a participação de empresas que não sobreviveriam em um sistema honesto (ROSE-ACKERMAN, 1999, p. 185).

As vantagens são ilusórias até mesmo para os participantes dos esquemas, pois apesar de o pagamento do suborno visar o acesso a uma vantagem comercial, como se trata de um acordo não escrito e escondido, não existe nenhuma garantia de que serão concedidos; a tendência é que o valor do suborno seja elevado na próxima ocasião (KENNEDY; DANIELSEN, 2011, p. 16). No final, tem-se um ambiente extremamente corrupto e que acaba não sendo benéfico para

a economia e para o setor empresarial: as condições de livre concorrência ficam distorcidas e os custos das atividades empresárias elevam-se com o pagamento rotineiro de suborno (MAURO, 1998, p. 12).

A saída para interferir na dinâmica do suborno são as reformas institucionais. Douglass North (1991, p. 97) conceitua as instituições como restrições à conduta humana, desenvolvidas para estruturar as interações políticas, econômicas e sociais da vida em sociedade. Consistem em restrições informais (como costumes e códigos de condutas) e regras formais (como o sistema jurídico). O comportamento egoístico e utilitarista dos atores econômicos e sociais (no qual se incluem as empresas) é claramente influenciado pela configuração das instituições jurídicas. Nesse contexto, entende-se que a criação e alteração de normas jurídicas são capazes de mudar o ambiente institucional e interferir diretamente no comportamento e escolha das empresas. A criação de normas capazes de imputar responsabilidade às empresas pela prática do suborno insere-se nessa dinâmica.

Pieth (2007, p. 176) explica as razões para responsabilizar não somente a pessoa física praticante do ato de suborno (como o funcionário que realizou o ilícito ou o diretor que o ordenou), mas também a própria empresa (pessoa jurídica) envolvida na operação e possível beneficiária. De acordo com o autor, com aumento da descentralização e da complexidade dos processos de tomada de decisões no âmbito das corporações contemporâneas, ficou mais difícil identificar com precisão quem foi indivíduo responsável pelo ato de suborno. Sendo assim, ao imputar responsabilidade à pessoa jurídica, cria-se a expectativa que essas empresas, com medo de serem punidas, colaborarão com as autoridades, fiscalizando a conduta de seus funcionários, sócios, diretores e demais parceiros.

Nos últimos anos, diversos países introduziram dispositivos em seu ordenamento jurídico nacional, prevendo sanções para as empresas praticantes de suborno. A principal razão para esse processo diz respeito à emergência de tratados internacionais sobre o tema. Uma das primeiras experiências foi a convenção antissuborno da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Assinada em 1997, tinha com objetivo impedir que as empresas transnacionais de países ricos utilizassem o suborno em seus negócios internacionais com governos estrangeiros, o que representaria um comportamento anticoncorrencial, contrário aos principais fundamentos do livre comércio. O documento prevê que os países ratificantes deverão criar mecanismos de responsabilização e punição das sociedades empresárias pela prática do suborno. Apesar de a Convenção ter sido um sucesso, uma vez que suas normas se disseminaram rapidamente nos direitos nacionais, seu público-alvo era exclusivamente os membros da OCDE, um clube fechado composto pelas nações mais ricas e alguns países emergentes. Sua preocupação não era especificamente em relação aos malefícios da corrupção para sociedade, mas o seu uso como forma de perturbar o sistema capitalista.

Em 2003, em Mérida, Colômbia, após anos de tratativas, foi assinada a “Convenção da ONU contra a Corrupção”, que entrou em vigor em 2005. Até o presente momento, 178 países ratificaram o tratado internacional. Um aspecto importante da Convenção diz respeito à obrigação dos Estados signatários “em adotarem as medidas que sejam necessárias” para estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas para prática de suborno (art. 26, 1), estabelecendo sanções “proporcionais, eficazes e dissuasivas” (art. 26, 4). Observa-se que tal norma internacional é de natureza incompleta (KELSEN, 2010, p. 493), pois não possui aplicação imediata. Trata-se de

um compromisso entre as nações ratificantes para a alteração de seu direito nacional (ou interno) com objetivo de contemplar a responsabilidade empresarial em casos de suborno.

Em pesquisa em relatórios da ONU (UNODC, 2014a; 2014b), é possível constatar que entre os 178 países signatários da Convenção, 130 possuem, em seu direito nacional, mecanismos de responsabilidade empresarial pela prática de suborno, o que equivale a aproximadamente 73%, um número expressivo. Com base nesse dado, é possível dizer que há uma expectativa genuína envolvendo os Estados e o mundo corporativo no que diz respeito à responsabilidade que as entidades empresárias possuem em absterem-se de praticar o suborno, podendo ser objeto de sanções de alguma jurisdição nacional em caso de descumprimento.

O Brasil também se insere nesse contexto. A proibição do uso do suborno ativo é antiga, originária da legislação portuguesa aplicada na região enquanto ainda era uma colônia. Constituiu-se como crime de acordo com o Código Penal Brasileiro (artigo 333). No entanto, não havia no Brasil, até pouco tempo atrás, a previsão da responsabilidade empresarial por ato de suborno, apesar de o país ter ratificado a Convenção da ONU sobre o tema em 2006. Tal discrepância foi corrigida somente em 2013, com a edição da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal nº 12.846/2013), que prevê punições para as empresas pagadoras de suborno às autoridades públicas. As sanções envolvem, por exemplo, o pagamento de multas milionárias, interdição das atividades e dissolução compulsória da pessoa jurídica. A nova legislação pode representar a reforma institucional necessária para a consolidação de mecanismos capazes de desestimular o uso do suborno por empresas brasileiras. Trata-se de um instrumento jurídico recente, necessitando-se ainda observar de que maneira será a sua aplicação pelos órgãos de justiça brasileiros em um futuro próximo.

Considerações finais

Podendo ser caracterizado como o uso de incentivos para influenciar indevidamente o desempenho de pessoa que exerce função pública, o suborno é um dos tipos mais proeminentes de corrupção. Refere-se a uma prática social presente em diversas culturas e em vários períodos da humanidade. É imperativo distanciar-se do senso comum “fatalista”, que considera a corrupção como um problema exclusivamente cultural, próprio de países subdesenvolvidos (como o Brasil) e argumenta que nada pode ser feito. Não se pode olvidar que o suborno é uma ação de cunho bilateral, que envolve sempre duas partes: quem paga a vantagem indevida e aquele que recebe. Os governos corruptos existem porque o setor privado alimenta esses esquemas, visando seu próprio benefício. Não merece prosperar a tese de que as empresas são simplesmente “vítimas”, pois essas organizações possuem claramente a sua parcela de responsabilidade.

Nesse contexto, as pesquisas de Klitgaard e Rose-Ackerman são de grande relevância, pois consideram o suborno consequência do jogo de interesses públicos e privados em estruturas governamentais, conduzidos por atores egoísticos e de racionalidade própria. Uma empresa utilizará o suborno sempre que existir um incentivo para isso, ou seja, quando as consequências da punição forem menores do que os possíveis benefícios que receberá em relação à prática corrupta. É preciso romper a “tragédia dos comuns” do suborno, que cria distorções concorrenciais e elevação de custos.

Uma possibilidade defendida nessa pesquisa é a alteração dessa dinâmica por meio de reformas institucionais. A introdução da responsabilidade empresarial pela prática do suborno,

elemento capaz de constituir um sistema de desincentivo para a prática corrupta, parece ser uma decisão acertada. Observa-se que as normas internacionais e o direito nacional dos países estrangeiros direcionam para essa linha. Nesse sentido, a criação da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal nº 12.846/2013) pode representar um passo importante para a consolidação de uma nova estratégia no controle da corrupção no cenário brasileiro.

Referências

- ADEYEYE, Adefolake. The Role of Global Governance in CSR. **Santa Clara Journal of International Law**, Santa Clara, v. 9, n. 1, p. 147-168, 2011.
- ALA'I, Padideh. The Legacy of Geographical Morality and Colonialism: A Historical Assessment of the Current Crusade Against Corruption. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, v. 33, p. 877-932, 2000.
- ARGANDOÑA, Antonio. Private-to-Private Corruption. **Journal of Business Ethics**, Netherlands, v. 47, p. 253-267, 2003.
- ARISTÓTELES. **The Athenian Constitution**. Disponível em: http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.mb.txt. Acesso em: 25 mar. 2014.
- BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- CARROLL, Archie B. Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct. **Business and Society**, New York, v. 38, n. 3, p. 268-295, 1999.
- DELANEY, Patrick X. Transnational Corruption: Regulation Across Borders. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 47, p. 413-461, 2007.
- DODD JUNIOR, E. Merrick. For Whom Are Corporate Managers Trustees? **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 45, n. 07, p. 1145-1163, 1932.
- ELLIOTT, Kimberly Ann. A Corrupção como um Problema de Legislação Internacional: Recapitulação e Recomendações. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). **A Corrupção e a Economia Global**. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 255-339.
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FREEMAN, R. Edward. **Strategic Management**. Massachusetts: Pitman Publishing, 1984.
- FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *New York Times Magazine*, New York, n. 13, p. 01-14, 1970.
- GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen; NAÍM, Moises. A Globalização da Corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). **A Corrupção e a Economia Global**. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 27-58.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, Washington, D. C., v. 162, p. 1243-1248, 1968.
- HEIMANN, Fritz F. O Combate à Corrupção Internacional: o Papel da Comunidade Comercial. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). **A Corrupção e a Economia Global**. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 219-240.
- JOSEPH, Sarah. Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: "The Fourth Wave" of Corporate Human Rights Scrutiny. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 25, p. 425-452, 2003.
- KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIF, Saman. Introduction. In: KAMMINGA, Menno T.; ZIA-

- ZARIF, Saman (Org.). **Liability of Multinational Corporations under International Law**. Haia: Kluwer Law International, 2000. p. 01-16.
- KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Unijuí, 2010.
- KENNEDY, David; DANIELSEN, Dan. *Busting Bribery: Sustaining the Global Momentum of the Foreign Corrupt Practices Act*. New York: Open Society Foundation, 2011.
- LITGAARD, Robert. **A Corrupção sob Controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- _____; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H. Lindsey. **Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention**. Washington, D. C.: World Bank Publications, 2000.
- LINDGREN, James. *The Theory, History, and Practice of The Bribery-Extortion Distinction*. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, 1992, v.141, p. 1698 - 1740.
- MANZETTI, Luigi; WILSON, Carole J. *Why do Corrupt Governments Maintain Public Support?* In: MORRIS, Stephen D.; BLAKE, Charles H (Org.). **Corruption and Democracy in Latin America**. University of Pittsburgh Press: Pittsburgh, 2009. p. 77-93.
- MAURO, Paolo. *Corruption and Growth*. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford, n. 3, p. 681-712, 1995.
- _____. *Corruption: Causes, Consequences, and Agenda for Further Research*. **Finance and Development**, Washington, D. C., p. 11-14, 1998.
- _____. *Os Efeitos da Corrupção sobre o Crescimento, Investimentos e Gastos do Governo: Uma Análise de Países Representativos*. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). **A Corrupção e a Economia Global**. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 135-168.
- MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2003.
- MORRIS, Stephen D.; BLAKE, Charles H. *Political and Analytical Challenges of Corruption in Latin America*. In: MORRIS, Stephen D.; BLAKE, Charles H (Org.). **Corruption and Democracy in Latin America**. University of Pittsburgh Press: Pittsburgh, 2009. p. 01-22.
- MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises and the Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- NOONAN JUNIOR, John T. **Subornos**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- NORTH, Douglass Cecil. *Institutions*. **The Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 5, n. 1, p. 97-112, 2001.
- PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- MAURO, Paolo. *Corruption: Causes, Consequences, and Agenda for Further Research*. **Finance and Development**, Washington, D. C., p. 11-14, 1998.
- PIETH, Mark. *Article 2: The Responsibility of Legal Persons*. In: PIETH, Mark; LOW, Lucinda A.; CULLEN, Peter J (Org.). **The OECD Convention on Bribery: A Commentary**. Cambridge: Cambridge University Press. 2007. p. 173-206.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. *A Economia Política da Corrupção*. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org). **A Corrupção e a Economia Global**. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 59-102.
- _____. **Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform**. Cambridge: University of Cambridge, 1999.
- SCHELLING, Thomas C. **Micromotives and Macrobehavior**. New York: Norton, 1978.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Corruption*. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 108, n. 3, p. 599-617, 1993.

SLADE, David R. Foreign Corrupt Payments: Enforcing a Multilateral Agreement. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 22, n. 01, p. 117-156, 1981.

SPECK, Bruno W. O Controle da Corrupção como um Desafio Transnacional. In: SPECK, Bruno W. (Org.) **Caminhos de Transparência: Análise dos Componentes de um Sistema Nacional de Integridade**. Campinas: UNICAMP, 2002. p. 445-478.

TANZI, Vito. Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures. **IMF Staff Papers**, Washington, D. C., v. 45, n. 4, p. 559-594, 1998.

_____.; DAVOODI, Hamid. Roads to Nowhere: How Corruption in Public Investment Hurts Growth. **Economic Issues**, Washington, D. C., n. 12, p. 01-13, 1998.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (TI). **Bribe Payers Index 2008**. Berlin: Transparency International, 2008.

_____. **Global Corruption Barometer 2013**. Berlin: Transparency International, 2013.

TULCHIN, Joseph S.; ESPACH, Ralph H. Introduction. In: TULCHIN, Joseph S.; ESPACH, Ralph H (Org.). **Combating Corruption in Latin America**. Washington, D. C.: Woodrow Wilson Center Press, 2000. p. 01-12.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Country Profiles**. [S. l.], 2014a. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/country-profile/index.html>. Acesso em: 12 nov. 2014.

_____. **Tools and Resources for Anti-Corruption Knowledge (TRACK)**. [S. l.], 2014b. Disponível em: <http://track.unodc.org/Pages/home.aspx>. Acesso em 12 nov. 2014.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. O Funcionário Colonial entre a Sociedade e o Rei. In: DEL PRIORI, Mary (Org.), **Revisão do Paraíso. Os Brasileiros e o Estado em 500 anos de história**. São Paulo: Campus, 2000. p. 139-159.

XENOFONTE. **A Constituição dos Atenienses**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

YONGE, C. D. **The Orations of Marcus Tullius Cicero**. v. 2. R. Clay: London, 1852.

RESUMO

O presente livro reúne as principais palestras realizadas no decorrer do III Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia, promovido pelo Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. O objetivo do evento foi analisar os desafios dos direitos humanos e da democracia na América Latina na atualidade. Este direcionamento foi motivado pelo fato que a América Latina está encerrando o longo ciclo político iniciado em 1980 e que, neste momento, reivindica a realização de um balanço de suas vitórias e suas derrotas. Os acertos estão vinculados à relevância da democracia e o respeito às regras do jogo; à valorização da diversidade e da pluralidade política; à ampliação do acesso à educação, à saúde e aos demais direitos sociais. As derrotas estão relacionadas a ruptura com a estabilidade econômica (e, em consequência, com a volta da inflação em muitos países) e a permanência da cultura patrimonialistas (e, em consequência, ao déficit de república que a mesma produz). Estes e outros temas vinculados aos direitos humanos e à democracia são tratados neste livro.

O ORGANIZADOR GILMAR ANTONIO BEDIN

Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1989) e Mestre (1994) e Doutor (2001) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Atualmente, está fazendo Estágio de Pós-Doutorado na Universidade de Santiago do Chile. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Estado, Direito Constitucional e Direito Internacional Público. Foi Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão (1999-2004) e Reitor (2005-2010) da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ e Presidente do Consórcio das Universidade Comunitárias do Estado do Rio Grande do Sul - COMUNG (2006-2008). Atualmente, é professor do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Mestrado em Direitos Humanos Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e do Curso de do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI). É Editor-Chefe da Editora UNIJUÍ, líder do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade e autor, organizador e tradutor de vários livros.

