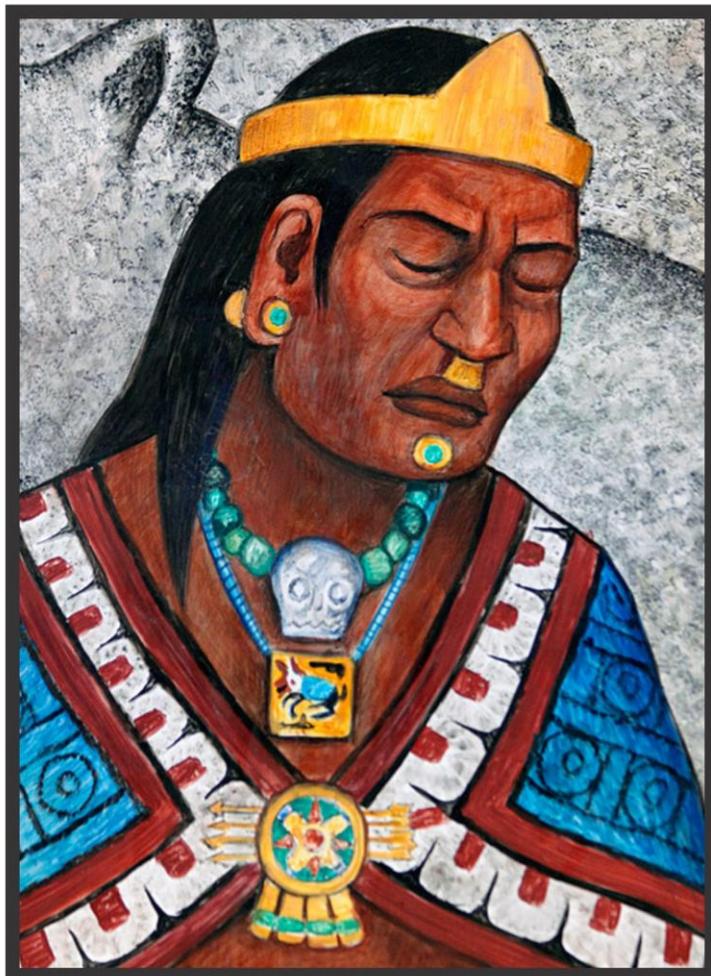


# Constitucionalismo Contemporâneo e Direitos Humanos na América Latina



Ivone Fernandes Morcilo Lixa  
Maria Aparecida Lucca Caovilla  
(Organizadoras)

  
**UNOCHAPECÓ**

  
**FURB**  
UNIVERSIDADE DE BLUMENAU

  
**FAPESC**



**Ivone Fernandes Morcilo Lixa  
Maria Aparecida Lucca Caovilla  
(Organizadoras)**

**CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E  
DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA**

Constitucionalismo Contemporaneo y Derechos  
Humanos en América Latina

São Leopoldo  
  
editora  
**Karywa**  
2018

© Editora Karywa – 2018  
Rua Serafim Vargas, 66  
São Leopoldo – RS  
CEP: 93030-210  
[editorakarywa@gmail.com](mailto:editorakarywa@gmail.com)  
<https://editorakarywa.wordpress.com>

**Conselho Editorial:**

Dra. Adriana Schmidt Dias (UFRGS – Brasil)  
Dra. Claudete Beise Ulrich (Faculdade Unida – Brasil)  
Dr. Cristóbal Gnecco (Universidad del Cauca – Colômbia)  
Dr. Eduardo Santos Neumann (UFRGS – Brasil)  
Dra. Eli Bartra (UAM-Xochimilco – México)  
Dr. Ezequiel de Souza (IFAM – Brasil)  
Dr. Moisés Villamil Balestro (UNB – Brasil)  
Dr. Raúl Fornet-Betancourt (Aachen – Alemanha)  
Dra. Tanya Angulo Alemán (Universidad de Valencia – Espanha)  
Dra. Yisel Rivero Báxter (Universidad de la Habana – Cuba)

**Diagramação e arte-finalização:** Rogério Sávio Link

**Pintura da Capa:** Imperador Azteca Nezahualcoyotl (1402-1472) por Diego Rivera, México.

\* Os textos são de responsabilidade de seus autores.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; CAOVIILLA, Maria Aparecida Lucca  
(Organizadoras)

Constitucionalismo contemporâneo e direitos humanos na América  
Latina. Ebook, São Leopoldo: Karywa, 2018.

241p.

ISBN: 978-85-68730-39-3

1. Pluralismo Jurídico; 2. Direitos Fundamentais; 3. Cidadania;  
4. Sustentabilidade; 5. Meio Ambiente; I. Ivone Fernandes Morcilo  
Lixa; II. Maria Aparecida Lucca Caovilla; III. Autores.

CDD 340; 320

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	5
--------------------	---

### I - FUNDAMENTOS

LA (RE)INSURGENCIA HISTÓRICA DEL DERECHO DE LOS POBRES Y LA NATURALEZA: EL IUSMATERIALISMO .....	10
<i>Antonio Salamanca</i>	

EL MÉTODO DE HISTORIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO DE IGNACIO ELLACURÍA.....	30
<i>Alejandro Rosillo Martínez</i>	

PLURALISMO JURÍDICO-COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO: CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA DE UMA VERTENTE JURÍDICA CRÍTICA ESSENCIALMENTE LATINO-AMERICANA.....	46
<i>Ana Paula A. B. Capestrano, Carlos E. do Nascimento</i>	

COMENTÁRIOS À OBRA SENHORES E CAÇADORES À LUZ DO MODELO CIVILIZACIONAL DO BEM VIVER .....	62
<i>Luciana Falcão Vieira, Maria Aparecida Lucca Caovilla</i>	

A PEDAGOGIA DO OPRIMIDO COMO PEDAGOGIA PRIMEIRA DA FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO.....	77
<i>Julia Marta Zamarchi Bertuncello, Edivaldo Bortoleto</i>	

CONSTITUCIONALISMO E O CONTRATEMPO DA FRATERNIDADE .....	90
<i>Milena Petters Melo, Elisa Fiorini Beckhauser</i>	

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL INTERGERACIONAL: COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA E DECISÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DE INCERTEZA .....	104
<i>Giselle Marie Krepsky</i>	

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS COMETIDAS POR ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: ATÉ AONDE A IMPUNIDADE PODE CHEGAR! .....	120
<i>Cleverson Sottili, Nathaba da Silva, Maria Aparecida Lucca Caovilla</i>	

A CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR COMO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE .....	132
<i>Alejandro Knaesel Arrabal, Feliciano Alcides Dias, Sidnei Kuczkowski</i>	

O COMUM: CONSIDERAÇÕES ENTRE O ENCLAUSURAMENTO DO COMUM E O DIREITO .....	146
<i>Mariana Mazuco Carlessi, Gustavo Silveira Borges</i>	

A CONTRIBUIÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA LATINO-AMERICANO.....	162
<i>Aleteia Hummes Thaines, Marcelino Meleu</i>	

## II - EXPERIÊNCIAS

O ENCARCERAMENTO DA POBREZA: A DESUMANIZAÇÃO NO PRESÍDIO DE BLUMENAU/SC.....	180
<i>Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Lenice Kelner</i>	
CIDADE E CIDADANIA NAS FAVELAS.....	195
<i>Israel Bachi, Leonardo da Rocha de Souza</i>	
O CONFLITO ENTRE AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTES E O DIREITO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO: 10 ANOS DO DESASTRE DAS ENCHENTES DE NOVEMBRO 2008 OCORRIDAS NO VALE DO ITAJAÍ/SC .....	207
<i>Nicolau Cardoso Neto</i>	
A FUNÇÃO DO DIREITO EM RELAÇÃO AOS DESASTRES A PARTIR DA RESILIÊNCIA JURÍDICA DOS PLANOS DIRETORES DAS CIDADES DA BACIA DO ITAJAÍ.....	225
<i>Kátia Ragnini Scherer, Lenon Doege Tamanini</i>	

## APRESENTAÇÃO

Contam os incas que o condor, senhor dos Andes, é imortal. Quando começa a se sentir velho, o condor usa suas últimas forças para voar até o cume da montanha mais alta dos Andes, dobra suas asas, recolhe as penas e se deixa cair pelo penhasco até atingir o fundo dos rios, quando, então, em seu suspiro derradeiro renasce no ninho das montanhas. E assim se reinicia um novo ciclo. Uma nova vida.

No momento em que se organiza esse trabalho, vive-se uma difícil etapa política e jurídica no Brasil em que se impõe a coragem de, tal qual o velho condor, se deixar lançar sem medo para o novo, para a vida que não cessa e nos convida a seguir adiante. E aceitamos seguir e nos lançarmos livres. Porém sabemos que a tarefa à nossa frente não é fácil. Serão e são muitas as lutas e reinvenções necessárias, mas resistiremos até nossas últimas forças para renascermos em nosso ninho que sempre nos reconforta e nos dá vida: a certeza de que a história segue e estaremos vivos construindo-a desde os princípios inabaláveis e irrenunciáveis da democracia, justiça e direitos humanos.

Assumindo a tarefa acadêmica de fortalecer e ampliar o diálogo entre uma rede de pesquisadores, acadêmicos e professores universitários vinculados a distintas instituições de ensino superior latino-americanas, com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC/Edital de Chamada Pública nº 07/2017/ Proeventos 2018/2019), promoveu-se, como parte das atividades da Rede de Pesquisadores Latino Americanos, o I Encontro Internacional Constitucionalismo Contemporâneo e Direitos Humanos na América Latina em setembro de 2018 na Universidade Regional de Blumenau – FURB/SC.

A Rede de Pesquisadores Latino Americanos surgiu e tem se fortalecido desde a necessidade de aprofundar e socializar os resultados de trabalhos acadêmicos relacionados ao Constitucionalismo Contemporâneo e Direitos Humanos na América Latina. A entrada para o século XXI na América Latina foi marcada por um ineditismo histórico concreto de múltiplas dimensões: organizativa social e política; ideológica instituinte

e outra transformadora e constituinte. A dimensão organizativa e política das classes populares na América Latina, formadas por pessoas não detentoras nem de capital nem de meios de produção, sujeitos historicamente excluídos, que vivem à margem de direitos efetivos, na Bolívia, Equador, Colômbia e Brasil, colocaram em marcha um processo de luta pela transformação política e jurídica instituindo um movimento de ação, visibilizado na instituição das Constituições inovadoras fundacionais do chamado constitucionalismo andino, um constitucionalismo construído desde a margem do modelo europeu colonizador.

A resistência desde a marginalidade latino americana foi uma constante na história do colonialismo desde seu início na modernidade e nunca foi pacífica. Desde a resistência, criaram-se alternativas como a dos povos indígenas do Equador – com a Constituição de 1998 – e Bolívia – com a Constituição de 1994 – frente ao constitucionalismo liberal moderno e sua libertação com a criação dos Estados Plurinacionais em fins do século XX. Os povos latino americanos constituíram uma força política alternativa e de resistência, inúmeras vezes silenciados e invisibilizados, que soube reinventar a política, fortalecendo-se desde a tradição ancestral e aprendendo a usar as mesmas ferramentas do poder, o que permitiu legitimar a demodiversidade e plurinacionalidade, mas utilizando-as desde a fidelidade ética. Assim, o organizativo instituiu-se e constituiu-se, abrindo-se uma nova etapa, agora de efetividade política e jurídica, do constituído, etapa árdua que estamos a viver neste fim de segunda década do século XXI.

A expressão utilizada no evento que deu origem ao presente trabalho, “constitucionalismo contemporâneo”, refere-se exatamente ao processo multidimensional do constitucionalismo latino americano que trata das distintas etapas sociais, políticas e ideológicas que caracterizam o inédito processo constitucional andino, desde o organizativo e político, ideológico e instituinte até o constitucionalizador, com o cuidado de não negligenciar o complexo e difícil momento presente de resistência e risco de retrocesso. O trabalho foi pensado em dois momentos: fundamentos e experiências. No primeiro são feitas reflexões acerca da fundamentação teórica da criticidade desde a América Latina e no segundo são reflexões sobre práticas inovadoras sobre as quais os autores buscam relacionar teoria e prática, conferindo, assim, ao pensamento um finalidade inovadora e de transformação.

Desde o México a presença da Universidad Autónoma de San Luis Potosi, com a contribuição do Prof. Dr. Alejandro Rosillo Martinez, passando pelo Equador com as reflexões do Prof. Dr. Antonio Salamanca Serrano vinculado ao IAEN (Instituto de Altos Estudios Nacionales/Quito) somaram-se contribuições de professores, pesquisadores e acadêmicos da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC/SC); Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ/SC), Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS) e Universidade Regional de Blumenau (FURB/SC). Os resultados são debates importantes com alternativas capazes de responder a inúmeras inquietações, reunindo respostas às temáticas variadas no contexto latino americano, que merecem ser lidas, relidas e socializadas. E essa é realmente a nossa proposta: vivenciar, compartilhar e aprofundar estudos e pesquisas que sirvam para mostrar que outro caminho é possível e já está sendo trilhado.

A criação e implantação de um Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina, em parceria e colaboração com as universidades que integram a ACAFE – Associação Catarinense de Fundações Educacionais, tem o grande desafio de buscar um pensamento do Sul, frente ao esgotamento de um modelo e de uma cultura tradicional impostos ao continente latino-americano que não atende aos anseios de uma nova sociedade emergente. A vontade política e as lutas sociais das classes populares têm evidenciado esse importante fenômeno, já demonstrando virtuosas mudanças, notadamente nos campos político, social e jurídico, como já apontado.

Encerramos a apresentação com um conto colhido pelo pensador kichwa equatoriano Raúl Liasag Fernández: a sabedoria do caracol (el churo) que transcrevemos em espanhol em respeito e reconhecimento à plurinacionalidade.

El lobo presumia de tener todo el poder y ser el más veloz, por tanto, que nadie podía vencerle. Um día los churos (caracoles) se rebelaron y desafiaron el régimen impuesto por el lobo y decidieron competir y deslegitimar el poder del lobo. Pactaron undía de competencia de peroximadamente 50 kilómetros. Decidieron, que um dia antes de la competencia, los chros se coloquen, a uma certa distancia, em toda la línea de la competencia, así sucedió. El dia de la competencia el lobo llegó de manera prepotente a la línea de la partida, de onde le esperaba um churo. Empezó la competencia y el lobo salió a toda velocidad y cuando corrió aproximadamente 5 kilómetros grito: "donde estás, churo", oh! sorpresa! El churo grito a uma distancia de um kilómetro más al frente: "churuaaaaaaa". El

lobo no pudo creer, entonces acelero em sua carrera, pero, cada vez que gritaba, el churo le constestaba siempre más al frente, el lobo cada vez aceleraba su carrera hasta que se desmayó em el trayecto e se murió. Los churos lograran demostrar que pueden ganhar desde la misma lógica del lobo, pero em unidat". (FERNÁNDEZ, Raúl Llasag. *Constitucionalismo plunacional desde los saberes sumak kawsay e sus saberes* – pluranacionalidad desde abajo y plunacionalidad desde arriba. Quito: INIGED, 2018. p. 84-85)

O conto nos ensina, como diz o Prof. Raúl, que não há poder invencível nem existe dominação que perdure, mas é necessário reativas ações de base para a libertação usando as mesmas ferramentas do dominador, tais como a ordem constitucional e jurídica, para juntos conquistarmos os objetivos pretendidos. A vida segue e estaremos sempre dispostos a nos somarmos aos caracóis. Com os lobos jamás!

Primavera brasileira de 2018.

Profa. Dra. Ivone Lixa (FURB)

Profa. Dra. Maria Aparecida Lucca Caovilla (UNOCHAPECÓ)

# **I - FUNDAMENTOS**

# LA (RE)INSURGENCIA HISTÓRICA DEL DERECHO DE LOS POBRES Y LA NATURALEZA: EL *IUSMATERIALISMO*

Antonio Salamanca\*

---

## Introducción

Este artículo pretende contribuir en la respuesta a la pregunta: ¿qué paradigma jurídico puede ayudar a salir del estado actual de enajenación e indigencia ideológico-jurídica en América Latina en el siglo XXI? El artículo irrumpe apelando a la urgencia de empoderamiento, a la (re)insurgencia, del paradigma jurídico liberador propio de los pobres y de la naturaleza: el *iusmaterialismo*. Se indaga sobre sus principales postulados y posibilidades, develando en diálogo las limitaciones y complicidades ideológicas de las tradiciones iusnaturalistas e iuspositivistas, así como algunas carencias del postpositivismo en el pensamiento jurídico crítico. Metodológicamente, la investigación acoge el modo (perspectiva) ideológico-jurídico. La técnica fundamental es la bibliográfica. En particular, se recurre fundamentalmente a nuestras obras *Filosofía de la Revolución* (2008) y *Teoría Socialista del Derecho* (2011).

## La (re)insurgencia del iusmaterialismo en el siglo XXI

La insurgencia del iusmaterialismo en el siglo XXI se debe a dos grandes causas fundamentalmente: a) el grado creciente global de opresión de las grandes mayorías; de los pueblos y la naturaleza, a través de un sistema normativo que se presente como pretendidamente “jurídico”. Existe una progresiva desafección por pérdida de legitimación del positivismo jurídico como paradigma dominante, aunque no de poder violento (ni de su reforzamiento ideológico con el sacerdocio de operadores jurídicos). Respecto a la dominación, más bien de lo que somos testigos es de su creciente despotismo; b) el agotamiento explicativo, primero del iusna-

---

\* Profesor titular de Derecho, Instituto Altos Estudios Nacionales, Universidad Posgrado del Estado, Quito (Ecuador).

turalismo y ahora del iuspositivismo como teorías jurídicas. El dominio de sus postulados teóricos está agotado. Ha quedado evidenciado como un horizonte: (i) ecléctico, (ii) sin una teoría integrada de la acción; (iii) perdido en la especialización y fragmentación de múltiples teorías; (iv) incapaz de explicar, como el iusnaturalismo, de modo coherente las nuevas investigaciones y desafíos provenientes del mundo vivo de los derechos, del derecho (SALAMANCA, 2015, p. 86). También en América Latina, el iusnaturalismo y positivismo jurídico, como paradigmas del derecho hegemónicos desde la Conquista, el primero hasta el siglo XIX y el segundo desde entonces hasta hoy, han mostrado sus limitaciones e insuficiencias explicativas sobre lo que sea la realidad de los derechos de los pueblos y la naturaleza, así como de la disciplina del derecho. Su funcionalidad con el poder de dominación ha tenido como contraparte obligada, en palabras de M. Atienza, "... la falta de atención a los problemas y a los destinatarios". Esta es una de las principales explicaciones "de la insatisfactoria situación de la Filosofía del Derecho en los países latinos" (ATIENZA, 2017, p. 50).

Yendo muy al fundamento, gran parte de las limitaciones explicativas del iusnaturalismo le vienen porque asume "dogmáticamente" que existen derechos naturales, que los seres humanos nacen con derechos innatos. Confunde el sistema de necesidades/capacidades, constante de la especie *homo sapiens sapiens*, con una creación histórica de la comunidad que es el sistema de derecho (naturales-humanos). Por su parte, el iuspositivismo asume también "dogmáticamente" que el derecho, los derechos de los pueblos (y los derechos humanos) tienen su legitimación última en la voluntad, sea individual o intersubjetiva. Es el único asidero que les queda después de haber dinamitado, también dogmáticamente, la dimensión debitoria, moral (ética) de la praxis así como la posibilidad de conocerla. El pedigrí epistemológico último del positivismo es su escepticismo cognitivo y moral: a) la realidad no se puede conocer sino que solo podemos hablar del mundo fenoménicamente construido por la intersubjetividad; y b) del *ser* no se puede obtener el deber *ser*. Estos dogmas les impiden a ambos paradigmas dar una explicación más completa, y susceptible de probación sin contradicciones, del hecho jurídico, del hecho del Derecho. Ahora bien, esto no quiere decir que ambos paradigmas hayan dejado de ser utilizados por el poder violento social o vayan a dejar de hacerlo. Eso solo ocurrirá si encuentran otro que le sirva mejor para pretender la legitimación de la violencia institucional. Hoy, como aún no

hay otro, lo que se evidencia es una propagación global del positivismo jurídico en todas sus variantes (*v.gr.* China, Rusia, etc.) (SALAMANCA, 2017).

Sin embargo, desde la noche de los tiempos, me atrevería a decir que desde que hay sociedad, comunidad humana, desde la aparición de la especie del *homo sapiens sapiens* hace 200.000 o algo más (y tal vez también en la familia de los *homo sapiens neandertales*), ha estado alumbrándose por doquier nuevas constelaciones jurídicas (RIBAS ALBA, 2015, p. 44-52). Se han diseminado a lo largo y ancho del planeta. La mayoría de ellas iletradas y “analfabetas” – solo una pocas pasaron por las escuelas y universidades. Sus togas fueron sus harapos hechos girones por las luchas; sus cortes y palacios de justicia: los campos y patios traseros de los pueblos y suburbios. Sus discursos, argumentaciones, resoluciones y sentencias: frases incompletas de silogismos motivados sin falacias. Este ha sido el mundo jurídico de los pobres y oprimido; el derecho consuetudinario de los pobres en la historia de la humanidad. Este derecho, siempre insurgente, hoy está de regreso, vuelve; ¡vuelve la insurgencia del derecho de los oprimidos, de los pobres de la tierra! Su paradigma innominado por miles de años queremos reconocer; puede ser nombrado: puede llamarse *iusmaterialismo*.

El *iusmaterialismo* no nació históricamente con la pretensión fundamentalmente de hacer interlocución con teóricos del derecho. Fue un paradigma jurídico nacido de, con y para los pueblos y la naturaleza; fue y es el derecho de las grandes mayorías desposeídas. Con palabras de M. Atienza, “[l]a filosofía del derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos *iusfilosóficos* y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno” (ATIENZA, 2017, p. 49).

Los padrinos de bautismo son una joven pareja y un amigo de toda la vida de lucha: K. Marx, Jenny von Westphalen y F. Engels (Gabriel, 2013). En el siglo XIX, en Alemania, el joven K. Marx de 24 años, el irreductible profeta de los debates en la *Gaceta Renana*, cuando querían criminalizar como robo el uso de la leña de los bosques por los pobres para

calentar el hogar en los fríos inviernos, reconoce y levanta su voz profética por el derecho de los pobres (MARX, 2007). Reconoce un derecho que viene de lejos en la historia, y del mismo se hace portavoz: el derecho consuetudinario de los pobres. Toda su vida la dedicó al verdadero empoderamiento jurídico de los pobres, oprimidos y explotados, denunciando al tiempo el engaño, el fetichismo, de un pseudoderecho: el derecho burgués. Contraderecho que no es sino el interés del capital sacralizado en ley. Sin embargo, su compromiso extenuante al empoderamiento de los oprimidos con una filosofía-teoría económica revolucionaria no le dejó tiempo para explorar la teorización del derecho insurgente de los pobres. Pero la crítica al derecho burgués de K. Marx, y buena parte del marxismo, es eso, una crítica derivada de la filosofía-teoría económica marxista al capital y al derecho del capital. La crítica a una teoría no es necesariamente la propuesta de otra teoría. K. Marx no elaboró una teoría marxista, comunista, del derecho histórico de los pobres. Esta es la tesis común y compartida por muchos autores, entre ellos Roberto Lyra Filho. En sus obras *Karl, meu Amigo: Diálogo com Marx sobre o Direito* (1983a) y *Humanismo dialéctico* (1983b) reconoce que la tradición marxista tampoco ha ofrecido una teoría marxista (comunista) del derecho por seis dificultades fundamentales: 1°) el mal uso e interpretación de las fuentes en la obra de K. Marx; 2°) la falta de sistematicidad en la presentación de la epistemología (del método) marxista y de la “ontología” del derecho; 3°) el desliz en el sofisma de incluir en el concepto de derecho cosas diversas y aisladas del fenómeno jurídico (en especial colocar al derecho en la esfera de la supraestructura, de la ideología); 4°) acercarse al derecho desde una historia dicotómica: “viejo/nuevo”, “falso/verdadero”, “improductivo/fecundo”; 5°) el prejuicio ideológico de identificar el derecho, la justicia y la educación jurídica con lo más reaccionario e ilegítimo de la sociedad; 6°) el dogmatismo metodológico de los investigadores marxista que recaen en el objetivismo, en el irracionalismo o en también en el subjetivismo (WOLKMER, 2017, p. 128-131).

Se vuelve patente que Marx no repensó el Derecho globalmente, ni poseyó una única teoría o doctrina jurídica, habilitada a pensarlo de forma que fundamente (dialécticamente) el Derecho de resistencia y rebelión contra explotadores y opresores y valorar las normas de clases y grupos en conflicto. Se le escapa, inclusive, el Derecho de rebelión, este aspecto de la doctrina político-jurídica liberal, que tanto estorba a los positivistas-legalistas”. (LYRA en WOLKMER 2017, p. 131-132)

Ahora bien, coincidiendo con A. C. Wolkmer y E. Díaz, el marxismo no es un páramo o una fuente seca para el derecho. En palabras de E. Díaz, cabe: "... encontrar en la obra de Marx elementos suficientes – aunque, como ya se afirmó, no exento de ambigüedades – para construir dicha teoría, y, a partir de esta, como resultado no dogmático, una posterior teoría marxista del Derecho y del Estado" (DÍAZ, 1984, p. 166; 170-172; WOLKMER, 2017, p. 132). Con toda humildad y asumiendo todas las limitaciones de quien se adentra en un mundo desconocido, es lo que hemos intentado en *Teoría Socialista del Derecho* (2011). La opción no es quedarse en una crítica posmoderna, relativista y nihilista del derecho burgués, lingüística, discursivamente sofisticada sino caminar hacia un derecho entendido como "praxis social que realice las necesidades de vida de los excluidos...de aplicabilidad de un Derecho verdaderamente justo"(WOLKMER, 2017, p. 55). A. C. Wolkmer recoge algunas de las exigencias del nuevo paradigma jurídico, expuestas por L. A. Warat, que pueda elaborarse en la tradición marxista. El nuevo paradigma jurídico crítico debe:

- 1) mostrar los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos;
- 2) denunciar cómo las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del Derechos y del Estado se encuentran apoyadas en la ilusoria separación del Derecho y de la Política y en la utópica idea de la primacía de la ley como garantía de los individuos;
- 3) revisar las bases epistemológicas que guían la producción tradicional de la ciencia del Derecho, demostrando cómo las creencias teóricas de los juristas en torno de la problemática de la verdad y de la objetividad cumplen una función de legitimación epistémica, mediante la cual se pretende desvirtuar los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el Derecho;
- 4) superar los bizantinos debates que nos muestran el Derecho desde una perspectiva abstracta, forzándonos a verlo como un saber eminentemente técnico, destinado a la conciliación de intereses individuales, a la preservación y a la administración de intereses generales (...)De esta forma, la teoría crítica intenta reubicar el Derecho en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan (...);
- 5) crear una conciencia participativa que permita a los diferentes juristas involucrarse con efectividad en los múltiples procesos de decisión como factores de intermediación de las demandas de la sociedad y no como agentes del Estado (...);
- 6) modificar las prácticas tradicionales de la investigación jurídica a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos ideológicos con relación a los fenómenos que pretende organizar y explicar;
- 7) proporcionar, en las escuelas de Derecho, un instrumental pedagógico adecuado para que los estudiantes puedan adquirir un modo diferente de ac-

tuar, pensar y sentir a partir de una problemática discursiva que busque mostrar no sólo la vinculación del Derecho con las relaciones de poder, sino también el papel de las escuelas de Derecho como productoras de ideas y representaciones que luego se entrelazaron en la actividad social como un valor a priori, pleno de certezas y dogmatismo".(WARAT en WOLKMER, 2017, p. 42-43)

El iusmaterialismo, con la humildad y marginación de los pobres, irrumpe llamando otra vez en la historia a la puerta del saber jurídico. Es la apertura del viejo paradigma silenciado, abre un campo de saber jurídico, otea una pléyade de posibles teorías jurídicas en su constelación. Una de esas teorías, con sus limitaciones y aciertos, es la propuesta *Teoría Socialista del Derecho* (2011). Como hemos expresado arriba, una entre otras muchas posibles. El iusmaterialismo es un viejo modo de vivir (de sentir, de pensar y de realizar) el mundo jurídico de los pueblos y la naturaleza. Desde este momento histórico apenas se puede conocer en profundidad a este anciano amigo. Apenas si le estamos reconociendo.

En un germinal diálogo de descubrimiento le hacemos tres preguntas con la intención de encontrar algunos rasgos (algunos postulados) que revelen su desconocido modo de existencia. Son apenas tres cuestiones para abrir el diálogo: 1) ¿qué nos dice, amigo, de lo que es el derecho, los derechos de los pueblos y la naturaleza; porque estamos hastiados y no satisface lo que han predicado los sacerdotes del iusnaturalismo e iuspositivismo? ; 2) ¿y por qué el derecho es eso que dice el iusmaterialismo? ; 3) ¿y por qué el iusmaterialismo puede decir eso del derecho? Lo que sigue ha sido desarrollado en *Filosofía de la Revolución* (2008), *Política de la Revolución* (2008), *Teoría Socialista del Derecho* (2011) e *Investigación Jurídica Interdisciplinaria e Intercultural* (2015: 86-89).

### **¿Qué es el derecho y los derechos de los pueblos y la naturaleza para el iusmaterialismo?**

La buena noticia jurídica que nos susurra este sabio anciano millenario, pobre e iletrado, es que los derechos de los pueblos y la naturaleza (el derecho) es un sistema integrado de acciones (praxis) con poder real de satisfacer sus respectivos sistemas integrados de necesidades/capacidades, positivadas como bienes jurídicos para la producción, reproducción y florecimiento de sus vidas, de modo autónomo por la comunidad, con la ayuda tutelar de la fuerza coactiva comunitaria. A esta

respuesta, que se nos deja como el canto de los pájaros de Anthony de Mello en la India, le preguntamos de nuevo:

### **¿Y por qué el derecho, los derechos, son eso que dice el iusmaterialismo?**

La respuesta: “Siete son los senderos del camino iusmaterialista”:

1º. La vida y la reproducción de la vida de los pueblos con la Naturaleza es la última instancia de fundamentación y legitimación jurídica. El derecho tiene una finalidad: su telos (fin) es la vida. El derecho no es una estructura sin finalidad, no es un armazón funcional, un aparejo para cualquier cosa, una autopoiesis desnortada. Esta finalidad es “cosustantiva” a la praxis jurídica. El derecho sin su finalidad no es tal derecho, será otra cosa, pero no derecho. Sin embargo, la finalidad última del derecho no es cualquiera. No es el poder, ni la coordinación de acciones sociales, ni la legitimación del monopolio de la “violencia legítima” de la sociedad, ni la reproducción del sistema social, ni la legitimación o el instrumento de dominación de una clase social sobre otra, etc. La finalidad del derecho es la producción, reproducción y florecimiento de la vida de los pueblos y la naturaleza. Esta finalidad no es una autorreplicación cerrada, sino abierta; un dinamismo “necesario”, constante, para la producción de la vida, pero abierto permanentemente al “azar” de la innovación, del florecimiento de las capacidades. El iusmaterialismo es un paradigma biojurídico en el seno de la acción cómica. El iusmaterialismo se integra en las teorías biocéntricas de la Tierra (Gaia) (LOVELOCK, 2007); en las tradiciones biocéntricas de los pueblos originarios que sienten viva la Tierra como Madre, como Pachamama (v. gr. pueblos andinos Bolivia, Ecuador, Perú, etc.), en las tradiciones de los pueblos budistas, de los pueblos animistas africanos, etc.

2º. *La praxis (acción) como la mediación última ineludible de toda actividad cognitiva, afectiva y transformadora.* La praxis, la acción, es la expresión última, la mediación ineludible e inescapable, históricamente encarnada, radical, en que acontece la vida de los pueblos y la naturaleza. El derecho es por tanto “praxis de vida”. La mediación última no son los actos, ni las actuaciones, ni las actividades con sentido. Actos y actividades son partes o modos de las acciones (de la praxis). Ahora bien, la praxis no es ‘solo’ la ‘práctica’, las ‘actuaciones’; el momento de ejecutivo de las acciones. No es el activismo.

La praxis tiene una estructura permanente. Esta consta de tres dimensiones. Una primera es la *volición ejecutiva*. Tal vez la más cercana por cómo se nos aparece en el discurrir de cada día, es en uno de sus momentos como (i) “la volición en ejecución”, que habitualmente entendemos reductivamente como “práctica”, como la “actuación. Sin embargo, la ejecución es el último momento (de tres) de la “volición en ejecución”. La ejecución de las acciones es posibilitada por una dimensión previa de (ii) “autodeterminación” de la voluntad (segundo momento). Esta se asienta, a su vez, en una dimensión material previa de la praxis que es la (iii) “liberación” del enclaustramiento del mundo de las cosas.

Ahora bien, la praxis, como parte de la acción cómica, tiene dos dimensiones además de la *volición en ejecución*. En segundo lugar, no por orden de importancia, sino expositivo, la praxis es *comunicación sentiente* con el mundo de la vida de los pueblos y la naturaleza; es *afección tónica* (emocional, afectiva, empática, sensitiva) con la realidad. Esta segunda dimensión de la praxis tiene también su estructura interna articulada en tres momentos. Es (iv) *comunicación eco-estética*, que posibilita una (v) *comunicación ero-económica*, que a su vez, permite (vi) la *comunicación político-institucional*.

En tercer lugar, la praxis es además *aprehensión cognitiva* del mundo de la vida de los pueblos y la naturaleza. La actividad cognitiva de los seres humanos no es solo, ni principalmente, ni siempre (vii) *aprehensión racional*. Este tercer momento cognitivo reposa sobre (viii) una *aprehensión sentiente cognitiva analítico-dialéctica (sistémica)*, que a su vez es posibilitada por (ix) la *aprehensión sentiente “informativa”* de los hechos del mundo de la vida de los pueblos y la naturaleza.

La praxis, como *mediación radical estructurante e históricamente encarnada*, de la vida de los pueblos y la naturaleza, es la fuente primaria inescapable del derecho. Por ello el derecho insurgente *iusmaterialista* reivindica la praxis de la costumbre como la fuente primera y principal de los derechos a largo de los tiempos. La ley es más que el fetiche de la mediación escrita; la ley, si viene a la vida es como praxis, como un modo de costumbre jurídica. Es una práctica mediada por el texto escrito. Esta subversión jurídica permite entender y fundamentar la diversidad de fuentes del derecho en el pluralismo jurídico. El derecho nace de los pueblos, desde abajo, en cada rincón que hay comunidad humana. Pero de los pueblos, no hay que olvidar, que también nace, por cierto, algo que

unos pocos quieren enquistar como derecho: el contraderecho, muchas veces cooptando las instituciones populares de autogobierno para fabricar el fetiche jurídico.

Por ello el iusmaterialismo afirma que la realidad de las fuentes del derecho (frente a la enajenación jurídica) es la democratización popular de los sujetos productores de derechos. Los derechos no se producen en las facultades de derecho de las universidades, ni exclusivamente en las asambleas legislativas de los órganos centrales de los países. Allá se genera y se glosa el texto normativo. Este puede o no referirse al verdadero derecho vivo que transcurre todos los días en los intersticios del mundo de la vida de las relaciones sociales y medioambientales. Este modo de entender la praxis popular, plural e intercultural, permite responder, por ejemplo, a las exigencias “postpositivistas” del *Manifiesto* de M. Atienza:

Si el Derecho – como alguna vez se ha escrito – es “una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo”, una práctica social, entonces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica”.(ATIENZA, 2017, p. 48-49)

3º. La praxis de vida es el dinamismo histórico material del sistema de necesidades/capacidades de los pueblos y la naturaleza por su producción, reproducción y florecimiento. El derecho, los derechos de los pueblos y la naturaleza tienen un motor que anima la materialidad de la vida de la praxis. Sí, la praxis vital tiene un motor que no se mueve solo por ideas fantasmagóricas o espectrales. Como no somos ángeles, las ideas en los seres humanos forman parte de un motor histórico que mueve las sociedades, las personas y la vida en la naturaleza. Este motor es completamente material o energético, sin dualismo hilemórficos (materia vs forma; cuerpo vs alma; pasiones de la carne vs. virtudes del espíritu). La superación del dualismo de la metafísica occidental, bien asentado por la influencia aristotélica y acogido por la Iglesia Católica casi por dos mil años, es una de las grandes aportes del iusmaterialismo. Los aportes de las indagaciones de K. Marx y F. Engels, así como de X. Zubiri han sido claves. Pues bien, este motor tal vez sea la palanca de Arquímedes. El motor de la vida en el planeta es el dinamismo histórico de satisfacción del sistema de necesidades/capacidades (snc) para la producción, repro-

ducción y florecimiento de la vida. La vida no es un todo indiferenciado, no es una quimera, no es una interpretación subjetiva o intersubjetiva, no es una realidad angelical. Por el contrario, la vida es el florecimiento histórico de cómo los pueblos y la naturaleza buscan, satisfacen y florecen en un grado u otro el sistema de necesidades/capacidades compartido.

Las necesidades/capacidades del sistema no son infinitas. Son finitas. Forman parte de un sistema estructural compartido por todas las especies vivas. Un sistema que modula su expresión según cada especie, pero que es constante con la especie. Se expresa históricamente pero no cambia salvo que cambie la especie. Las necesidades/capacidades son objetivas no subjetivas; son finitas, no infinitas; son el origen de los deseos, no los deseos el origen de las necesidades/capacidades; son el origen y fuente de las verdaderas reivindicaciones y demandas. Para satisfacerse necesitan de satisfactores. Estos son creaciones históricas, coyunturales, potencialmente infinitos dependiendo de la riqueza social. El *snc* es susceptible de investigación y verificación científica (biológica, antropológica, psicológica, histórica, sociológica, etc.). Los aportes de M. Neef (MAXNEEF, ELIZALDE, y HOPENHAYN, 1992), Martha Nussbaum (NUSSBAUM, 2016; NUSSBAUM, VILÁ VERNIS, y SANTOS MOSQUERA, 2012) y Julio Boltvinik (BOLTVINIK, 2005) nos han ayudado ganar claridad en estos postulados.

Aquí radica una de las grandes diferencias con todas las propuestas idealistas, muchas de ellas nacidas en la tradición iuspositivista. La inquietud que mueve el mundo es una inquietud de energía material. Esta materialidad está transida y se expresa como átomos, como células, tejidos, órganos, cuerpos inquietos por dar de sí, por florecer satisfaciendo su necesidad de comunicación energética con el cosmos. Las ideas creadas por los seres humanos son creaciones de energía corporal (material). Ahora bien, también aquí hay otro gran aporte del iusmaterialismo para evitar el desliz historicista de alguna tradición marxista y no marxista. El *snc* es una constante histórica. Es ciertamente histórico, pero permanece constante en la especie mientras no haya un cambio de la misma. El iusmaterialismo elude el error de afirmar con ambigüedad y sin precisión que las necesidades como son históricas cambian de una época a otra, de un sujeto a otro. Se llega con ello al absurdo de afirmar que hoy los seres humanos tenemos la necesidad de transportarnos (comunicación) para

vivir pero que ayer tal vez no. ¿Acaso ha ocurrido esto en los doscientos mil años de existencia de nuestra especie? El grado (el umbral), la urgencia, el modo histórico de satisfacción es una evidencia que cambia históricamente. Sin embargo, es un error confundir historicidad cultural de los “satisfactores” con la constante histórica del *snc*. La riqueza de la humanidad ha creado el carro, el barco, el tren, el auto, los aviones, etc., como satisfactores de la necesidad de comunicación (transporte). Satisfactores diversos y plurales pero una común necesidad/capacidad. Aquí está el fundamento material histórico de la complementariedad dialéctica entre la unidad y la diversidad. Y aquí está también la diferencia total con el dualismo metafísico presente en iusnaturalismo e iuspositivismo que les hace coincidir en la creencia de que hay necesidades básicas y no básicas. Lo que nos aclara el iusmaterialismo es que existe un solo sistema integrado de necesidades/capacidades. La urgencia histórica concreta de satisfacción de una sobre otra para asegurar la vida es lo que temporalmente dota a una de jerarquía sobre las otras en la satisfacción.

Como la praxis no es una estructura sin carne, aquella se expresa en la estructura del *snc*. A modo de postulado explicativo (sometido a verificación), el iusmaterialismo encuentra que la vida es un sistema de tres necesidades/capacidades estructurantes: 1) necesidad/capacidad de volición ejecutiva; 2) necesidad/capacidad de comunicación sentiente; 3) necesidad/capacidad de aprehensión cognitiva. Cada una de ellas se desagrega a su vez en tres, que se corresponden con las que hemos indicado en la estructura de la praxis. El iusmaterialismo postula que nueve son las necesidades/capacidades estructurantes de la praxis vital en el *homo sapiens sapiens*. De estas nueve se desagregan otras más que pueden ser precisadas también en número finito. En *Teoría socialista del derecho* (2011) hemos propuesto una desagregación.

Como hemos indicado arriba, es esta complementariedad dialéctica entre la unidad del *snc* y la diversidad de sus satisfactores históricos la que posibilita al iusmaterialismo: ser un paradigma jurídico esencialmente intercultural (transcultural); el diálogo crítico decolonial; la superación del etnocentrismo, del patriarcalismo, etc. Es esta materialidad (contenido) del *snc* la que ofrece una estructura integrada al sistema de derechos humanos de los pueblos y derechos de la naturaleza. Es el motor, la inquietud histórica que ha puesto en marcha las luchas sociales por los de-

rechos humanos. Es la materialidad que permite la universalización de los derechos humanos desde abajo en diálogo intercultural.

4º. La moralidad estructural radical ineludible de la praxis es una condición cosustantiva de toda acción concreta por su afectación a la vida o la muerte de los pueblos y la Naturaleza. La materialidad de la praxis vital del *snc* es constitutivamente moral. Moral por el carácter bivalente que tiene toda acción del *homo sapiens sapiens* respecto a la vida o muerte propia, de los pueblos y la naturaleza. La moralidad material del dinamismo histórico de la praxis es la fuente de la legitimidad moral de las religiones y filosofías así como de las posibilidades de una comunicación en diálogo ecuménico e interreligioso. La moralidad material de la praxis abarca la razón, la consciencia y la dimensión biológica de la existencia. La materialidad de la moral es más amplia que la reducción al ámbito de la madurez racional responsable (de la razón); más amplia que la consciencia (sea esta racional o no). La materialidad de la moralidad la hace tener también una dimensión física, química, biológica e inconsciente. El iusmaterialismo asume el carácter inescapable binario de la opción por la vida o la muerte en cada opción y acción. La opción por la vida, por la producción, reproducción y florecimiento de la vida de los pueblos y la naturaleza en cada acción es una de las posibilidades. La acción que apuesta por la vida, tan moral como la que apuesta por la muerte. Ambas son igualmente morales. Una es la moral por la vida, que permite la continuidad y el florecimiento. La otra, es la moral de la muerte, que lleva a la aniquilación de la vida.

Este carácter material e ineludible de la moralidad de la praxis es el que evidencia algunas carencias radicales y la imposibilidad explicativa del positivismo jurídico (más extremo). El derecho es ineludiblemente, radicalmente, un modo de praxis moral. Es imposible elaborar una teoría del derecho sin asentarse en la axiología del sistema del *snc*. La expresión moral (ética) del *snc* es el sistema integrado de valores morales para la vida de los pueblos y la naturaleza, en pugna con el sistema de disvalores de muerte. Las prácticas y teorías que mejor entiende la ética o moral iusmaterialista de la vida son las propuestas éticas humanistas (E. Fromm), éticas del diálogo intercultural (R. Fornet-Betancourt), del cuidado (C. Gilligan), de la responsabilidad (H. Jonas), de la liberación (E. Dussel), ecocomunitarias (S. López), de la ecología social (L. Boff, J. Lovelock), de la revolución. La axiología iusmaterialista es biológica (más que

ontológica). Es otra cosa que el objetivismo moral de las buenas razones para la acción postulado en algunas propuestas que se consideran post-positivistas. Para M. Atienza, "...la objetividad moral es, por así decirlo, una objetividad de razones (una objetividad no ontológica), pero esas razones objetivas son tanto procedimentales como sustantivas. Y, por otro lado, la vía de la fundamentación procedimental de la ética y la vía sustantiva se complementan: esas necesidades o capacidades podrían verse como el resultado de un procedimiento de discusión racional; pero el diálogo racional presupone también que quienes participan en el mismo son individuos a los que no se niega sus capacidades básicas" (ATIENZA, 2017, p. 216).

Otras de las grandes diferencias que tiene el iusmaterialismo con el positivismo jurídico es que legitima la praxis jurídica en la praxis moral por la vida. Entiende los valores morales no como principios abstractos o palabras de alguna divinidad, sino como la carga para la vida o la muerte que tienen las acciones en su poder real de satisfacción o insatisfacción del *snc*. Además, también otro aporte fundamental es que el sistema de valores es un sistema axiológico integrado. El sistema axiológico no es un sistema inconexo de valores morales, dualista o hilemórfica. Es un todo integrado, donde no cabe hablar de valores primarios vs superiores; materiales vs espirituales. El dualismo axiológico – que se funda en el dualismo metafísico que diferencia entre necesidades básicas (del cuerpo) vs no básicas (el espíritu) – se puede evidenciar incluso entre aquellos quienes apuestan por un objetivismo moral mínimo como M. Atienza: "[p]ero ser objetivista no significa – o no significa necesariamente – ser realista moral. Se puede muy bien pensar que los valores son propiedades que atribuimos a ciertas acciones y estados de cosas, pero no de manera arbitraria, sino porque satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para desarrollar una vida buena" (ATIENZA, 2017, p. 138).

5º. *La dimensión ineludible político-institucional de la praxis*. El derecho de los oprimidos y de la naturaleza es una praxis constitutivamente política. La materialidad histórica de la praxis vital además de moral es esencialmente político-institucional. La praxis política es una modalidad de la praxis moral. La praxis no es primariamente de un individuo aislado, sumado a otro individuo aislado. La praxis vital es históricamente una praxis filogenética comunitaria. La praxis es "co-praxis" propiamente. La

vida del *homo sapiens sapiens* siempre es “coviada”. Es posible el “yo” por el “nosotros” de la especie. Es por esa razón que el dinamismo histórico de la praxis es estructuralmente “político”. Y la praxis política es asimismo esencialmente institucional. La institucionalidad ha acompañado a la especie humana desde sus orígenes. Con un menor o mayor grado de complejidad, siempre han necesitado “estructura organizativa” para sus vidas. Tenemos un abanico amplio de instituciones que van desde los ritos de caza y pesca de los forrajeros nómadas, hasta las edificaciones hidráulicas de culturas agrícolas. Los pueblos, desde la noche de los tiempos, por muy sencilla que haya sido su institucionalidad, han necesitado y no pueden escapar de sus organizaciones, de sus ritos, de sus convenciones, para vivir.

Podemos coincidir en que el Estado es la institucionalidad de la vida comunitaria de un pueblo con la naturaleza, en un territorio con límites estables o cambiantes. Si compartimos esto, el iusmaterialismo, y aquí una diferencia con el anarquismo y cierto marxismo, no es anarquista, sino que se compromete con la lucha por la creación de instituciones públicas al servicio de la satisfacción del *snc*. Apuesta por un sistema político-institucional (estado) que garantice la vida de los pueblos y la naturaleza, su producción, reproducción y florecimiento; al tiempo que combate la institucionalidad de “pseudostados” criminales o mafiosos (el estado criminal capitalista es un ejemplo). Más allá de etiquetas, pero pensando en el contenido, el iusmaterialismo encuentra este proyecto político no capitalista, en el verdadero socialismo (comunismo). El contenido del proyecto político-institucional iusmaterialista es el sistema de derechos humanos de los pueblos y la naturaleza. Este proyecto no es el discurso generacional burgués de derechos humanos, sino el proyecto jurídico político del sistema de derechos humanos de los pueblos y la naturaleza, como lo entiende el iusmaterialismo.

6º. *La expresión histórica de la praxis político moral como praxis jurídica.* El iusmaterialismo postula que los derechos de los pueblos y la naturaleza, que el derecho, es una praxis con poder real, es una relación social de poder. Pero no de la bivalencia del poder como violencia (para la muerte), sino de la bivalencia del poder como fuerza (para la vida). Aquí reside una de las diferencias fundamentales con el iusnaturalismo. Este poder potencial que tiene la persona individualmente considerada y como pueblo no es un poder “potencial”, sino un poder “real”. Para que este

poder sea real se necesita medios materiales (institucionales, comunitarios, políticas públicas etc.), para que las personas, los pueblos y la naturaleza puedan decidir, o exigir cuando consideren, la satisfacción del bien jurídico que la comunidad ha positivado de forma autónoma como derecho. El iusnaturalismo ha afirmado que existen derechos naturales, que los seres humanos nacemos con derechos innatos. Y no es así. Nacemos con nuestro *snc*, para poder tener derecho(s) necesitamos el poder real, y esto no es innato ni nos viene por naturaleza, es un “empoderamiento con la fuerza comunitaria”. El carácter o modalidad jurídica de la praxis se lo otorga una triple condición: a) el direccionamiento del poder de la materialidad de la praxis para generar, reproducir y florecer la vida de los pueblos y la naturaleza. Esto es, para la satisfacción de necesidades/capacidades (contenido material de la justicia); b) que han sido identificadas y acotadas por la comunidad, de forma autónoma, como especialmente relevantes para la vida, y por tanto, merecedoras de un empoderamiento especial comunitario; c) la especialidad de esa protección es contar con el apoyo tutelar del poder de la fuerza (no la violencia) coactiva de la comunidad. Aquí está también otro de los aportes del iusmaterialismo a cierta tradición marxista que identifica el derecho con una supraestructura de dominio burguesa que tendrá que desaparecer. Eso es cierto del derecho burgués, pero el derecho consuetudinario de los pobres y oprimidos no es un derecho burgués, sino un bien imprescindible e ineludible para toda sociedad. Haciendo esta distinción entre derecho y *contraderecho*, el iusmaterialismo es más radical respecto al primero de lo que considera M. Atienza, cuando afirma que: “[e]l Derecho, en definitiva (o, matizándolo más: ciertos aspectos de ciertos tipos de Derecho), no tiene(n) solo un valor instrumental, sino final; y, por eso, no es un mal necesario, sino también (si se quiere: en parte, limitadamente) un bien” (ATIENZA, 2017, p. 309)

7º. *La existencia histórica del derecho, de los derechos de los pueblos y la naturaleza, es como derecho a la revolución.* El modo de expresarse el derecho a la vida (madre de todos los derechos) históricamente situado es como praxis político-jurídica revolucionaria. El modo de existir el derecho en la historia tiene una doble ocupación: a) encauzando la praxis social y particular con la brújula de la vida (de la justicia); b) subvirtiendo las situaciones de injusticia y reencauzándolas hacia la vida (DAVIDSON, FONTANA y MADARIAGA, 2013). Esta doble ocupación es el contenido histórico del derecho a la revolución (SALAMANCA,

2006). Un derecho nodriza que no es un acto (esto puede ser un momento del proceso revolucionario). El derecho a la revolución es el proceso histórico de poner el mundo del derecho cuando está del revés (PONTÓN, 2016). Es crear vida cuando hay muerte. Esta dimensión es otra de las diferencias fundamentales con el paradigma iusnaturalista y con el iuspositivismo. Ambos se han construido de espaldas a los saberes jurídicos de los pueblos. Por eso es que M. Atienza constata: “[e]n todo caso..., es cierto que la teoría del Derecho contemporáneo....se ha construido demasiado a espaldas de los saberes sociales sobre el Derecho, y que eso ha llevado también a que se desentendiera de la transformación social.” (ATIENZA, 2017, p. 280). Las estrategias de lucha del derecho a la revolución son varias, aunque la más radical y fecunda es el derecho a la revolución: a) positivismo jurídico de combate; b) hermenéutica judicial alternativa; c) derecho insurgente. Para Wolkmer, “el Derecho insurgente” es la modalidad más auténtica y genuina de juridicidad alternativa...” (WOLKMER, 2017, p. 190).

Es el Derecho paralelo, vivo y comunitario que emerge permanentemente de los intereses y necesidades de la sociedad. Es la creación y el reconocimiento de derechos fundamentales (derecho a la vida, a la libertad, a los sobrevivencia, etc.) engendrados en los conflictos y en las luchas de grupos sociales, pudiendo coexistir u oponerse a las leyes elaboradas por la actividad estatal. Se trata de otra legalidad que no se ajusta necesariamente al derecho convencional vigente, pudiendo ser visto como un “nuevo” derecho surgido en el espacio de manifestaciones sociales plurales o de comunidades autónomas. (WOLKMER, 2017, p. 189-190).

## Conclusión

Los dos grandes paradigmas o tradiciones jurídicas que han colonizado América Latina desde la Conquista europea han sido el iusnaturalismo, hasta el siglo XIX, y desde entonces el iuspositivismo. Ambos han funcionado en términos generales como ideologías jurídicas coloniales de enajenación, indigencia y dominación para los pobres y oprimidos, así como para nuestro planeta. Además de una función encubridora y legitimadora del colonialismo mercantilista, primero, y capitalista, después, como filosofías y teorías jurídicas han evidenciado limitaciones dogmáticas en la capacidad explicativa – sin contradicciones –, de lo que sea el derecho de los pueblos y la naturaleza. El positivismo jurídico, hoy la ideología dominante de la burguesía, ha fetichizado el derecho en norma,

con poder violento para disciplinar a los humildes y a la Madre Tierra. Sin embargo, aparece impotente para servir a los bienes jurídicos de la vida. La situación real de indigencia jurídica en que viven las grandes mayorías y Gaia está estimulando múltiples y plurales resistencias e investigaciones jurídicas críticas con un horizonte: biocéntrico, decolonial, feminista, intercultural, postcapitalista y postpositivista. Pero las teorías críticas del derecho en nuestra América tienen todavía un impacto limitado. Y en esta primera década del siglo no van ganando terreno. Por el contrario, lo que se refuerza desde los centros de producción ideológica (v. gr. facultades de derecho, etc.) es la alienación (expropiación) jurídica. Es por esta razón que urge continuar y radicalizar la lucha jurídica contrahegemónica para empoderarnos jurídicamente; recuperar algo que fue y es de los pueblos: la conciencia y el poder real de los derechos en nuestras manos. En ello, la lucha filosófica-teórica (ideológica) es fundamental. El pensamiento jurídico crítico del siglo XXI en América Latina, si quiere ser biocéntrico, decolonial, feminista, intercultural, postcapitalista y postpositivista no podrá hacerlo en el laberinto del postmodernismo deconstructivo nihilista, timorato y alérgico a los metarrelatos transformadores. Necesita ser mucho más radical (materialmente transmoderno). En su éxodo, además de audacia y valentía, necesita cruzar el desierto sin perderse con los espejismos propios del idealismo, del dualismo metafísico, del escepticismo y relativismo cognitivo y moral, de las derivas historicistas que terminan de nuevo en idealismo hegeliano y del dogmatismo. La esperanza cimarrona que nos anima es que la tierra prometida la hemos conocido en el pasado, nos sacaron de ella. Y no estamos solos: contamos con los pobres y explotados como compañeros de viaje; con sus derechos consuetudinarios; con los sistemas jurídicos milenarios de sus pueblos; con sus sabidurías invisibilizadas, ninguneadas y despreciadas por los poderosos. En susurro revolucionario pronuncian su nombre: *iusmaterialismo*.

## Referencia

ARANGO RIVADENEIRA, R. *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008.

ATIENZA, M. *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017.

- BEUCHOT, M.; GONZÁLEZ, J. E. *Diversidad y diálogo intercultural*. Bogotá: El Búho, 2018.
- BILBENY, N. *Justicia compasiva: la justicia como cuidado de la existencia*. Madrid: Tecnos, 2015.
- BOLTVINIK, J. *Ampliar la mirada. Un nuevo enfoque de la pobreza y el florecimiento humano, vol. I* [Tesis doctoral] México. Guadalajara, Estado de Jalisco: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Occidente, 2005.
- DAVIDSON, N.; FONTANA, J.; MADARIAGA, J. *Transformar el mundo: revoluciones burguesas y revolución social*. Barcelona: Pasado & Presente, 2013.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. *El derecho que nace del pueblo*. Aguascalientes: Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. *Hermenéutica analógica: derecho y derechos humanos*. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.
- GABRIEL, M. *Amor y Capital*. Barcelona: El Viejo Topo, 2014.
- GARGARELLA, R. Una maquinaria exhausta: Constitucionalismo y alienación legal en América. *Isonomía*, (33), 7-34, 2010.
- LOVELOCK, J. E. *La venganza de la tierra: la teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*. México: Planeta, 2007.
- LYRA FILHO, R. *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1983a.
- LYRA FILHO, R. Humanismo Dialéctico. *Direito & Aversso*, 3, 19-103, 1983b.
- MARX, K. *Los debates de la Dieta Renana*. Barcelona: Gedisa, 2007.
- MONCAYO, V. M.; ROJAS, F. *Luchas obreras y política laboral en Colombia*. Bogotá: La carreta, 1978.
- MONREAL, E. N. *El derecho como obstáculo al cambio social*. Bogotá: Siglo XXI, 1980.
- NUSSBAUM, M. C. *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós, 2016.

- NUSSBAUM, M. C.; VILÁ VERNIS, R.; SANTOS MOSQUERA, A. *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós, 2016.
- PLASTINO, C. A. *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- PONTÓN, G. *La lucha por la desigualdad: una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*. Barcelona: Pasado y Presente, 2016.
- RIBAS ALBA, J. M. *Prehistoria del derecho*. Córdoba: Almuzara, 2015.
- ROJAS, F. *Criminalidad y constituyente*. Bogotá: Cinep, 1977.
- ROSILLO, A. *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*. Quito: CEDEC, 2012.
- SALAMANCA SERRANO, A. *Teoría socialista del derecho*. 2 vols. Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 2011.
- SALAMANCA SERRANO, A. *Fundamentos de los derechos humanos*. Madrid: Nueva Utopía, 2003.
- SALAMANCA SERRANO, A. *El derecho a la revolución: iusmaterialismo para una política crítica*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.
- SALAMANCA SERRANO, A. *Filosofía de la revolución: filosofía para el socialismo en el siglo XXI*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Facultad de Derecho, 2008.
- SALAMANCA SERRANO, A. *Política de la revolución: filosofía para el socialismo en el siglo XXI*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Facultad de Derecho, 2008.
- SALAMANCA SERRANO, A. La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología. *Redes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, VII, 14, 59-92, 2015.
- SALAMANCA SERRANO, A. El fetiche jurídico del capital: Expansión imperialista de su hegemonía sistémica a través de los estudios de derecho. *Problemata: Revista Internacional de Filosofía*, 8 (Extra 1), 324-402, 2017.
- SANTOS, B. de S. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. Desclée de Brouwer, 2003.
- SANTOS, B. de S. *Sociología Jurídica Crítica*. Madrid: Trotta/ILSA, 2009.

SANTOS, B. de S. *Las bifurcaciones del orden: revolución, ciudad, campo e indignación*. Madrid: Trotta, 2018.

SHADY SOLÍS, R.; Leyva, C. (Eds.). *La Ciudad Sagrada de Caral-Supe: Los orígenes de la civilización andina y la formación del Estado pristino en el antiguo Peru*. Lima: Instituto Nacional de Cultura, 2003.

SLATER, P. *Origem e significado da Escola de Frankfurt*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TOBÓN, G. *El carácter ideológico de la filosofía del derecho*. Medellín: Señal Editorial, 1998.

VÁZQUEZ, R. Filosofía del derecho en Latinoamérica. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (35), 833-858, 2012.

WOLKMER, Antonio C. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. México: Akal, 2017.

## EL MÉTODO DE HISTORIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO DE IGNACIO ELLACURÍA

*Alejandro Rosillo Martínez\**

---

---

### Introducción

El tema de los derechos humanos fue tratado por Ellacuría<sup>1</sup> como parte de su colaboración en la praxis de liberación de los pueblos latinoamericanos y, en concreto, del pueblo salvadoreño. Pero no estamos ante un tratamiento meramente coyuntural sino que tiene como fundamento las ideas y conceptos que de su Filosofía de la realidad histórica (ELLACURÍA, 1999). La materialidad de la historia, el *logos histórico*, la praxis histórica de liberación, entre otros conceptos, constituyen el marco teórico desde el cual Ellacuría ponía su inteligencia al servicio del pueblo oprimido. Es importante señalar que este abordaje no se inscribe en ninguna tradición liberal y moderna que centre su atención en la discusión sobre la distinción entre el orden jurídico y la moral, es decir, en la tradicional disputa entre iuspositivismo y iusnaturalismo. Tampoco se desarrolla bajo el presupuesto de que todo derecho es creación estatal, y por lo tanto, para Ellacuría un “derecho” es algo más que el mandato de la autoridad que genera un derecho subjetivo pues no pretendía, así supo-

---

\* Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP), México. Coordinador académico de la Maestría en Derechos Humanos de la UASLP. Correo electrónico: alejandro.rosillo@uaslp.mx.

<sup>1</sup> Ignacio Ellacuría (1930-1989) nació en Portugalete, Vizcaya, España. En 1947 entró en el noviciado jesuita en la ciudad de Loyola. Estudió Humanidades y Filosofía en Ecuador, en la Universidad Católica de Quito. Estudió teología en Innsbruck, y ahí en 1961 fue ordenado sacerdote en Innsbruck. Se doctora de Filosofía en la Universidad Complutense de Madrid con una tesis sobre el pensamiento zubiriano. En 1967 se instala en El Salvador para colaborar en la UCA, de la que llega a ser rector. En 1975 obtiene la nacionalidad salvadoreña. Es asesor de Monseñor Óscar Arnulfo Romero. Se constituyó en una voz importante en el proceso de negociación entre las guerrillas y el gobierno salvadoreño durante la década de 1980. El 16 de noviembre de 1989 es asesinado, junto con seis compañeros jesuitas, una trabajadora y su hija, por un batallón del ejército salvadoreño.

nemos, realizar una teoría jurídica de los derechos humanos, sino comprenderlos como *momentos ideológicos de la praxis histórica de liberación*. Momentos ideológicos que corren el riesgo de ideologización y, en consecuencia, ser utilizados para fines distintos a la liberación.

La importancia que la realidad histórica tiene en la filosofía de Ellacuría, le hace preocuparse de manera prioritaria por los derechos humanos desde su materialidad antes de elaborar una filosofía de contenido idealista y formal que buscarse precisar con exactitud el concepto. Por eso, no sería adecuado encasillarlo dentro de las corrientes “iusnaturalista” y “iuspositivista”, o buscar insertarlo dentro de la discusión terminológica sobre los derechos, tan frecuente en el Primer Mundo, donde el debate se centra más en afianzar el sistema jurídico y estatal y los conceptos necesarios para su correcto funcionamiento que en la realidad y en los procesos de liberación de subjetividades emergentes.

Desde la filosofía de la realidad histórica, el discurso de *derechos humanos* es pensado desde un paradigma de pensamiento complejo, no idealista, donde la materialidad de la historia tiene preferencia ante cualquier intento de simplificación de estos derechos, es decir, de encerrarlos en el pensamiento de lo *claro y distinto*. En este sentido, para Ellacuría la expresión “derechos humanos”, dentro de su complejidad, es algo que de alguna forma es “derecho”, es decir, “algo que es debido y exigible, y que a la vez afecta radicalmente al hombre por ser hombre, aunque también a especificaciones más concretas de humanidad, como la de ser mujer o niño o ciudadano, etc.” (ELLACURÍA, 2001b, p. 431).

### **La historización de los derechos humanos**

Ellacuría comprendía los derechos humanos como un momento ideológico de la praxis humana. Por lo tanto, dentro de una praxis de liberación, es necesario historizar su conceptualización formal pues corre el riesgo de ser ideologizada. Es decir, se trata de pensar los derechos humanos desde un *logos* histórico.

Ellacuría reconoce el valor del planteamiento formal tanto de los derechos humanos como del bien común, pero sostiene la insuficiencia de estos enfoques formales, ya que sus aspectos positivos tienen que ser resumidos dentro del proceso de historización, de lo contrario serán postulados abstractos sin ninguna incidencia en la realidad.

## El bien común y el mal común

Antes de abordar la historización de los derechos humanos veamos el planteamiento que realiza Ellacuría sobre el *bien común*. Para el filósofo vasco-salvadoreño, estos dos temas de amplia tradición en el pensamiento jurídico guardan una estrecha conexión, pues “los derechos humanos pueden considerarse como el despliegue del bien común de la humanidad como un todo” (ELLACURÍA, 2001a, p. 211). Además, en este tema podemos observar una manera en que Ellacuría pone en diálogo a cierta tradición jurídica – la aristotélica-tomista – con su concepción del pensamiento zubiriano y del marxismo.

En uno de sus trabajos, titulado *Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida*, escrito en 1978, Ellacuría enumera los aspectos positivos del análisis formal del bien común, basándose en la tradición aristotélico-tomista y, aunque en menor grado, en la idea de la voluntad general de Rousseau. Estos aspectos son (ELLACURÍA, 2001a, p. 212-214):

- a) No existe un bien particular sin referencia al bien común y sin la existencia real del bien común no puede hablarse de un bien particular, sino tan sólo de una ventaja interesada e injusta. No hay, por tanto, posibilidad ética de apropiación privada del bien común con menoscabo de la comunidad de ese bien. La apropiación privada de un bien social y común constituye una injusticia fundamental, al igual que cuando predominan los intereses privados o de grupo en la distribución del bien común, pues significa que otros no puedan servirse de lo que tienen derecho.
- b) No se consigue el bien común por acumulación de bienes individuales, ni persiguiendo el interés individual, sino por la búsqueda primaria del bien común. El todo no es el mero resultado de las partes, y el bien común es cualitativamente distinto del bien particular.
- c) El bien común es fundamentalmente un conjunto de condiciones estructurales y se expresa en la justicia de la sociedad. La justicia, como puesta en marcha del bien común, es la virtud fundamental de la ciudad y es el norte orientador del ciudadano y del político. La organización política de la sociedad debe promover el acceso de todos al bien común, y eso se prueba con que *nadie esté privado de*

*las condiciones básicas para su desarrollo como persona y en que nadie se aproveche de ese bien en menoscabo del derecho de los demás.*

Este enfoque formal del bien común suele fundarse sobre dos ideas básicas: a) la sociedad es una realidad necesaria para el individuo, y b) la sociedad necesita contar con los suficientes recursos *materiales* que estén al alcance de todos los individuos para poder ser lo que deben ser. Ella curía pone atención en la posible interpretación totalitarista del bien común, cuando se afirma que el todo es anterior a las partes y tiene primacía sobre ellas. Sin embargo, esta idea se encuentra en todo pensamiento de tipo estructural, y no debe despreciarse pues es “una idea evidente de por sí, dondequiera se dé un todo, que realmente lo sea” (ELLACURÍA, 2001a, p. 209). Pero, por otro lado, una interpretación colectivista del bien común es inadecuada pues tanto el bien particular como el bien común son bienes personales, es decir, son bienes vistos desde y para la persona, pues no existe un macro-sujeto llamado sociedad que pueda recibir bienes; lo importante sería no identificar a la persona con la individualidad abstracta e inconexa. Además, se debe poner principal interés en los bienes que competen a la persona como integrante de una sociedad política, y en especial – y he aquí una clara influencia marxista – en *los bienes económicos fundamentales para la estructuración de la sociedad*. Esto no debe desconocer el bien personal ni los derechos de las personas, pues el bien común implica la potenciación de las personas y su pleno desarrollo, pero tampoco debe confundirse el bien personal con la apropiación individualista del bien común<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> El derecho de libertad de expresión y el derecho a estar informados de manera veraz son elementos indiscutibles del bien común. No obstante, el actual sistema capitalista ha convertido a la información en una mercancía y ha conducido a *una apropiación individualista de este bien común*. Hoy en día, sólo los emporios informativos ejercen realmente el derecho de libertad de expresión – son los únicos que tienen las condiciones materiales para hacerlo – y son ellos quienes deciden qué mercancía (información) estará disponible para el consumidor (ciudadano con derecho a informarse). Puede argumentarse que este derecho es sólo un derecho negativo, que requiere sólo la no intervención del poder estatal, no obstante, como señala Ellacuría, hay que tener en cuenta que se da “un conjunto de condiciones materiales y objetivas que limitan (impiden) la libertad y, a su vez, se necesita de un conjunto de condiciones para que la libertad puede desarrollarse” (ELLACURÍA, 2000a, p. 641); de ahí que aún los derechos considerados como de libertad negativa requieran del Estado una acción positiva, una acción que conduzca a establecer las condiciones reales para su ejercicio o, en los términos del tema que se está abordando, permita el acceso de todas las personas al bien común. Además, para estos emporios informativos, el poder del Estado ya no es una ame-

Un bien común que anulara el ámbito de lo personal, más aún, que no propiciara hasta el máximo el desenvolvimiento de la persona, dejaría de ser un auténtico bien común. Lo que sucede es que a menudo se confunde lo que es el desenvolvimiento de la persona con lo que no es sino apropiación individualista del bien común. (ELLACURÍA, 2001a, p. 214)

Ellacuría cuestiona este enfoque formal de la siguiente manera: “¿Qué falla, entonces, en todo este planteamiento formalmente tan razonable y progresista para que no resulte realmente satisfactorio incluso como planteamiento? ¿Qué hay de mistificado en la idea de un bien común que se supone superior al bien particular?” (ELLACURÍA, 2001a, p. 214-215). A lo cual él mismo responde que es debido al carácter formal y a su interpretación en la línea de la abstracción idealista. Es decir,

no tiene en cuenta las condiciones reales, sin las cuales la persecución del bien común es engañosa. De lo cual resulta que ni se tiene claro cuál debe ser en cada situación histórica el contenido del bien común, ni se tiene determinado cuál es el camino para conseguirlo. Paralelamente, no se conoce cuál es la escala jerárquica de los derechos humanos, ni cuál es la causa verdadera de su permanente violación estructural, muchas veces más allá de lo que pudieran considerarse voluntades personales. (ELLACURÍA, 2001a, p. 215)

Basta con historizar el concepto del bien común en relación a la época de Aristóteles, y de forma análoga al tiempo de Tomás de Aquino, para percatarse que la composición demográfica y la estratificación social de entonces, probarían la negación real del bien común. Además, en la realidad actual, vemos muchas acciones que, predicadas como bien común, en los hechos dejan de ser una totalidad para convertirse en una parcialidad, de la cual no sólo no disfrutan todos sino que disfrutan unos pocos ya que otros se ven privados de disfrutar lo que han producido. Detrás de estas acciones existe un mecanismo ideológico que desfigura de esta manera el bien común, pues se afirma idealmente la búsqueda de éste y no se realiza ni se historiza esa afirmación ideal y formal. Esto se da por medio de dos modos:

Ante todo, no se verifica cuán común es el bien propuesto como bien común, esto es, a cuántos y de qué modo alcanza la utilización de ese bien común; después, se propugna abstractamente un bien común sin que se pongan las condiciones materiales para su reali-

---

naza a su “derecho a la libertad de expresión”, pues tienen la capacidad de manipulación y distorsión de la realidad para imponer su voluntad al Estado.

zación, más aún, poniendo aquellas condiciones materiales que hacen imposible la realización de un auténtico bien común. (ELLACURÍA, 2001a, p. 216)

A lo anterior hay que añadir otro factor que colabora con la ideologización del bien común: aceptar que el orden establecido es un orden fundamentalmente justo, y “no se quiere ver qué situación real de injusticia puede darse tras la apariencia de una falta de orden, de paz y de legalidad; no se acepta que el orden y la paz no son tales si no responden a la existencia más radical del bien común y sólo pueden ser valorados por su relación con él” (ELLACURÍA, 2001a, p. 216). Y es que una teoría del bien común que no posibilite su puesta en práctica en una sociedad internamente conflictiva, que no tenga en cuenta la existencia de intereses contrarios, de clases sociales e identidades diferentes, no puede plantear ni resolver el problema de la superación del mal común.

La historización, en este caso, busca comprobar si un bien supuestamente general es común, si está siendo comunicado a todos los miembros de la sociedad. Para esto es importante caer en la cuenta de que “una sociedad en conflicto, que es la realmente existente, obliga a plantear el problema del bien común y, consecuentemente, de los derechos humanos en términos muy precisos, que no pueden ser borrados por una consideración ingenua y abstracta del bien común” (ELLACURÍA, 2001a, p. 219). De ahí que no se debe encubrir las diferencias sociales, las luchas de clases o de grupos, con un concepto abstracto del bien común, sino que debe guiarse el proceso hacia la superación de una determinada estructura socioeconómica que genera dichas diferencias. No basta con darse cuenta de qué da de sí un bien supuestamente común en un momento determinado, sino la orientación del proceso; pero no una orientación ideal, sino su orientación real.

Lo primero que debe percatarse para la historización del bien común es que en la realidad hay un dominio del *mal común*, entendiéndosele como aquel que afecta a la mayor parte de las personas, pero que es algo más que un mal de muchos pues tiene la capacidad de afectar más o menos profundamente a la mayoría de las personas al tener una capacidad de prolongarse y comunicarse. Además, y principalmente, es un mal con carácter estructural y dinámico; es “aquel mal estructural y dinámico que, por su propio dinamismo estructural, tiene la capacidad de hacer malos a la mayor parte de los que constituyen una unidad social” (ELLACURÍA, 2001c, p. 448). Las mayorías populares y las minorías ex-

cludidas son quienes principalmente sufren este mal común, en especial cuando se constituye como *injusticia estructural e institucionalizada*, es decir, que se sostiene sobre estructuras e instituciones sociales que no posibilitan la vida humana. De ahí que el bien común debe entenderse en su historización como la negación superadora del mal común. Esto buscaría también que la injusticia estructural e institucionalizada se vea sustituida por una serie de estructuras e instituciones justas, que posibiliten que la mayoría de los individuos – y no sólo unas minorías privilegiadas – tenga la capacidad de satisfacer sus necesidades y constituirse como personas:

¿Cuándo unas estructuras son evidentemente injustas? ¿Cuándo esas estructuras representan la institucionalización de la violencia? La respuesta es clara: cuando atentan gravemente contra los derechos fundamentales de la persona y cuando dañan peligrosamente el bien común del país. Quiere esto decir que, cuando la situación estructural de un país, el conjunto de su organización económica, de su organización jurídica y de su organización política, llevan durante un tiempo prolongado a la negación de los derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación y a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo, el derecho a no ser apresado injustamente y a no ser torturado, el derecho a la organización política, el derecho a la libre expresión, etc., entonces, estamos ante estructuras evidentemente injustas y ante la violencia institucionalizada. (ELLACURÍA, 1993, p. 725)

La importancia del mal común, asumido como un mal estructural e institucionalizado, guarda estrecha conexión con la comprensión ellacuriana de la realidad histórica. No se trata de una postura materialista-colectivista, ni mucho menos de un idealismo-subjetivismo, sino de una visión estructural y dinámica de la realidad histórica. Al constatar que gran parte de las posibilidades históricas está objetivada en una serie de realizaciones humanas, y que el mundo concretamente real “es el mundo histórico, donde el sujeto de esa historia es la sociedad y el objeto de ella el proceso sociopolítico entero” (ELLACURÍA, 2000b, p. 339), se da un traslado de posiciones subjetivistas hacia la objetividad y realidad de lo histórico; ante la subjetividad de lo humano-individual se afirma lo humano histórico que engloba tanto la dimensión natural como la dimensión individual. En efecto, por mayores buenas intenciones que puedan tener un ser humano y un grupo humano, si la realidad histórica en la que viven no les posibilita objetivamente la apropiación de posibilidades y capacidades, su desarrollo humano está impedido.

La actual configuración mundial está dominada por estructuras de *mal común*, pero que mistifican el bien común, donde la defensa de los “derechos” de unos cuantos va en detrimento de la vida digna de la mayoría; en este sentido es claro que hay un predominio de la parte sobre el todo. Como señala Ellacuría, “el presunto bien común es, en este contexto, tan sólo un marco formal que permite legalmente la negación del bien común real”. Uno de los instrumentos utilizados para mistificar, para darle un uso ideologizado al bien común suele ser el Estado:

Tal vez donde se aprecia mejor esta mistificación del bien común es en la estructura del Estado. El Estado que se presenta formalmente como el representante de la totalidad social y como el gestor del bien común y que, conforme a ello, ofrece marcos legales donde formalmente se persigue la realización del bien común y de los derechos humanos, en su práctica real se constituye en uno de los mecanismos principales para que el bien común se identifique con el bien de quienes más injerencia tienen en lo que son las fuentes reales del bien común. El Estado, en vez de favorecer el bien común, privatiza ese bien y lo pone al servicio preferente no del todo, sino de la parte privilegiada. El Estado existe, entonces, no como objetivación del bien común real, sino como objetivación del bien de las minorías, que se apropian de las realizaciones materiales del bien común, con lo cual es el defensor del bien común sólo en el sentido de ser el representante de los que se han apropiado indebidamente del bien común. (ELLACURÍA, 2001a, p. 220-221)

Ellacuría busca determinar los pasos a seguir para plantearse históricamente el problema del bien común. Para lo cual señala que se debe tener en cuenta que la verdad real de un proceso histórico está en los resultados objetivos de ese proceso; no bastan las buenas intenciones. Además, la verdad real en este caso está en la participación del bien común y en el estado real de la mayoría de los hombres y los ciudadanos, pues no es suficiente con los resultados obtenidos ni los bienes que obtienen unas minorías<sup>3</sup>. De ahí se desprende que “el tercer mundo es la verdad del primer mundo y las clases oprimidas son la verdad de las clases opresoras” (ELLACURÍA, 2001a, p. 222). Con lo cual estamos ante el *lugar-que-da-verdad*; es decir, desde la realidad de las mayorías oprimidas

---

<sup>3</sup> Piénsese, por ejemplo, en el avance de las ciencias y su aplicación tecnológica, con una gran cantidad de beneficios, de “bienes”, pero que lejos están de ser comunes, pues los mismos mecanismos, las mismas características estructurales de la globalización, impiden que sea un bien común. Y muy posiblemente, dichos beneficios estén sustentados en la negación de derechos fundamentales de las mayorías.

debe verse la verdad del bien común. En este sentido, es necesario un proceso de liberación porque sólo mediante él podrá llegar a hablarse de un verdadero bien común, que pueda ser participado de manera equitativa por todos los integrantes de la humanidad.

Contra el mal común imperante, el proceso de liberación deberá apuntar hacia el bien común. Éste será, por tanto, un bien realmente común “cuando tenga la capacidad de afectar con su bondad a la mayor parte; segundo, cuando tenga de por sí esa comunicabilidad bienhechora; tercero, cuando tenga un cierto carácter estructural y dinámico” (ELLACURÍA, 2001c, p. 449). En otras palabras, se trata de hacer justicia estructural e institucional que posibilite eficazmente a que la mayor parte de los individuos puedan satisfacer sus necesidades y puedan construir personalmente sus vidas. Lo cual conlleva a evitar que unas minorías se aprovechen del bien que a todos pertenece, pues “el bien común atiende al todo de la sociedad, pero no puede atender de la misma forma a todos los miembros de la sociedad, si es que en ella se dan sectores que son negadores del bien común” (ELLACURÍA, 2001a, p. 224).

Por último, Ellacuría no acepta el colectivismo que deja en manos exclusivas del Estado la realización del bien común, ni tampoco admite, como hemos visto, que el bien común se logre por la mera suma de la consecución del bien propio. Su posición es, podríamos llamarla, *solidarista*, donde el Estado propugne por el bien común en subordinación a la sociedad:

La discusión del bien común debe proponerse en términos predominantemente sociales y, por lo tanto, con la participación inmediata del mayor número de integrantes de la sociedad. Visto el bien común desde la sociedad, lo que se está propugnando es la tarea utópica de la comunicación de bienes y tras ella se esconde la persuasión de que negando el interés privativo del egoísmo individual es como se realiza a una el hombre y la sociedad comunitaria. (ELLACURÍA, 2001a, p. 225)

Así, los derechos humanos no entran en pugna con la realización del bien común sino, todo lo contrario, deben significar su mundialización.

### **La historización de los derechos humanos**

Ellacuría entiende, en un primer momento, los derechos humanos como algo debido cuya carencia o disfrute condiciona seriamente el pro-

pio desarrollo humano; son la concreción del bien común, o en sentido negativo, la superación del mal común: “Una consideración de los derechos humanos desde esta perspectiva del mal común dominante los mostraría como el bien común concreto, que debe ser buscado en la negación superadora del mal común, que realmente se presenta como una situación en el que son violados permanente y masivamente los derechos humanos” (ELLACURÍA, 2001c, p. 449).

Se debe ser consciente de que los derechos humanos son momentos ideologizados de la praxis humana y por eso necesitan de su historización. De lo contrario son sólo una abstracción sobre la cual se predicán principios que nada tienen que ver con la realidad, y aunque esos principios sean parte de su “deber ser”, el darlos por asentados sin realizar su verificación histórica conlleva a un uso ideologizado. Tal es el caso de la “universalidad” que se predica sobre estos derechos.

La necesidad de historizar los derechos humanos surge de su complejidad, pues en ellos no sólo confluye *la dimensión universal* del ser humano con la situación realmente distinta en la que desarrollan su vida los hombres, sino que además con facilidad son utilizados ideológicamente no al servicio del ser humano y su producción de vida, sino a los intereses de ciertos grupos de poder. La historización de los derechos humanos, dice Ellacuría, no consiste formalmente en contar la historia del concepto, ni tampoco relatar la historia real connotada, sino que sigue las pautas ya expuestas del método de historización de los conceptos (ELLACURÍA, 2001d, p. 434):

- a) La verificación práctica de la verdad-falsedad, justicia-injusticia, ajuste-desajuste que se da del derecho proclamado.
- b) La constatación de si el derecho proclamado sirve para la seguridad de unos pocos y deja de ser efectivo para los más.
- c) El examen de las condiciones reales, sin las cuales no tienen posibilidad de realidad los propósitos intencionales.
- d) La desideologización de los planteamientos idealistas, que en vez de animar a los cambios sustanciales, exigibles para el cumplimiento efectivo del derecho y no sólo para la afirmación de su posibilidad, se conviertan en obstáculo de los mismos.

- e) La introducción de la dimensión tiempo para poder cuantificar y verificar cuándo las proclamaciones ideales pueden convertirse en realidades o alcanzar, al menos, cierto grado aceptable de realización.

La universalidad es una de las características de los derechos humanos que con mayor facilidad puede caer en la abstracción, en una mistificación semejante a lo que sucede con el bien común y, por tanto, en la ya tan reiterada ideologización. En efecto, Ellacuría nos da cuenta de que las primeras declaraciones de derechos humanos, aún cuando se proclamaron *para todos los hombres* y se sostuvo su *universalidad*, en la práctica son derechos limitados a una forma determinada de ser hombres (*free men* ingleses, hombres blancos del pueblo de Virginia, burgueses franceses, etc.): “Tan es así, que ni siquiera atribuyen esos derechos a quienes conviven con ellos (campesinos ingleses o franceses, negros y esclavos norteamericanos, etc.), por más que no se les niegue su carácter de humanos” (ELLACURÍA, 2001d, p. 437). Esto debido, en parte, a que en el proceso real de surgimiento de los derechos humanos se aprecia el siguiente esquema: situación de agravio comparativo, conciencia de ese agravio comparativo (desigualdad, hechos de opresión, formas de explotación, entre otras), apropiación de esa conciencia por una clase social, objetivización de esa protesta y, cuando tras una lucha se ha logrado el triunfo, *justificación con referencias ideales de todo tipo*. En este sentido, las ya referidas declaraciones como la Carta Magna (1215), el *Bill of Rights* (1689), o la Declaración de Virginia (1776) son productos de las luchas de determinados grupos que, contando ya con la base material y la conciencia suficientes, se consideraban privados de algo que les pertenecía, que les era debido, pero que después sus referencias ideales no concordaron con la realidad y fueron usadas ideológicamente para la defensa de sus intereses. Por eso, Ellacuría establece que este proceso es positivo pero a la vez limitado y muestra claras referencias al carácter ambiguo e ideologizado de esta concepción de los derechos humanos, pues “aunque abren un ideal positivo y muestran un método eficaz de lucha para hacer que el derecho sea real, muestran al mismo tiempo su carácter inhumano y se vuelven a convertir en la fuerza legitimadora de los poderosos” (ELLACURÍA, 2001d, p. 437). Desde su nacimiento esa ha sido la dinámica de esta concepción pues, por ejemplo, el mismo ejército francés que servía a la burguesía revolucionaria francesa – orgullosa de su proclama “universal” de derechos del hombre – reprimió a los esclavos de Haití

que se sublevaron enarbolando una bandera tricolor y cantando, al igual que los franceses en 1789, *la Marsellesa*. Y es que la mera condición de ser humano parece no ser todavía suficiente para poder exigir y disfrutar de los derechos humanos. Se necesita ser miembro reconocido de una sociedad o de una clase social que cuente con las condiciones materiales para ejercerlos efectivamente; es decir, vale más contar con la ciudadanía de cierto país o la pertenencia a una clase social que el hecho de ser persona.

Lo anterior muestra que para alcanzar una perspectiva y una validez universal de los derechos humanos es necesario tener en cuenta el *para quién* y *para qué* se proclaman. Para Ellacuría, consecuente con su filosofía y praxis, estos *para quién* deben ser desde los pueblos oprimidos y desde las mayorías, y para o en busca de su liberación. Esto en función de que constituyen la realidad más universal y donde los derechos humanos son negados por una estructura e institucionalización del mal común.

A partir del lugar epistemológico elegido por Ellacuría, se adquiere una posición crítica sobre la doctrina de los derechos humanos; desde la cual, por ejemplo, no se acepta ingenuamente una *posición eurocéntrica* que identifique el proceso de los países primermundistas con la dirección del proceso histórico global, y es capaz de denunciar “la mentira de los países ricos y de las clases poderosas dominantes, que tratan de aparentar el que en ellos se da el pleno cumplimiento de los derechos humanos, cuando lo que se da es el disfrute de derechos nacionalistas, mediante la negación efectiva de los derechos que competen a la humanidad en su conjunto” (ELLACURÍA, 2001d, p. 443).

La historización exige buscar la raíz más profunda de la negación de los derechos humanos, que debe verse desde dos polos: desde la realidad negada, que no puede llegar a ser aquello que podría y debería ser precisamente porque se lo impiden, y desde la realidad negadora, sea personal, grupal, estructural o institucional. Este es un proceso dialéctico donde la teoría interviene para descubrir la historicidad del derecho negado y deseable, y donde la praxis debe ir dirigida al establecimiento de estructuras e instituciones justas para lograr superar la realidad negadora de dicho derecho. Es la lucha por los derechos humanos como expresión más clara de una conciencia madura al respecto. Ellacuría afirma en este contexto:

[L]os derechos humanos deben ser primariamente derechos de los oprimidos, pues los opresores no pueden tener derecho alguno, en

tanto que opresores, y a lo sumo tendrán el derecho a que se les saque de su opresión. Sólo haciendo justicia a los pueblos y a las clases oprimidas se propiciará su auténtico bien común y los derechos humanos realmente universales. (ELLACURÍA, 2001a, p. 223)

Con estas bases, y en coherencia con su fundamentación político-biológica, para Ellacuría queda claro que la historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos muestra que el problema radical es “el de la lucha de la vida en contra de la muerte, es la búsqueda de lo que da vida frente a lo que la quita o da muerte” (ELLACURÍA, 2001d, p. 439). Una lucha contra la muerte en diversos grados – social, personal, estructural –, no sólo restringiendo la vida a su dimensión biológica sino a todo tipo de vida, y que se expande a diversos planos: el de la libertad, el de la justicia, el de la dignidad, el de la solidaridad, etcétera.

Por otro lado, *la lucha de la vida en contra de la muerte* constituye un principio fundamental para plantearse el problema de los distintos derechos humanos y su jerarquización. Ellacuría llama la atención de que en los hechos se da el disfrute de unos derechos no fundamentales (y muchas veces superfluos) por unos pocos, y estos se constituyen en una causa real para que la mayor parte se vea privada o desprovista de sus derechos fundamentales, de aquellos que aseguran la vida y su reproducción:

No podrían los pocos (grupos humanos o países) disfrutar de lo que consideran sus derechos, si no fuera por la violación o la omisión de esos mismos derechos en el resto de la humanidad. Sólo cuando se acepte esto, se comprenderá la obligación de los pocos a resarcir el mal hecho a los muchos y la justicia fundamental al exigir lo que realmente les es debido. No puede darse la muerte de muchos para que unos pocos tengan más vida; no puede darse la opresión de la mayoría para que una minoría goce de libertad. (ELLACURÍA, 2001d, p. 442)

Como ya hemos señalado, para Ellacuría el enfoque liberal de los derechos humanos es limitado. No porque rechace los frutos de las luchas por la libertad, ni su contribución a la construcción de sociedades justas, sino porque es insuficiente y su discurso se ha vuelto un instrumento ideológico funcional para la estructura capitalista; aunque el liberalismo político es diferente ideológicamente, e intenta conservar cierta autonomía, en relación con el liberalismo económico, en las condiciones materiales de la actual configuración de la realidad histórica, muchos de sus presupuestos son utilizados interesadamente para impedir la superación de estructuras injustas. Por lo tanto, no basta la liberalización para

conseguir la libertad, sino que son necesarios diversos procesos de liberación que se constituyan en la negación superadora del mal estructural.

La verificación de los derechos humanos debe realizarse no desde lo que se dice sino desde las prácticas reales de los pueblos, como señala Senent (1999, p. 165); es decir, no basta el discurso ni la implementación de los derechos humanos en textos legales nacionales o internacionales, debido a que se corre el peligro de que los derechos humanos se reduzcan a una normatividad absoluta y abstracta, independiente de toda circunstancia histórica, y que probablemente consista en una forma velada de defender lo ya adquirido o adquirible en el futuro por los más fuertes.

## **Conclusión**

La lucha por los derechos humanos debe consistir no sólo en un triunfo de la razón sobre la fuerza, sino en hacerle justicia al oprimido, al débil, contra el opresor. No se trata de una lucha que genere odio, sino de una praxis que supere las realidades negadoras de los derechos humanos, que proporcione los medios para el acceso a los bienes materiales para el disfrute de la libertad, pero de manera histórica, no meramente idealista y abstracta. En efecto, es necesario comprender la justicia – y los derechos humanos como una de sus concreciones – como el objetivo primario del proceso de liberación; pero una “justicia de todos para todos, entendiéndolo por justicia que cada uno sea, tenga y se le dé, no lo que se supone que ya es suyo, porque lo posee, sino lo que le es debido por su condición de persona humana y de socio de una determinada comunidad y, en definitiva, miembro de la misma especie, a la que en su totalidad psico-orgánica corresponde regir las relaciones correctas dentro de ella misma y en relación con el mundo natural circundante. Puede decirse que no hay justicia sin libertad, pero la recíproca es más cierta aún: no hay libertad para todos sin justicia para todos” (ELLACURÍA, 2000a, p. 647).

La conceptualización que realizó Ellacuría respecto a los derechos humanos, en coherencia con su filosofía de la realidad histórica, coloca a la vida humana como su fundamento, en cuanto los derechos deben ser medios para la satisfacción de las necesidades que posibilitan la existencia de la especie humana. La existencia de un Estado respetuoso y promotor de los derechos humanos es bien visto por Ellacuría, al grado de que su construcción la consideró necesaria y urgente en la realidad que le tocó enfrentar; pero no lo considera como un proceso autosuficiente ni

absoluto, pues siempre los poderes corren el riesgo de ser instrumentos de ideologización. Además, limitar los derechos humanos al marco jurídico dado por un Estado, tiene como consecuencia, en muchos casos, que aquellos pierden su dimensión utópica y fácilmente se vuelven parte de discursos *utopistas* o *cínicos* que atacan la capacidad humana de replantearse continuamente la realidad de la que se hace cargo.

La relación entre derechos humanos y bien común, más que oponerse, debe complementarse. Al bien común, los derechos humanos le proporcionan un principio de concreción y obligatoriedad, mientras que a éstos el bien común les da un fundamento y un marco de referencia global. Así, los derechos humanos serían entonces una obligación para todos los miembros de la humanidad, al tener cada uno de ellos un derecho a participar del bien común como la obligación de contribuir a su realización.

Lo anterior conduce a comprender los derechos humanos como parte de la praxis de liberación de los oprimidos y de las mayorías populares, pues sólo desde ellos queda verificada la realidad de su cumplimiento:

No se puede querer rectamente ningún bien particular y ningún derecho, sino se refiere ese bien y ese derecho a conseguir el bien común de la humanidad y la plenitud humana del derecho. Ahora bien, en un mundo dividido y conflictivo, no radicalmente por las guerras, sino por la injusta distribución de los bienes comunes, esa comunidad y esa humanidad no son estáticas ni unívocas, por lo cual debe ponerse en vigor el principio de la prioridad de lo común y de lo humano sobre lo particular. Esto se logra dando prioridad teórica y práctica a las mayorías populares y a los pueblos oprimidos a la hora de plantear con verdad, con justicia y con justeza el problema de los derechos humanos. (ELLACURÍA, 2001d, p. 444-445)

Esto tiene importantes repercusiones para pensar los derechos humanos más allá de la modernidad capitalista y de su componente individualista, para ubicarlos en una auténtica perspectiva universal respetuosa de las diferencias, es decir, en una perspectiva *pluriversal* (SÁNCHEZ, 2007).

## Referencias

- ELLACURÍA, Ignacio. Comentarios a la Carta Pastoral. In: *Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989)*. Escritos Políticos, Tomo II, San Salvador: UCA Editores, 1993.
- ELLACURÍA, Ignacio. El mal común y los derechos humanos. In: *Escritos Filosóficos*. Tomo III, San Salvador: UCA Editores, 2001c.
- ELLACURÍA, Ignacio. En torno al concepto y a la idea de liberación". In: *Escritos Teológicos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2000a.
- ELLACURÍA, Ignacio. *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA Editores, 1999.
- ELLACURÍA, Ignacio. Hacia una conceptualización de los derechos humanos. In: *Escritos Filosóficos*. Tomo III, San Salvador: UCA Editores, 2001b.
- ELLACURÍA, Ignacio. Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. In: *Escritos Filosóficos*. Tomo III. San Salvador: UCA Editores, 2001d.
- ELLACURÍA, Ignacio. Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida. In: *Escritos Filosóficos*. Tomo III. San Salvador: UCA Editores, 2001a.
- ELLACURÍA, Ignacio. Tesis sobre la posibilidad, necesidad y sentido de una teología latinoamericana. In: *Escritos Teológicos*. Tomo I. San Salvador: UCA Editores, 2000b.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos*. De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial MAD, 2007.
- SENENT, Juan Antonio. Los derechos humanos desde los pueblos oprimidos. In: Rodolfo Cardenal y Jon Sobrino. *Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida*. Santander: Sal Terrae, 1999.

# PLURALISMO JURÍDICO-COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO: CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA DE UMA VERTENTE JURÍDICA CRÍTICA ESSENCIALMENTE LATINO-AMERICANA

*Ana Paula A. B. Capestrano\**

*Carlos E. do Nascimento\*\**

---

---

## **Introdução**

Ao passo que a ciência jurídica se consolida como conjunto de ideias e pensamentos, esta passa a se desvelar como um paradigma que comporta e reproduz uma das faces da modernidade, paradigma este atrelado a um ideal de desenvolvimento humano. O Direito, portanto, como face moderna dotada de cientificismos formais, passa a ser representado por suas expressões pautadas no positivismo jurídico e jusnaturalismo, essencialmente voltados ao racionalismo metafísico-natural e lógico-instrumental. A onda positivista do direito passa a transformá-lo exclusivamente, assim, em uma ciência voltada à legalidade e manifestada através de uma onda tecnicista que tanto motivou os “cientistas jurídicos”.

O século XX, porém, mostra-se tortuoso no caminhar humanitário, demonstrando vícios que o Direito moderno não conseguia superar em sua manifestação tecnicista e legalista, onde exacerba o controle capitalista, enrijece a luta de classes e possibilita regimes tirânicos. Nesta perspectiva é que surgem os direitos humanos, dentre outras alternativas para buscar suplantiar os vícios oriundos da razão moderna.

---

\* 40 anos, estudante do 9º período do curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB; e pesquisadora do grupo de pesquisa “Política Constitucional e Novas Jurisdições: desvelando práticas sociais emancipadoras”. E-mail: anapaulafurb@gmail.com.

\*\* 23 anos, estudante do 9º período do curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB; e pesquisador do grupo de pesquisa “Política Constitucional e Novas Jurisdições: desvelando práticas sociais emancipadoras”. E-mail: carloseduardo@acnquimica.com.br.

A constatação ofertada no período, contudo, é a de um reexame do paradigma jurídico, já envolto em uma crise paradigmática crescente. As formas de direito alternativo advindas são inúmeras, destacando-se, entre elas, a ponderação de Robert Alexy, por exemplo – que no contexto em que foi inserida e pensada, foi, de fato, uma alternativa funcional.

Na América Latina, por sua vez, entrelaçada em mecanismos de uma colonialidade intensa, concomitantemente a uma epistemologia envolta em regimes autoritários violentos e exploradores, revela uma discussão mais profunda e relativa às práxis e realidades de determinados povos. O multiculturalismo presente na América Latina, conjuntamente com a incompatibilidade ao monismo jurídico – reconhecido, então, como ficção moderna – passa a requerer análises mais críticas de um direito que não mais oferte privilégios a minorias dotadas de poder, mas que se adeque aos sistemas de necessidades e capacidades dos diferentes povos nativos, assim como às lutas sociais e comunitárias manifestadas por movimentos sociais – dentre outros movimentos e organizações comunitárias – que denunciam e reivindicam observâncias às necessidades sociais que o Direito monista, contaminado pela colonialidade, não observava.

Nesta perspectiva, ao reconhecer o sistema epistemológico prejudicado pela colonialidade no denominado “Sul global” é que se passa a conceber análises críticas de um Direito não mais conservador e limitado, mas emancipatório e transformador, originando, dentre outras formas de estudo, o pluralismo jurídico, que, em um aprofundamento embasado na realidade essencial latino-americana, Antonio Carlos Wolkmer desenvolve e constata, portanto, uma nova e aprofundada face, denominada “Pluralismo jurídico comunitário-participativo”.

O presente trabalho terá por pretensão, portanto, contextualizar e aprofundar o estudo do pluralismo jurídico comunitário-participativo, enquanto criação do pensador Antonio Carlos Wolkmer, demonstrando a evolução do pensamento crítico latino-americano e desenvolvendo uma análise investigativa e didática acerca do tema.

### **Da crítica à teoria crítica: fundamentos para um pensamento jurídico crítico.**

A modernidade, enquanto período e momento desenvolvimentista humano, passa por diversos questionamentos de difícil concepção. Um

deles, e talvez o mais importante, se refere a um pleno mapeamento do termo. Reconhecendo tal importância e buscando uma elucidação para desenvolvimento do presente texto, elege-se a compreensão de Enrique Dussel, que clareia:

A modernidade começa quando se desmorona o milenar Mediterrâneo. Desde os cretenses e fenícios, até os árabes e venezianos, o Mediterrâneo era o mar central; era o centro da história mundial. Todavia, estando a Europa germano-latina encurralada pelo mundo árabe turco (...), não podia expandir-se pelo amplo mundo. As cruzadas medievais foram a primeira tentativa expansionista europeia, mas os árabes eram suficientemente fortes para trazer as fronteiras à situação anterior. Chegado o século XIV, começam primeiro os portugueses e depois os espanhóis a penetrar no Atlântico Norte (que será desde fins do século XV até hoje o centro da história). A Espanha e Portugal desenclausuram a Europa no sentido ocidental; a Rússia o fará no sentido oriental. No século XVI, a Espanha descobre o Pacífico pelo ocidente e a Rússia pelo oriente. O mundo árabe é então enclausurado, e perde a centralidade que tinha exercido durante quase mil anos. A Espanha e Portugal deixarão depois lugar ao Império inglês. A Europa é agora o centro. A partir da experiência desta centralidade conseguida pela espada e pela dor, o europeu chega a julgar-se um “eu” constituinte. (DUSSEL, 1977, p. 14).

O contexto civilizatório moderno, então, é atrelado especificamente à proposta expansionista e conquistadora europeia, qualificando a Europa como “sinônimo de modernidade” (LIXA; FAGUNDES, 2018, p. 25) e, assim sendo, expressando faces essencialmente voltadas a sua razão delimitada<sup>1</sup>. Com a razão jurídica isto não foi diferente, expressando, assim, duas principais faces de racionalismo do Direito, voltadas a um “racionalismo metafísico-natural (o jusnaturalismo) e lógico-instrumental (o positivismo jurídico)” (WOLKMER, 2015a, p. 27).

---

<sup>1</sup> Em que pese a modernidade ser tradicionalmente relacionada e entendida a partir da visão eurocêntrica do sistema mundo, é imprescindível destacar o que nos esclarece Aníbal Quijano (2005): Se o conceito de modernidade refere-se única ou fundamentalmente às ideias de novidade, do avançado, do racional-científico, laico, secular, que são as ideias e experiências normalmente associadas a esse conceito, não cabe dúvida de que é necessário admitir que é um fenômeno possível em todas as culturas e em todas as épocas históricas. Com todas as suas respectivas particularidades e diferenças, todas as chamadas altas culturas (China, Índia, Egito, Grécia, Maia-Asteca, Tauantinsuiu) anteriores ao atual sistema-mundo, mostram inequivocamente os sinais dessa modernidade, incluído o racional científico, a secularização do pensamento, etc.

Com o desenvolvimento histórico da atuação humana no mundo, as razões científicas que comportam o racionalismo da teoria tradicional do direito<sup>2</sup>, assim como as razões que conformam as sistematizações epistemáticas do mundo, passam a entrar em profunda crise e reflexão. No caso do Direito, essa crise acarreta em um profundo esgotamento do paradigma da ciência jurídica tradicional, onde se “descortinam, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução de paradigmas, modelados por contradiscursos crítico-emancipadores” (WOLKMER, 2015a, p. 27).

Ao indagar a prática e fundamento de contradiscursos crítico-emancipadores, deve-se fazer uma distinção aos termos e a suas fundamentações. Por “contradiscursos” entende-se a resistência manifesta à hegemonia da razão preponderante em determinado contexto. Por “crítica” entende-se a reflexão aprofundada aos contextos hegemônicos, por si só, sendo “aquele conhecimento que não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio” (WOLKMER, 2015a, p. 29). E com relação à “emancipação”, enquanto termo estritamente atrelado à perspectiva crítica, entende-se o processo de libertação das hegemonias preponderantes e que ofertam a opressão ou dominação no contexto pré-emancipatório.

Na teorização jurídica, isso implica no surgimento de escolas que venham a consolidar conhecimentos conjuntos relacionados à razão jurídica e aceitos por determinadas comunidades acadêmicas, ocasionando o início de um movimento essencialmente crítico do Direito.

Os primórdios do movimento de crítica no Direito foram gestados no final dos anos 60 (século XX), através da influência sobre juristas europeus de ideias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault (inspiradas em Nietzsche) sobre o poder. (WOLKMER, 2015a, p. 44)

A grande questão à qual se refere a Escola de Frankfurt, e que acaba sendo, também, seu declínio porquanto essencialmente limitada, é a

---

<sup>2</sup> Aqui entende-se por teoria tradicional do direito, a teoria jurídica voltada às duas faces que, juntas, conformam o racionalismo jurídico moderno (jusnaturalismo e positivismo jurídico).

crítica do Direito por ele mesmo, onde “buscou distanciar-se do marxismo ortodoxo, mas sem deixar de compartilhar metodologicamente do ideário utópico, dialético, crítico, revolucionário e emancipador” (WOLKMER, 2015a, p. 30). Boaventura de Souza Santos (apud WOLKMER, 2015a, p. 40) afirma e aponta que o maior problema e, consequentemente, limitação acerca da Escola de Frankfurt está na questão que “a razão que critica não pode ser a mesma razão que pensa, que constrói e que legitima aquilo que é criticável”. Assim, novos modelos de juridicidades críticas passam a ser construídos, novas escolas surgem, fazendo com que o conhecimento seja aprofundado, ao passo que “os discursos críticos do Direito desvincularam-se ‘do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica’” (WOLKMER, 2015a, p. 45).

Assim, “o modelo tradicional de racionalidade tecnoformal é suplantado pelo modelo crítico-interdisciplinar da racionalidade emancipatória” (WOLKMER, 2015a, p. 27), fazendo com que o conhecimento seja aprofundado e surja um novo modelo de teoria crítica consolidado em meios de reflexão de pensamentos jurídicos, em essência, críticos. Assim sendo, há a adequação com as diferentes realidades na qual o criticismo surge, havendo como pretensão:

*repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições e os pressupostos necessários para o amplo processo estratégico/pedagógico de ‘esclarecimento’, ‘autoconsciência’, ‘emancipação’ e ‘transformação’ da realidade social’.* (WOLKMER, 2015a, p. 21, grifo nosso)

Nesse contexto é que passam a surgir os modelos de crítica jurídica nas práxis latino-americanas, reconhecendo suas bases contempladas por uma dogmática lógico-formal eurocêntrica e moldada através das raízes coloniais. As vertentes de críticas acerca da realidade latino-americana são muitas, mas que, porém, convergem no sentido de que “redefine-se a noção superior de racionalidade, que, como pressuposto do pensamento e da ação, apresenta um projeto transcendente que não mais oprime, mas busca libertar o sujeito subalterno e a sociedade vitimados pela colonialidade” (WOLKMER, 2015a, p. 27).

Reconhecendo tais pontos, o presente artigo se delimitará a apresentar e aprofundar essencialmente em um desdobramento crítico dos es-

tudos latino-americanos, sendo o pluralismo jurídico – com suas influências e dependências voltadas à descolonialidade – focando, posteriormente, em uma corrente específica, criada por Antonio Carlos Wolkmer e que é a principal pretensão do presente artigo, denominada “pluralismo jurídico comunitário-participativo”.

### **Pluralismo jurídico e descolonialidade**

A conquista e colonização de toda América Latina se desenvolveu sobre as bases da dominação dos territórios, da natureza e dos povos, eliminando tudo que fosse contrário ao ideal de modernidade europeu, passando principalmente pelo processo de aculturação dos povos originários, na tentativa de impor um pensamento único, iniciando pela apropriação da terra e dos corpos, passando pelas crenças e tradições religiosas, até alcançar a produção do conhecimento, a organização do Estado e a produção normativa, bem como sua aplicação.

Tal dominação foi baseada na objetificação das populações originárias colonizadas, bem como dos povos escravizados e para cá trazidos, inferiorizando, menosprezando e por vezes criminalizando suas práticas e costumes (WOLKMER; KYRILLOS, 2015, p. 2).

A tentativa de homogeneização cultural impunha como legítimos apenas os saberes de matriz eurocêntrica, suprimindo e “inviabilizando a dinâmica espontânea e consuetudinária de um pluralismo comunitário indígena” (WOLKMER, 1998, p. 76), viés esse que, mesmo após a independência política, permaneceu, sob a prevalência da ideia de centralidade e hierarquia do conhecimento.

O pensamento colonizador eurocêntrico baseia-se principalmente na ideia de que o homem europeu é o único civilizado frente ao restante do mundo, e que possui, portanto, a missão de civilizar os demais povos, utilizando como ferramenta a marginalização e até mesmo criminalização das práticas e saberes dos povos originários (FERRAZO; LIXA, 2016, p. 2633). Esses elementos que tentam anular os saberes originários, substituindo-os por uma perspectiva eurocêntrica de produção do conhecimento, que se coloca como superior a todas as outras – e em todos os campos do saber (cultural, religioso, científico, político, jurídico) – naturalmente acabaram sendo incorporados por boa parte das populações latino-

americanas, o que garantiu a perpetuação da colonialidade<sup>3</sup> dos povos por séculos.

Para a implementação de uma colonialidade rígida e consistente, que persista em sua imposição no decorrer e desgaste do tempo, foi necessário que fosse realizado na América Latina, concomitantemente, um processo de colonização histórica pautada em certos mecanismos práticos para o encobrimento da cultura nativa e imposição de uma obediência subalterna. Juridicamente essas práticas se materializaram através da dominação e da domesticação, passando a institucionalizar a colonização e impor o eurocentrismo através do encobrimento da cultura autóctone, seja em suas tradições religiosas ou organizacionais, onde o cristianismo, face da razão eurocêntrica moderna, passa a promover o “progressivo abandono das culturas religiosas autóctones, classificadas como idolatrias e perseguidas de forma violenta – simbólica e física” (LIXA; FAGUNDES, 2018, p. 35).

Nesse contexto, o monismo jurídico, que tem como único detentor do monopólio da produção normativa o Estado, se consolida como mais uma face da colonialidade, uma vez que só serão aceitas e legitimadas as produções e aplicações jurídicas estatalizadas, conseqüentemente subalternizando, menosprezando e até criminalizando toda e qualquer expressão jurídica que não se conforme a estrita legalidade determinada pelo Estado (CARVALHO, 2013, p. 14).

O principal ponto de crise do monismo jurídico, que tem sua base na concepção eurocêntrica do direito, se verifica no fato de que, tendo o Estado o monopólio da produção jurídica, as normas conseqüentemente se tornam “‘descoladas’ da realidade social na qual se inserem, constituindo uma ‘realidade’ autônoma e altamente abstrata” (CARVALHO, 2013, p. 15), ou seja, acabam tornando-se incapazes de perceberem e se adequarem à dinâmica social local, acabando por tornarem-se ineficientes na resposta ao surgimento de novas demandas sociais.

---

<sup>3</sup> Como destaca Grosfoguel (2010, p. 467-468) é importante diferenciar colonialismo de colonialidade. Colonialismo se dá na instituição de uma relação hierárquica de poder político que se estabelece entre a metrópole e a colônia, findando com a independência da nação colonizada. Já a colonialidade são os efeitos históricos do colonialismo, ou seja, são as diferentes construções/idealizações da imagem do colonizador que o povo colonizado elabora em detrimento da sua própria.

Ao pesquisar a maneira como se deu a dinâmica de conquista, colonização e exploração, tanto das terras latino-americanas quanto de seus habitantes, é possível verificar que, ainda que o processo de civilização tenha se desenvolvido baseado na “violência contra o homem no processo produtivo e exclusão total do autóctone no aspecto antropológico” (Pires, 1998, p. 55-56) a partir do qual a metrópole objetivava impor um Direito único, homogêneo, padronizado nos moldes luso-hispânicos, não houve como impedir totalmente uma certa adequação ou modificação frente à diversidade cultural e jurídica pré-existente à chegada dos colonizadores ao continente americano.

Nesse contexto e utilizando as palavras de Wolkmer (2015b, p. 185) é possível definir pluralismo jurídico como uma “formulação teórica e analítica” que “designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria”, coexistindo diversas fontes do direito para além da legislação estatal, onde os diferentes grupos estruturam e regulam suas próprias jurisdições.

No mesmo sentido Santamaría (2015, p. 166), considera que pluralismo jurídico seja “a capacidade de compreensão sem pretensão de fusão entre sistemas jurídicos, práticas jurídicas e formas regulamentadas de convivência, sem ordem hierárquica nem submissão racional de uns aos outros”<sup>4</sup> (tradução livre dos autores).

Com o avanço do tempo a lógica monista de produção normativa entra em crise, vindo fortalecer como contraponto as teorias pluralistas do direito que, nas palavras de Lucas Borges de Carvalho (2013, p. 16) “apontam o caráter conservador da dogmática jurídica, presa a modelos epistemológicos ultrapassados, que constituem verdadeiros obstáculos para uma análise crítica do direito comprometida com a transformação social”.

Assim, o pluralismo jurídico vem a expressar duas faces diversificadas de funções imanentes, onde, de acordo com Antonio Carlos Wolkmer (2015a, p. 232) “pode exercer uma função ideológico-

---

<sup>4</sup>la capacidad de comprensión sin pretensión de fusión entre sistemas jurídicos, practicas jurídicas y formas de convivencia regladas, sin ordem jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros.

instrumental'conservadora' ou 'emancipatória'". Ambos os projetos concebem uma versão divergente do pluralismo jurídico em sua razão e funcionalidade, acabando por, evidentemente, contraporem-se um ao outro em sua manifestação epistêmica, onde reconhece-se que o pluralismo jurídico pode-se revelar tanto "como uma estratégia global progressista quanto um projeto do aspecto conservador" (WOLKMER, 2015a, p. 232).

### **Pluralismo jurídico emancipatório e conservador**

Examinando a obra de John Griffiths, Wolkmer (2015b, p. 219) destaca a crítica feita em relação à dificuldade que algumas formulações pluralistas apresentam de romper com a ideologia do centralismo jurídico, que "concebe o Direito como ordem exclusiva e unificada numa hierarquia de proposições normativas". Nesse ponto faz-se importante diferenciar o pluralismo legal, quando o Estado eventualmente reconhece e incorpora no seu ordenamento determinadas manifestações plurais da sociedade, porém com o objetivo de manter o monopólio da produção normativa, deslegitimando toda e qualquer prática pluralista de origem não estatal; daquele pluralismo realmente autêntico, que possui uma matriz horizontal, de produção normativa não hierárquica, fruto das relações existentes entre os diferentes campos e atores sociais (WOLKMER, 2015b, p. 220).

Essa ordem hierarquizada e unificada, como destaca Wolkmer, está fortemente internalizada na cultura jurídica dos povos colonizados. Esse ponto é facilmente identificado quando os Estados, através de suas Constituições, ainda que reconheçam a existência de ordens sociais e jurídicas diversas do sistema hegemônico, não são capazes (ou não possuem interesse real) de dar um passo para além do mero reconhecimento, uma vez que sua efetividade acaba condicionada aos modelos hermenêuticos baseados no mesmo positivismo jurídico de sempre.

Como destaca Santamaría (2015, p. 166-167), ainda que a hegemonia alcançada pelo monismo não tenha encerrado por completo práticas pluralistas, por vezes até reconhecendo e incorporando outras ordens legais, trazendo à tona com o passar do tempo a sua ineficácia, é preciso ter consciência de que um pluralismo jurídico que de fato integre as distintas ordens normativas de sociedades abundantemente plurais, como a latino-americana, passa inevitavelmente por um caminho que repense as bases conceituais e racionais do próprio direito.

## Nas palavras do autor

Pretender práticas jurídicas e formas regradas de convivência, sem ordem hierárquica ou submissão racional entre si, é um exercício hermenêutico profundamente complexo, que exige desvincular-se da prepotência racional legal e da supremacia jurídica dos detentores do discurso formal do direito ocidental. (SANTAMARÍA, 2015, p. 167; tradução livre dos autores)<sup>5</sup>

Assim, ao reconhecer a preponderância jurídica hegemônica é que se reconhece um pluralismo jurídico de função puramente conservadora, que se desvirtua do pluralismo corporativista medieval, mas que se baseia em um pluralismo liberal-burguês de minorias exclusivistas, discriminadoras e desagregadoras. Esse pluralismo conservador, que expressa uma tradição de cunho burguês “foi defendido na primeira metade do século passado” (século XX) e tem se reintroduzido como “a principal estratégia do novo ciclo do Capitalismo mundial – envolvendo descentralização administrativa, integração de mercados, globalização e acumulação flexível do capital, formação de blocos econômicos, políticas de privatização, informalização dirigida de serviços, regulação social reflexiva e supranacional etc.” (WOLKMER, 2015a, p. 233).

Em contrapartida, quando se pensa em uma sociedade democrática e participativa, emancipada dos modelos de colonização e colonialidade impostos e adaptada às contingências de sociedades subalternas, marginalizadas e excluídas “como as da América Latina, que convivem secularmente com o intervencionismo, a dependência e o autoritarismo” (WOLKMER, 2015a, p. 233) é que se constrói um modelo de pluralismo jurídico de função emancipatória, “como instrumento contra-hegemônico de emancipação de estruturas sociais dependentes” (WOLKMER, 2015a, p. 233). As duas faces do pluralismo jurídico moderno, portanto, opõem-se radicalmente um ao outro.

O pluralismo de corte conservador opõe-se radicalmente ao pluralismo democrático e transformador. A diferença entre o primeiro e o segundo está, fundamentalmente, no fato de que o pluralismo conservador obstaculiza a organização dos movimentos sociais e

---

<sup>5</sup> Pretender prácticas jurídicas y formas de convivencia regladas, sin orden jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros es un ejercicio hermenéutico profundamente complejo que requiere despojarse de la prepotencia racional y de la supremacía jurídica a los detentadores del discurso formal del derecho occidental.

dissimula a verdadeira participação, enquanto o pluralismo transformador como estratégia democrática comunitária *procura conscientizar e estimular a participação múltipla dos segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos insurgentes*. (WOLKMER, 2015a, p. 234, grifo nosso)

Portanto, enquanto o pluralismo de corte conservador de matriz liberal é atomístico e gira em torno dos “intentos econômicos exclusivos do mercado competitivo, o pluralismo jurídico de corte emancipatório, transformador e progressista gira em torno de um projeto integrador, unindo “indivíduos, sujeitos e grupos organizados em torno de necessidades comuns” (WOLKMER, 2015a, p. 234).

Cumprindo com o pressuposto e buscando observar o sistema de necessidades sociais advindas de novos sujeitos coletivos e históricos é que, através de um pluralismo jurídico de corte essencialmente emancipatório, surge a proposta do nomeado “pluralismo jurídico comunitário-participativo”, criado por Antônio Carlos Wolkmer, como alternativa crítica ao paradigma pluralista neoliberal moderno e como paradigma, por sua vez, adequado às práxis latino-americanas.

### **Pluralismo jurídico comunitário-participativo.**

Inicialmente, ao conceber o pluralismo jurídico comunitário-participativo, tese principal do pensamento jurídico crítico de caráter pluralista de Antônio Carlos Wolkmer, deve-se entender que se trata de um projeto de alteridade, mais especificamente, para espaços periféricos do capitalismo latino-americano que se aloca em posição subalterna de forma agravada por profundas crises político-institucionais. Afere-se, portanto, de forma geral, o pluralismo jurídico para Wolkmer (2015b, p. 257), enquanto projeto de alteridade, como “multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Assim, o pluralismo jurídico comunitário-participativo, designa-se como instância não apenas jurídica, mas também política, uma vez que “surge como resposta à ineficácia e ao esgotamento da legalidade liberal-individualista e às formas inoperantes de jurisdição oficial” (WOLKMER, 2015b, p. 386). Nas palavras do autor

Afirma-se, deste modo, a proposta por um pluralismo jurídico (designado comunitário-participativo) configurado através de espaços públicos abertos e compartilhados democraticamente, privilegiando a participação direta de sociabilidades excluídas e subalternas, capazes de instaurar novos direitos enquanto necessidades desejadas e possibilitando que o processo histórico de lutas se encaminhe por vontade e por manifestação autêntica das bases comunitárias. (WOLKMER, 2015b, p. 82)

Assumindo papel evidentemente emancipador na sociedade, ao observar sequelas sociais advindas da colonialidade ativa em realidades periféricas e subalternas, é que o pluralismo jurídico comunitário-participativo se caracteriza como vertente crítica jurídico-política de cunho não dogmático, nem estatal e nem absoluto, mas que observa necessidades essenciais da sociedade através da participação comunitária e dos processos sociais de luta histórica das mais diversas realidades, de forma emancipatória e transformadora.

Lucas Machado Fagundes, ao buscar uma contextualização plena do paradigma jurídico em pauta, realça que existem cinco expressões comunitárias participativas, sendo essas:

a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização do espaço público participativo; d) defesa pedagógica por ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória. (FAGUNDES, 2016, p. 172)

Buscando as expressões comunitárias participativas como razão principal do paradigma em pauta é que as lutas sociais encontram seus “valores” essenciais voltados à “identidade, autonomia, satisfação das necessidades fundamentais, participação democrática de base” e “expressão cultural do ‘novo’” (WOLKMER, 2015b, p. 387). No processo de identidade, mais especificamente, é que “permite estabelecer que Justiça e Direito sejam conquistas do povo, extraídos de um social conflitivo e de relações de força que não se confundem com o ‘legal’ positivado e outorgado compulsoriamente pelas minorias, camadas e classes privilegiadas” (WOLKMER, 2015b, p. 387).

No transcurso de identificação, portanto, é que se encontram e caracterizam os “novos sujeitos históricos”, atuando tanto como “sujeitados” quanto “sujeitadores”, ao passo que se reconhece seu processo de luta, exclusão e requisição comunitária histórica e material de forma a ser

observada em um sentido jurídico-político, passando a ser também uma “fonte alternativa de direito”, quebrando o vínculo monista da estatalidade como única fonte de direito, de forma que se descentralize o poder.

A descentralização do poder e das “fontes jurídicas” em espaços públicos, marcada por uma pluralidade de interesses ao passo que se efetivem de forma real as necessidades humanas, estimula uma juridicidade que passa a emergir de formas diversificadas no “agir comunitário”, “mediante processos sociais autorreguláveis advindos de grupos voluntários, comunidades locais, associações profissionais, representações étnico-culturais, organizações populares, corpos intermediários etc.” (WOLKMER, 2015b, p. 127).

Porém, Wolkmer (2015b, p. 128) afirma que se deve privilegiar um “certo tipo de agrupamento comunitário agregador de interesses e de práticas autonômicas”, na qual seriam os “movimentos sociais”, ou os “novos movimentos sociais”, os responsáveis e capazes de efetuar de forma singular uma “construção paradigmática de outra cultura político-jurídica pluralista” (WOLKMER, 2015b, p. 129).

Forjando uma cultura político-jurídica de expressão pluralista, empoderadora e efetivamente emancipadora, é que os sujeitos históricos – com destaque aos movimentos sociais – passam a construir uma consciência comunitária que desencadeia a transformação epistemológica das mais diversas realidades constituídas pela pluralidade de interesses variados. Essa transformação reivindica um processo ético, baseado na solidariedade e alteridade que seja capaz de, de acordo com Wolkmer (2015b, p. 11), edificar uma “prática pedagógica desafiadora” que desperta “estrategicamente para uma reflexão libertadora e comprometida” com a real efetivação das necessidades das sociedades e povos.

## **Conclusão**

A partir da “experiência da centralidade” alcançada por meio da expansão ultramarina realizada inicialmente por portugueses e espanhóis, e depois abrindo espaço para os ingleses, na América Latina, marcada por um conjunto de estratégias violentas de apropriação e exploração tanto do território quanto das populações aqui encontradas, além da violência física e cultural, o processo de acultramento e colonização do pensamento teve papel determinante para o sucesso e perpetuação do co-

lonialismo, classificando e hierarquizando as diferenças étnicas, culturais e jurídicas.

Dessa forma se estruturou o direito das colônias, tendo como resultado um sistema monista, hierarquizado e eurocêntrico, que menospreza e criminaliza qualquer expressão comunitária de produção jurídica, ainda que tivesse que encontrar maneiras de se adaptar a um cenário de grande pluralidade étnica e cultural existente no continente.

Partindo do entendimento que o modelo eurocêntrico e monista de produção do conhecimento, pautado pelo individualismo liberal e pela estatalidade exclusivista da produção normativa, é limitado e ineficaz no propósito de garantir a satisfação das necessidades humanas fundamentais, é que se dá o surgimento e fortalecimento da criticidade como base de análise e construção da consciência a respeito dos efeitos de séculos de colonialidade na América Latina – subalternização, domesticação e encobrimento das culturas, saberes e práticas autóctones.

A ruptura de paradigma que caminha para o encontro de formas alternativas à ordem hegemônica da lógica positivista, de caráter tecnoformal elitista, parte da busca pela retomada das características eminentemente plurais dos povos latino-americanos, exigindo uma nova formulação de saberes, descolonizadora e, portanto, pautada pela horizontalidade e democratização da construção de uma nova cultura político-jurídica, muito mais comunitária e participativa, ampliando o rol de novos direitos a partir das constantes modificações sociais.

Tendo em mente que da tensão entre as forças que visam manter o *status quo* e aquelas que lutam pela modificação das estruturas hegemônicas, pode surgir um falso pluralismo, ou pluralismo conservador, fruto da dominação do Estado colonizado, de matriz neoliberal e globalizante, é preciso se manter atento ao que observa Herrera Flores (2009, p. 25), quando diz que a conquista de direitos surge do fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações, para servir de processo no qual a finalidade principal é o acesso aos bens materiais e imateriais, que trazem dignidade à vida humana.

Tem-se, então, como proposta de mudança paradigmática da construção normativa um pluralismo capaz de descolonizar o pensamento jurídico e, ao mesmo tempo, viabilizar que o direito e a justiça tenham como fonte a diversidade de práticas comunitárias que deixam de ser su-

bordinadas e subjugadas à ordem jurídica estatal, onde “a dinâmica reguladora é assumida pelas forças individuais e pelas identidades coletivas em processo de lutas históricas” (WOLKMER, 2015b, p 403).

A proposta pluralista desenvolvida a partir dos estudos de Antônio Carlos Wolkmer, denominada “pluralismo jurídico comunitário-participativo”, nasce como resposta à necessidade de articulação entre o direito estatal e a normatividade social, que se alimenta das mais variadas fontes do direito, sem deixar de promover a interdisciplinaridade com as mais diversas áreas do conhecimento, na busca pela concretização material das necessidades humanas essenciais.

## Referências

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e Descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.); NETO, Francisco Q. Veras (Org.); LIXA, Ivone F. M. (Org.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação na América Latina*. Tradução de Luiz João Gaio. 1ª edição. São Paulo: Edições Loyola; Editora UNIMEP, 1977. 284p.

FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo. In: *Revista Amicus Curiae*. Criciúma, Vol. 13, n. 01, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net>>. Acesso em: 9 de outubro de 2018.

FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. In: *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, Vol. 08 n. 04, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 19/02/2018.

FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.

LIXA, Ivone F. M.; FAGUNDES, Lucas Machado. *Cultura jurídica latino-americana: entre o pluralismo e o monismo na condição da colonialidade*. 1ª edição. Curitiba: Multideia, 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber – Eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas*. Edgardo Landier (Org.). Buenos Aires: Consejo

Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>>. Acesso em: 20/01/2018.

SANTAMARÍA, Rosember Ariza. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. In: *Revista InSURgência*. Brasília, ano1, vol. 1, n.1, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br>>. Acesso em: 28/04/2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América Luso-Hispânica. In: *Direito e Justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone F. M. (Orgs.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015a.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015b.

WOLKMER, Antonio Carlos; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. Redefinindo os Paradigmas do Direito na América Latina: Interculturalidade e Buen Vivir. In: *Revista dos Tribunais/Revista de Direito Ambiental*, vol. 78, 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 24/11/2017.

## COMENTÁRIOS À OBRA SENHORES E CAÇADORES À LUZ DO MODELO CIVILIZACIONAL DO *BEM VIVER*

*Luciana Falcão Vieira\**

*Maria Aparecida Lucca Caovilla\*\**

---

---

### **Introdução**

O jurista alemão Claus Roxin, citado por Olivé (2011, p. 03), ensina que “a ciência não se faz com a intervenção de alguém que se encontra na posse da verdade, a quem os outros escutam dizendo ‘sim, é assim’. A ciência, ao contrário, desenvolve-se no debate e na discussão”.

É no debate e na discussão que surgem as ideias, as quais se superam, se complementam, formam emaranhados ou se enfileiram em trincheiras ideológicas que formam as teorias. E o que seria da pragmática vida cotidiana sem as teorias. O esperado e produtivo é o alinhamento de teorias com bases similares, onde os pensamentos formam uma sinergia ideológica que gera o saber inesperado, que fascina e surpreende.

Mas o inesperado ajuntamento de ideias díspares, de áreas, épocas e escolas diferentes também pode ser produtivo, gerando um positivo enlace de pensamentos, que se surpreendem, descobrindo janelas inusitadas para suas ponderações.

Com este afã, este artigo se propõe a comentar uma situação peculiar abordada por Edward Palmer Thompson na obra *Senhores e Caçadores* e traçar paralelos com as linhas traçadas pela teoria da tipicidade conglogante e com o modelo do bem viver, que tem pautado estudos de direito ambiental no constitucionalismo Latino Americano.

---

\* Graduada em Direito pela Unochapecó. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó.

\*\* Doutora em Direito, Política e Sociedade Pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina. Docente do PPGD/UNOCHAPECÓ. E-mail: caovilla@unochapeco.edu.br.

A primeira é uma obra de cunho histórico-sociológico que retrata a realidade desigual vivida por camponeses ingleses no século XVI. Os fatos, que se passam em 1723, abordam a punição atribuída à caça de animais e à coleta de lenha com fins de sobrevivência.

No segundo feixe de ideias a serem expostas está a teoria do Bem Viver, que tem sido objeto de qualificada produção literária na academia Latino Americana, como Liliane Cristine Schelemer Alcântara, Isabel Jurema Crimm, Carlos Alberto Cioce Sampaio, Oklinger Mantovaneli Júnior, Shimene Feuser, Manon Garcia<sup>1</sup>, Germana de Oliveira Morais, François Houtart, Antonio Carlos Wolkmer, Maria de Fátima S. Wolkmer e Débora Ferrazzo. O estudo do direito constitucional sob a ótica da Teoria do Bem Viver permite contrapor com propriedade dois modelos de sociedade.

De um lado está a sociedade cuja dinâmica de vida objetiva a irracional busca pela acumulação de capital, tendo o lucro cada vez maior como um fim visado por todos. Nessa sociedade a natureza e os ecossistemas são vistos como objetos que estão à disposição do homem. É uma sociedade onde as riquezas estão no centro, muitas vezes em detrimento do próprio homem.

De outro lado está a sociedade ecocêntrica preconizada pela doutrina do Bem Viver. Nessa sociedade as riquezas estão em lado periférico e são vistas como um instrumento, um meio. O fim é a obtenção de uma vida com qualidade, que flua de forma integrada com os diversos ecossistemas, deles retirando apenas o necessário para a subsistência, sem gerar ameaças de danos à flora ou à fauna.

O presente artigo se lança no desafio de analisar um dos mais belos escritos de Edward Palmer Thompson<sup>2</sup>: a obra *Senhores e Caçadores* sob

---

<sup>1</sup> Estes autores do artigo Bem Viver: discussões teóricas conceituais. *Cultura y Pensamiento*. Revista *Pensamiento Actual*. Vol. 17. No. 28, 2017. Universidade de Costa Rica – Sede de Occidente.

<sup>2</sup> O historiador britânico Edward Palmer Thompson nasceu em 03/02/1924 em Oxford. Apresentando uma linha marxista de pensamento, mostrou grande oposição ao fascismo instaurado na Itália por Benito Mussolini durante a 2ª Guerra Mundial. Aderiu ao Partido Comunista e em 1946 formou um grupo onde, junto com outros estudiosos, aprofundou-se sobre a doutrina Marxista. Em sua trajetória acadêmica, registra-se ter estudado no Colégio Corpus Christi, de Cambridge. Lecionou na Universidade de Leeds em curso não acadêmico dirigido aos trabalhadores. Também foi professor na Universidade de Warwick e em uni-

os diferentes holofotes desses dois modelos de sociedade e, quiçá, retirar substratos que nos auxiliem na tarefa de lançar um olhar qualificado, analítico e atuante sobre o modelo social em que vivemos.

### **Da obra Senhores e Caçadores**

A obra aborda a realidade vivida pela Inglaterra após os anos de 1723 a 1725 e é construída a partir dos dados colhidos com moradores que viviam em situação de miséria e pobreza nas florestas inglesas.

Em maio de 1723 foi editado o diploma normativo que ficou conhecido como a Lei Negra, o qual tipificou, de uma só vez, 50 condutas. Destas condutas, desdobravam-se ações que poderiam resultar de 200 a 250 crimes passíveis de pena máxima. De um dia para outro, a partir da entrada em vigor da citada lei, condutas passaram a sujeitar os cidadãos delas praticantes a severas penalidades, sendo muitas delas atos corriqueiros, praticados como exigências do dia a dia da luta pela sobrevivência.

Uma das condutas que passaram a ser consideradas crime capital é a coleta de lenha pelos camponeses pobres que residiam nos arredores das florestas britânicas.

ARRUDA (1989, p. 127) pontua que a obra Senhores e Caçadores coloca na berlinda o Estado britânico do século XVII, cujas ações voltavam-se à proteção da propriedade em primazia e, sem segundo plano, das vidas e liberdades dos proprietários. Estas ações eram praticadas sem preocupação com os efeitos que poderiam causar na vida e na liberdade daqueles que eram desprovidos de posses ou títulos.

As discussões disseminadas através do livro Senhores e Caçadores têm como pano de fundo a criminalização de condutas como a coleta de lenha na Floresta de Windsor. O livro mostra como as florestas eram um local de conflitos entre os trabalhadores e os proprietários, que se portavam como senhores das terras e das pessoas que sobre elas estavam.

---

versidades norte-americanas, dentre as quais cita-se Pittsburg, Rutgers, Brow e Dartmouth College. Faleceu em 28/08/1993 e é considerado por muitos como o maior historiador inglês do século XX.

Além do preconceito com a pobreza, havia o descaso social em razão da etnia. Os negros eram considerados bandidos, rebeldes rurais. ARRUDA (1989, p. 128) acrescenta que eram chamados “‘florestanos armados’, ‘gente do campo’, que se habituara à resistência armada aos parqueamentos privados, a usurpação das terras comuns, ao seu direito de cortar lenha, recolher turfa ou apresentar seus rebanhos”.

Muitos trabalhadores pintavam o rosto com fuligem, camuflando-se entre as árvores para usurpar a sobrevivência em um ambiente de todo modo hostil, coletando itens como frutos e gravetos.

### **Ponderações iniciais**

Basta uma olhadela no quadro pintado no texto de Thompson para despertar-se um sentimento de sensibilização frente à realidade simples daqueles camponeses ingleses que nada mais queriam do que retirar da floresta frutos para a subsistência e gravetos para aquecer-se frente às sabidas condições hostis de suas moradias, especialmente por suas condutas serem objeto de persecução penal.

De todos os ramos do direito, o mais severo é o penal, que pode tirar mais que os recursos financeiros, alcançando a honra e a liberdade. Nos outros ramos as sanções aplicadas e suas consequências são menos nefastas e são ampliadas as possibilidades de discussão e de transação.

No estreito veio do direito penal, se a conduta descrita no tipo for praticada, abre-se a porta do sansão penal. Tucci (2013, p. 303) resume tipicidade como a justaposição do fato ao tipo penal. Havendo um evento lesivo busca-se o modelo incriminador para promover a sua adequação; auferindo êxito, tem-se a tipicidade.

Uma vez reconhecida judicialmente a prática de uma conduta tipificada penalmente, não passível de nenhuma forma de excludente legal o cidadão tem sobre si a mancha de uma condenação penal, cujos sinais sociais perduram durante tempo bem posterior ao cumprimento da pena.

Destoa-se, portanto, de todos os outros ramos jurídicos, a persecução penal. Mas isto não tem o condão de separar o direito penal do emaranhado formado por todos os demais diplomas e preceitos que compõem um ordenamento jurídico. Ao contrário, o caráter mais severo das punições praticadas decorre da interligação entre o penal e o resto do or-

denamento, que lhe comunica a ineficiência de outras medidas e a necessidade de sua atuação. Daí sua interligação com todos os diplomas legais.

Na mesma toada de interligação está o ordenamento jurídico com a sociedade à qual suas diretrizes são encaminhadas. Independentemente de estar inserida em um contexto de democracia ou de autocracia, o direito retira sua força do seio social e é neste seio social que consegue o necessário respaldo para ser efetivamente vivido como uma diretriz normativa social.

As revoltas e movimentos sociais comprovam a impossibilidade de imposição continuada no tempo de leis desprovidas de legitimidade social.

### **Da ilegitimidade para a tipificação das condutas dos campesinos ingleses**

Com este panorama, inicialmente este texto teve por objetivo discutir o contrassenso de lançar mão da mais severa das atuações do direito, punindo penalmente condutas que não possuem reprovabilidade social alguma e tampouco geram risco social, sob os trilhos da teoria da tipicidade conglobante escrita por Eugênio Zaffaroni.

O estudo da tipicidade abre alamedas sem fim, das quais muitos metros já foram cruzados por sucessivos trabalhos de renomados penalistas. Da necessidade da adequação típica surgiu a ponderação de que é necessária uma correspondência mais profunda do que a simples correspondência objetiva entre o fato humano praticado e a conduta que está descrita no tipo penal. Capez (2002, p. 166) assinala que “para essa adequação a teoria finalista exige o comportamento doloso ou culposo, e a teoria social, além disso, a vontade de produzir um dano socialmente relevante”.

Conceitualmente, a tipicidade “passeou” dentre vários caracteres do conceito de crime, ora alocando-se na ilicitude, sob os estudos de Mayer; ora sendo essência da ilicitude, por influência de Mezger e Sauer e ora como um fator independente, sendo esta a matriz que prevaleceu (CAPEZ, 2002, p. 167/169).

Emergem, neste ponto, as ponderações de Eugenio Raul Zaffaroni ao escrever a Teoria da Tipicidade Conglobante, que inclui a tipicidade e

a ilicitude na mesma fase de aplicação da pena, como elementos fundidos. “Se o fato corresponder ao que está descrito no tipo (tipicidade legal), mas não for ilícito, não existirá juízo de tipicidade (a chamada tipicidade penal), pois “o tipo não pode proibir o que o direito ordena, nem o que ele fomenta” (CAPEZ, 2002, p. 175). A tipicidade, portanto, é vista como um elemento que integra o fato típico.

Com isto tem-se que uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo Estado não pode ser considerada típica. O que é permitido, fomentado ou determinado por um instrumento normativo não pode ser proibido por outro. Tal qual ocorre com um bloco econômico no âmbito do direito internacional, pela teoria da tipicidade conglobante o sistema legal deve ser visto como um sistema integrado e interdependente.

Junqueira (2012, p. 70), pondera que “o juízo de tipicidade implica uma proibição a priori da conduta, não podem ser consideradas sequer proibidas aquelas condutas que não são apenas toleradas (discriminantes), mas sim fomentadas ou determinadas pelo ordenamento, sendo assim, importante considerar o que a norma queria atingir, o que ela quer proibir.” Assim, a teoria da tipicidade conglobante fundamenta certa restrição à possibilidade de o Estado aplicar o jus puniendi, explicando situações em que este poder- dever não encontra legitimidade.

### **Antinomias da Lei Negra e da Lei do Cerceamento que a antecedeu**

O artigo Cerceamentos e Revolução Industrial Inglesa, escrito pelo Mestre em História Tales Pinto, traz à colação um importante registro histórico dos diplomas legais ingleses no período anterior à Lei Negra. Ele conta que no século XVI foi editada na Inglaterra a Lei de Cerceamentos (*Enclosure Acts*), que seguiu sendo reeditada por vários monarcas que foram se sucedendo, especialmente a partir do século XVIII. Essas leis passavam para a propriedade de particulares as terras que eram de uso comum dos camponeses. Nessa espécie de privatização das glebas de terras públicas, cada um dos contemplados com o título de propriedade das terras passava a ser o senhor feudal sobre a gleba, nela determinando tudo e a todos sujeitando.

A ocupação rural inglesa que inicialmente era realizada em campo aberto, passou a ser realizada em áreas fechadas. Com isto, a utilização da terra que desde a Idade Média era comunitária, passou a ter traços de

privatização, rompendo-se as relações de subordinação e confiança que existiam em relação ao Senhor Feudal, que passaria a ser o proprietário das terras.

A paisagem rural inglesa que era caracterizada pelo openfield (o campo aberto, sem vedação) passou a ter sua exploração nos campos fechados. As terras comunais inseriam-se em uma tradição econômica de utilização comunitária que remontava à Idade Média, e sua privatização representava a ruptura das relações capitalistas com o antigo mundo feudal. O senhor feudal deixava, assim, de ser o detentor da posse de terras para se tornar o seu proprietário. (PINTO, p. 1)

Também dessa época é a expansão urbana e industrial do capitalismo ocorrida a partir do século XVII, na chamada Revolução industrial inglesa, que se baseou na obtenção do lucro a partir da exploração do trabalho assalariado, retirando boa parte da população do campo.

Os camponeses que utilizavam as terras de forma comunal e dela extraíam madeira, caça e outros produtos viram-se privados dessa fonte de recursos. A incapacidade de produção em seus pequenos lotes de terras obrigou esses camponeses a abandoná-las – sendo então apropriadas pelos grandes proprietários – e a tentar melhores condições de vida nas cidades. Dentre elas, destacavam Bristol, Birmingham, Manchester, Liverpool, Londres e Glasgow, que contavam com inúmeras fábricas. Os camponeses passavam a ser, dessa forma, assalariados nas cidades, contribuindo para a formação da classe operária na Grã-Bretanha. (PINTO, p. 1)

Mas os novos postos de trabalho criados pelas fábricas nos agrupamentos urbanos não se prestam a absorver toda a mão-de-obra campesina, do que resultou um quadro em que imensa massa de desempregados mendigava e vivia de pequenos crimes, sujeitando-se às mais severas punições, como açoites e enforcamentos.

As terras foram cercadas e se transformaram numa mercadoria, despertando o interesse em obtê-las cada dia mais. Esse interesse passou a ser atendido através do condenável dreno de pântanos e com a destruição de florestas. Tudo para manter a burguesia emergente.

No período que se seguiu à Lei dos Cercamentos, se formou o cenário da Lei Negra. A obra *Senhores e Caçadores* descreve a vida de diferentes classes sociais que transitavam ou viviam na Floresta de Windsor.

A Floresta de Windsor localizava-se perto do Castelo de Windsor. Do centro de Londres distava cerca de duas horas e meia em carruagem rápida. Com esta proximidade, a Rainha Anne e sua corte deslocavam-se frequentemente até o bosque no verão. Na floresta a corte praticava tiros ao alvo e caça, dentre outras diversões.

A floresta, durante seu reinado, apresentou um contraste extremo nas paisagens e nos estilos de vida. Windsor e arredores próximos, residência de verão da corte, ofereciam os requintes da civilização. Pêssegos e damascos cresciam nos jardins das elegantes vilas às margens do Tâmsa, e grandes cortesãos como o Conde Ranelagh e o Duque de St. Albans, tinham montado sedes luxuosas a uma confortável distância do castelo. (THOMPSON, 1924, p. 17/22)

Thompson (1924, p. 17/22), esclarece que “em 1722<sup>3</sup> nem todos os ingleses eram pequenos agricultores ou rendeiros consuetudinários das florestas”. Mas todos dos arredores da Floresta de Windsor dela extraíam elementos fundamentais à sua subsistência, especialmente frutos, caça e lenha para aquecer-se. Para tanto, os camponeses andavam armados com espadas, armas de fogo ou outras armas de ataque e camuflavam-se na floresta pintando seus rostos com fuligem preta. Esta descrição do comportamento dos campesinos foi tipificada, passando a ser crime o porte de armas ou o enegrecimento do rosto, que passaram a constituir delito passível de pena de morte.

A chamada Lei Negra tipificou mais de cinquenta delitos diferentes, aos quais aplicava a pena de morte. Além disso, Thompson (1924, p. 23) acrescenta que a lei foi redigida de modo muito vago, se tornando campo fértil para condenações cada vez mais abrangentes. Esta lei inaugurou um período marcado pela justiça retributiva, com tamanho rigor que Thompson afirmou que os legisladores de 1723 a escreveram com sangue (1924, p. 25).

A Floresta de Windsor tinha mais de 48 km de circunferência, abrangia cerca de 40.000 hectares. Nesta área a Floresta copiosamente deramava suas benesses: ar puro, frutos, madeira, caça. Tais benesses pode-

---

<sup>3</sup> Gilmar Antonio Bedin (2001, p. 39), registra que os níveis de alfabetização eram baixíssimos, sendo a leitura e a escrita praticamente monopólio do clero e limitadas ao latim. A população tinha níveis muito baixos de nutrição, conforto e segurança, pelo que a expectativa de vida era baixíssima e a densidade populacional em muitas áreas ficava abaixo do viável.

riam ser tomadas para a diversão de uma classe, sem que fossem efetivamente utilizadas, podendo ficar caída pelo caminho. Isto era legalmente permitido. Entretanto, outra classe, aquela que efetivamente necessitava dos recursos da Floresta para viver, não poderia dispor dos mesmos, sob pena de morte.

Zaffaroni (2007, p. 45/46) discorre sobre a aplicabilidade do poder punitivo estatal como um mecanismo de dominação e manutenção de um poder institucionalizado e alinhava a análise do colonialismo Europeu.

Não é possível falar de cidadania neste período, pois o conceito sequer existia. Tratava-se de súditos, porém o círculo de súditos privilegiados era reduzido, de modo que a grande maioria era composta pelas classes subalternas, que deveriam ser mantidas nessa condição. Eram considerados indesejáveis os inimigos indiretos, aqueles que, com sua conduta, desafiavam a férrea ordem vertical e se distinguiram dos simplesmente inferiores – destinados à exploração pura e simples -, que apenas em caso de indisciplina eram punidos exemplarmente, com horríveis torturas, para evitar qualquer desvio em sua domesticação extrativas. Por isso, os indesejáveis e, para isso, recorria-se sempre à pena de morte, embora existisse como alternativa e eliminação um tanto mais lenta, mediante a incorporação forçada dos exércitos ou a produção de energia motriz (pena de galés). (ZAFFARONI, 2007, p. 37)

O ato de colher lenha para uso doméstico por famílias camponesas que necessitavam aquecer-se e cozinhar alimentos era um crime capital, praticado por uma classe que era considerada desprezível. A função de Floresta não era contribuir com a sobrevivência de classes menos favorecidas.

A Floresta se prestava a assegurar ao Rei uma distração para as preocupações do Estado e também à Rainha Anne, que era uma excelente caçadora. E a função de proporcionar recreação à realeza se estendia à corte, que ganhava um parque particular de cervos aqui, uma lagoa com direitos privados de pesca acolá, ou mesmo pretensões exclusivas de domínio senhorial sobre glebas. (...) para uso pessoal, total liberdade com a madeira, caça miúda e pasto; outras ainda eram o soldo de uma corrupção tradicional (venda de veação às escondidas por conta própria ou aceitação de propinas, como pagamento pelo silêncio, de caçadores clandestinos (THOMPSON, 1924, p. 39).

O cumprimento das leis florestais era buscado por uma complexa estrutura de cargos fiscalizatórios e executores, os quais eram entregues aos próximos do Reino, juntamente com prerrogativas. E a possibilidade de escolha dos melhores postos, acompanhados de prerrogativas, não afastava a voracidade de obter mais e mais vantagens do modo mais fácil, o que abria as portas do sistema para a corrupção.

A lógica e a razão não permitem identificar-se permissivo moral que justifique um tratamento tão díspar quanto à regulação do acesso à Floresta e a seus bens naturais a pessoas de diferentes classes sociais. Se há alguma reprovabilidade social a ser identificada nas medidas prescritas pela Lei Negra, esta reside na condenação de uma classe menos favorecida a ser privada de bens indispensáveis à sobrevivência, em razão de interesses preconceituosos, individualistas e desprovidos do mínimo senso comunitário/social.

Cumprir à risca tal diploma legal implica dizer que uma área de 40.000 hectares de floresta deveria ser utilizada somente para os deleites e divertimentos da monarquia de sua corte parasita. Aos camponeses dos arredores da Floresta de Windsor restaria a inevitável condenação à morte, seja pela falta de alimentos ou pela execução capital em razão da busca destes. Não há moral ou reprovabilidade social que possa trazer aos tipos penais relacionados a tipicidade penal, subsistindo aos tipos penais estampados na Lei Negra tão-somente uma tipicidade legal, com duvidosa legitimidade efetiva. Ausente, portanto, a tipicidade conglobante que autorizaria a perseguição penal.

### **Do modelo civilizacional do *Bem Viver***

Se este artigo parasse por aqui já estaria comprovado o esvaziamento da legitimidade punitiva estatal levada a termo em face dos moradores camponeses da Floresta de Windsor em razão da edição e aplicação da chamada Lei Negra.

Não obstante, à importante produção literária já citada, faz-se necessário dar um passo filosófico a mais na peculiar regulação da obtenção de recursos naturais na Floresta de Windsor. Com efeito, uma análise mais apurada evidencia que os fatos ocorridos em Windsor guardam grande proximidade com as relações que interligam os diversos atores internacionais na sociedade contemporânea.

(...) um novo modelo ecocêntrico, comunitário, cooperativo, fraternal, com potencialidade de irradiar-se, a longo prazo, para toda a humanidade e de conformar uma nova consciência terrestre. (...) rumo a associações mais amplas, que só podem ser vividas e efetivas se cada um e todos reconhecerem essa qualidade à Terra, ela própria matéria e pátria de todos os seres humanos (...). (MORAES, p. 26)

Tanto no tratamento legal dado às tipificações das condutas, quanto na executoriedade das mesmas e no tratamento estatal verifica-se a existência de diferentes modos de vida e de formas de gestão dos recursos naturais, os quais, para fins didáticos, reunir-se-á em dois grupos.

Um dos grupos é formado por camponeses que cujos horizontes se cingem na vida simples, onde o trabalho visa a obtenção dos recursos essenciais à sobrevivência. Nestes não há a busca por acumulação de prerrogativas governamentais, inexistindo o acesso a elas e, até mesmo, a ciência da existência de muitas delas. Na simplicidade aparente deste grupo verifica-se a relação de alteridade em relação à coletividade, com o outro e com os diferentes ecossistemas. Não havendo motivo ou recursos que direcionem à exploração dos recursos naturais em quantidade, a colheita de frutos, a caça e o recolhimento de lenha ocorrem de modo sustentável, com racionalidade ecológica e respeitando a natureza exuberante da Floresta. A simplicidade dos camponeses faz com que, intuitivamente, eles se vejam como atores coadjuvantes de um todo natural, no qual a Floresta apresenta papel principal e deve ser preservada para o bem de todos.

O outro grupo é formado por indivíduos que se entendem por atores principais de um complexo sistema de leis, as quais fluem em seus favores concedendo-lhes benefícios e privilégios em relação a seus pares e colocando-lhes em posições favorecidas na obtenção de recursos naturais. Estes agentes invertem a lógica das relações interpessoais. Veem a Floresta como um bem qualquer, que pode ser apropriado e utilizado por quem for “mais esperto” na obtenção de permissivo para tanto. Como se tudo fosse um grande sistema em que estes indivíduos estão no centro e tem ao seu redor recursos a serem apropriados e utilizados na obtenção de seus objetivos.

Os fatos de que trata a obra *Senhores e Caçadores* podem facilmente ser usados, analogicamente como trilha para um passeio sobre a sociedade internacional contemporânea. Nesta igualmente populações nativas

e também os recursos naturais são vistos como objetos que podem ser utilizados na obtenção do fim visado pelas grandes potências: o lucro, a acumulação de capital. As populações pobres que não são vistas como objeto passam a ter ainda pior condição, sendo vistas como um fator indesejado, a exemplo do que ocorreu com os moradores da Floresta de Windsor e, na nossa sociedade contemporânea, com os refugiados.

A contraposição entre a postura ecocêntrica e antropocêntrica destes dois modelos sociais é feita com propriedade pela teoria do Bem Viver. Esta teoria alerta para as consequências nefastas para a vida humana que o trato com a natureza sem o devido cuidado e respeito pode trazer. Ela propõe o uso dos recursos naturais de modo sustentável, com extração apenas do necessário à sobrevivência, como intencionavam fazer aqueles campesinos ingleses objeto do texto em estudo.

A teoria do bem viver traz à humanidade o grande alerta de que o homem não é o centro do ecossistema planetário, senão um de seus elementos. Como tal, não pode incorrer no erro de ver todas as demais estruturas da fauna e da flora como bens de sua propriedade ou à sua disposição.

A terra é uma espécie de mãe que a todos acolhe e lhes fornece elementos fundamentais à existência, como alimento, sol, água. Neste “todos” está o ser humano. Como mantenedora da vida, a mãe terra também titulariza direitos, os chamados direitos da natureza. O planeta Terra é nossa casa comum, que deve ser cuidada e respeitada por todos, pela comunidade, a nossa família social.

Em nossa sociedade capitalista imperam o individualismo e a busca desenfreada pela acumulação de capital e pela obtenção de cada vez mais competitividade e de posições melhores. Neste cenário, a teoria do bem viver nos remete ao respeito aos valores e aos princípios do outro. Exorta-nos a ver o outro, suas potencialidades e fragilidades e a fazermos a transposição para um novo meio de vida, em que prepondere o uso racional e sustentável das riquezas naturais e a colaboração de todos, para a preservação da vida com qualidade a todos e para o cuidado do planeta e da comunidade, que é nossa família social.

A partir de tais premissas vê-se que a postura dos camponeses que habitavam na Floresta de Windsor recebeu um tratamento estatal e social errônea. O uso racional e sustentável de um bem comum – a floresta –

com fins de sobrevivência coaduna-se com as bases lançadas pela teoria do bem viver e sua postura ecologicamente correta deve ser incentivada e promovida, incentivando seus pares a igual postura.

### **Considerações finais**

O texto propôs um passeio em teorias multidisciplinares escritas em relação a épocas e sociedades muito diferentes, mas que estão ligadas por uma matriz principiológica e reflexiva comum, qual seja: a gestão do poder e das posturas individuais e coletivas da vida no Planeta.

Verificou-se que a realidade tratada por Edward Palmer Thompson na obra *Senhores e Caçadores* retrata uma disputa pelo poder, por regalias e por sobrevivência em 40 mil hectares de floresta que muito se aproxima da realidade das relações da sociedade internacional contemporânea.

Em ambos os casos há uma minoria detentora de privilégios estatais, posses e regalias injustificáveis tanto do ponto de vista moral, quanto legal. Em contraposição, há uma massa populacional que, à mercê da atenção estatal, busca driblar os entraves institucionais que a cada dia lhes impedem de buscar um lugar ao sol.

Na contraposição destes dois cenários, o texto analisou as imposições que a Lei Negra impôs aos camponeses ingleses sob a ótica de duas teorias. A citada lei tipificou mais de cinquenta condutas que faziam parte da rotina dos camponeses que moravam nas redondezas da floresta e que eram necessárias à sua sobrevivência, como caçar e apanhar frutos e lenha.

A teoria da tipicidade conglobante desautoriza a manutenção da persecução penal nos casos em que não há a junção da tipicidade legal (tipificação normativa) e da tipicidade penal (reprovabilidade social da conduta). Na hipótese em apreço os camponeses sentiam-se injustiçados pela punição estatal, não havendo reprovabilidade social na conduta de buscar o sustento, segundo os costumes locais e sem causar dano a outrem ou à floresta. Viu-se, também, que além da ausência de reprovabilidade social, estava presente uma antinomia, especialmente moral, haja vista que a mesma postura que levava alguns à pena de morte era autorizada aos fidalgos detentores de privilégios da corte.

Avançando na reflexão teórico-ideológica, o texto verificou que, além de não ser devida a persecução penal das condutas adotadas pelos camponeses, as mesmas deveriam ser incentivadas e tidas como exemplo. Isto porque buscavam garantir o sustento de modo sustentável, sem acumulação de bens e sem destruição de ecossistemas. Tal qual preconiza a teoria do bem viver, os campesinos mantinham uma postura ecocêntrica, que valorizada a vida em comunidade e primava pela manutenção da floresta, a casa comum.

Que estas ponderações e reflexões acerca da realidade da Floresta de Windsor possam contribuir para lançar luzes sobre as posturas sociais e institucionais adotadas em nossa sociedade contemporânea. Para que o erro de punir a postura ecocêntrica e sustentável e, de outro lado, de incentivar o modo de vida antropocêntrico e autodestrutivo não se perpetue como um registro histórico recorrente.

## Referências

ALCÂNTARA, Liliane Cristine Schlemer, et al. Bem Viver: discussões teórico conceituais. *Revista Pensamiento Actual*. Vol. 17. No. 28, 2017. Universidade de Costa Rica – Sede de Occidente.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. A nova história social do crime. Ensaio Bibliográfico. *Revistas USP*. n. 121, Ago/dez. 1989. p. 127-133.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2001. 400p. (Coleção Ciências Sociais).

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: volume 1*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

JACAUNA, Rafael. *Senhores & Caçadores – Crítica*. Disponível em: <<http://esferadofogo.blogspot.com>>. Consulta em: 06/06/2018.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. Pelos Direitos de Pachamama e pelo bem viver: um novo modelo sócio-ambiental ecocêntrico, comunitário e solidário. *IV Congresso de Direito Sócio Ambiental da PUC-PR*. Curitiba/PR.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Dicionário Jurídico: direito penal, processo penal e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, et. all. *Direito Penal Brasileiro: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Tales. *Cerceamentos e Revolução Industrial Inglesa*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br>>. Consulta em: 06/06/2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª edição Rio de Janeiro: Revan, 2007.

## A PEDAGOGIA DO OPRIMIDO COMO PEDAGOGIA PRIMEIRA DA FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO

*Julia Marta Zamarchi Bertuncello\**

*Edivaldo Bortoleto\*\**

---

---

### **Introdução**

A Pedagogia do Oprimido como Pedagogia Primeira da Filosofia da Libertação aponta dois campos de conhecimentos – a Pedagogia e a Filosofia – que emergem em um mesmo contexto histórico e espacial, qual seja, o latino americano caribenho, principalmente entre as décadas de 60 e 70 do século passado.

Neste período, no contexto latino americano caribenho, está sendo formulada uma teoria que irá ser denominada de Teoria da Dependência. O reconhecimento e a compreensão crítica de um processo das sociedades latino americanas em transição de um modelo tradicional de sociedade para um modelo moderno de sociedade implicaram no reconhecimento e na compreensão de um modelo híbrido, portanto, intermediário no processo de transição que irá ser chamado de sociedades em desenvolvimento<sup>1</sup>.

Neste contexto de mudança social de sociedades dos países em desenvolvimento na América Latina Caribenha encontrar-se-á “explosões” em todos os aspectos da cultura: o demográfico, o político, o econômico, o religioso, o educacional, o filosófico, o teológico, perpassa, também, pela cultura jurídica, enfim, todos os aspectos e dimensões da complexa cultura latino americana caribenha estavam passando, bem como ainda con-

---

\* Estudante do Curso de Graduação em Direito da Unochapecó. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito e Relações de Poder.

\*\* Doutor em Filosofia pela PUC-Campinas. Docente do PPGE – Programa de Pós-Graduação em Educação pela Unochapecó.

<sup>1</sup> Sobre esta questão, principalmente, sobre a Teoria da Dependência, conferir os dois volumes de Ricardo Bielschowsky (2000).

tinuam, por processos intensos de tensões. Para salientar dois aspectos neste período vale sinalizar sobre os processos autoritários nos regimes políticos constituídos pelo signo da força militar e, em contrapartida, os processos de organização de guerra de guerrilhas constituídos pelo signo da força revolucionária e libertadora.

O tema da libertação será um tema recorrente e ganhará formas homológicas em todas as áreas de conhecimento, bem como em todas as formas de organização das gentes oprimidas: movimentos sociais, sindicatos, partidos, organizações populares etc. No campo da Filosofia (Filosofia da Libertação), Enrique Dussel será um dos nomes juntamente com tantos outros filósofos. No Campo da Teologia (Teologia da Libertação), Gustavo Gutierrez será um dos nomes juntamente com tantos outros teólogos. No campo da Psiquiatria (Psicoterapia do Oprimido), Alfredo Moffatt será um dos nomes juntamente com tantos outros psiquiatras e psicólogos. No campo da Pedagogia (Pedagogia do Oprimido), Paulo Freire será um dos nomes juntamente com outros tantos pedagogos e educadores.

Desta forma, será neste horizonte da cultura latino-americana caribenha que um pensamento não mais de colorações eurocêntricas constituir-se-á. Uma epistemologia não mais fincada nos problemas europeus, mas sim, doravante, fincada agora no solo desta cultura constituída pela diversidade e pela desigualdade resultado de um longo processo de exploração, de dominação, portanto, de dependência. Então, é neste horizonte que se quer compreender a estreita relação entre Pedagogia e Filosofia. Mais precisamente, a estreita relação de uma determinada forma de Pedagogia e de uma determinada forma de Filosofia, pois, o Continente Americano em sua abrangência maior, entende-se e compreendendo-se em suas três manifestações: a América do Norte, a América Central e a América do Sul, ou, dizendo d'outra maneira, a América Anglo-Saxônica e a América Latina Caribenha constituem-se em lugares das mais diversas e distintas teorias, ideias, escolas de pensamentos. Assim, uma coisa é reconhecer Pedagogias e Filosofias na América enquanto um todo, outra, porém, é reconhecer que há Pedagogias e Filosofias Americanas.

Esta abertura ao se olhar para o Continente Americano enquanto um todo é importante e faz-se necessário, pois, há um diálogo necessário a ser feito entre as várias Américas, há um diálogo a ser feito entre a América Anglo-Saxônica e a América Latino Americana Caribenha para a

qual este Projeto de Pesquisa quer estar aberto e se colocar de forma simpática. Isto porque, tanto em um quanto em outros contextos deste grande mundo americano, a Pedagogia da Libertação e a Filosofia da Libertação encontram-se em franco desenvolvimento, bem como em outros continentes, principalmente, o Africano e o Asiático.

É neste contexto, onde a lógica da dominação se impõe em todas as esferas fundamentais da cultura latino-americana caribenha, é que a necessidade das mudanças e, de maneira muito particular de mudanças revolucionárias, pois, o que se está em jogo é vencer uma lógica da exploração que foi se impondo sobre a grande maioria, senão, na totalidade dos países latino americanos, é que as lutas liberacionistas vão emergindo como imperativos. Assim, neste contexto de tensões profundas, emerge em uníssono, desde várias áreas de saberes – a sociologia, a economia, a psiquiatria, a filosofia, a teologia, a pedagogia, a literatura, a jurídica, a poesia, a música –, outra formulação de conhecimento transformador e libertador. Pode-se falar desta forma, em uma sociologia Enrique D. Dussel é um filósofo argentino que através de sua filosofia da libertação e exclusão, tenta resgatar a dignidade dos oprimidos e desprovidos de condições econômicas para serem inserida numa sociedade neoliberal e mecanicista. Ele apresenta a Ética da libertação como a ética da vida. Sob a práxis da libertação dos oprimidos. Dussel afirma que antes do ego cogito, todos os homens, mulheres, filhos e todas as culturas eram apenas instrumentos de manipulação. Anteriormente do ego cogito existe o ego conquiro (eu conquisto, eu penso), questionando o fim do geopolítico central. Vislumbrando um processo de libertação ascendente do homem da periferia? Dando a impressão que a filosofia surgiu na periferia. Emerge das fronteiras do império pensamentos medievais. As classes oprimidas começam a ter o seu pensamento crítico do centro. O não-ser, o nada, a barbárie, o sem sentido está fora de suas fronteiras. Tomas de Aquino, contrapõe que o senhor feudal exerce um *ius dominativum* sobre o seu servo, tal qual o varão sobre a sua mulher. A opressão das periferias é a teoria da filosofia clássica. O centro é poder a dominação, sobre as colônias, as culturas, sobre os escravos de outras raças. O centro é, a periferia não é. Onde existe o rei existe o poder, controlam os exércitos de Cesar, do Imperador. O ser é, é o que vê o que controla.

## Desenvolvimento

Os caminhos serão os apontados já pela Pedagogia do Oprimido e pela Filosofia da Libertação: o diálogo e a alteridade. A simpatia e a subsunção pelo outro em sua diferença, principalmente o outro enquanto vítima para além do espaço geográfico serão os pontos de partida do trabalho de pesquisa. Aqui não se avança se não se assume ética e epistemologicamente o lugar o outro. Também aqui não se avança se não se assume que a dialogicidade, marca do pensamento filosófico desde o horizonte da antiguidade clássica até o momento presente, faz-se fundamental para uma Pedagogia e para uma Filosofia autênticas. Dialogicidade e alteridade, portanto, dão a marca da autenticidade do quefazer pedagógico e filosófico, principalmente no contexto da América Latina Caribenha. Enrique Dussel, assim diz, já subsumindo a Pedagogia do Oprimido: “Enquanto distinto, o discípulo tem um novo projeto histórico de ser homem (“o Outro” real e historicamente).

O mestre não pode simplesmente depositar um certo número de conhecimentos já adquiridos (concepção “bancária” da educação, onde só se trata de ensinar para a memória: para recordar), mas deve transmitir o já adquirido a partir da situação existencial do discípulo e de maneira tal que sua revelação criadora chegue a confundir-se com a própria invenção problematizadora do educando. Em outras palavras, e Heidegger já viu isso em parte, deve-se estabelecer uma alécita pedagógica que supere a aparente distinção entre pai-filho, mestre-discípulo, analéptica alterativa impossível de pensar dentro da ontologia da Totalidade”. Assim, somente deste a Exterioridade um pensar analiticamente falando será possível, um pensar e um educar, portanto, desde as vítimas. Totalidade, Exterioridade e Analéptica serão momentos fundamentais do método da Filosofia da Libertação, portanto, e deste processo de Pesquisa de Iniciação Científica.

O Novo Mundo (Exterioridade) não faz parte do Velho Mundo (Totalidade). Portanto, a via de acesso ética e pedagogicamente falando como práxis libertadoras supõe-se ter como ponto de partida ou via de acesso o outro, o mundo das vítimas desde a exterioridade não totalizada. No lugar da totalidade totalizada o outro é sempre visto como o mesmo, como o idêntico, não como o diferente, o distinto. Então, o que está em jogo ao tomar o outro como exterioridade é o reconhecimento deste outro no amor. Enrique Dussel, assim diz:

Por outro lado, esse amor ao Outro como exterioridade com futuro, realiza-se em sua plenitude alterativa quando detém num Outro prostrado na miséria: misericórdia (amor-de-justiça em sua mais clara gratuidade, expressão de bondade do ser, que ama o Outro como outro sem esperar nada de volta). A misericórdia é “simpatia (ou compaixão) da miséria do outro pelo que diz relação ao Outro”. (DUSSEL, p. 140)

Desta maneira, tanto na Pedagogia do Oprimido quanto na Filosofia da Libertação ao se tomar o *outro* como via de acesso na *dialogicidade*, está-se na analogia, portanto, na analética que ama na gratuidade, porque é um amor de compaixão, de misericórdia, portanto, um amor de justiça e de direito ao outro prostrado nas periferias do mundo que extrojeta as vítimas para fora do sistema.

Por tratar-se de pesquisa teórica, será realizada em textos (obras, artigos) na forma impressa ou digitalizada (sites). A análise/apropriação teórica dos dados será mediada pelas perspectivas analítica (na descrição dos textos lidos) e dialética, estabelecendo-se leituras transversais, identificando-se concordâncias, discordâncias, contradições, superações; em outras palavras, fazendo com que os autores dialoguem através de seus escritos e evidenciando a pluralidade das ideias por eles apresentadas (explícita ou implicitamente).

O procedimento para construção dos dados consistirá no levantamento das fontes disponíveis nas línguas portuguesa, espanhola e inglesa, seguindo-se de análise preliminar e hierarquização das fontes por critério de relevância acadêmica (autor, editora, revista, site, indicadores Qualis, Scielo e outros). Em seguida se fará leitura e fichamento das fontes consideradas relevantes tendo em conta roteiro criado para esse fim. O material produzido a partir das leituras e fichamentos das obras selecionadas será discutido com os integrantes do e do Programa de Mestrado em Educação e em eventos científicos. Deste estudo espera-se obter o domínio necessário do tema para estabelecer comparações, correlações e discrepâncias teóricas que venham a fundamentar a elaboração de artigos científicos.

## **Resultados**

É através de obras de grandes filósofos e pensadores que hoje podemos ver como foi marcada a história da humanidade, com diferenças

gritantes, desumanas, por puramente preconceitos de raças, cor, credo, condição social, enfim por discriminação do ser diferente, daquilo que a sociedade que estabeleceu um padrão de cidadão que tem direitos para ter acesso a educação, moradia, liberdade de pensamento, etc. Paulo Freire foi o grande libertador e desafiador destes dogmas impostos por uma sociedade discriminadora. E foi também um oprimido quando no golpe militar de 1964 que levou ao exílio, devido aos opressores da época. Ele mostrou a constatação e preocupação em reconhecer a desumanização na realidade histórica. A opressão, a violência dos opressores, luta dos oprimidos, pelo resgate da humanização deles usurpados. A humanidade na sua história lutou veemente pelo trabalho livre, a desalienação, pela confirmação dos homens como pessoas. Esta confirmação só se deu com muitas lutas sangrentas. A violência dos opressores que os faz também desumanizados, não instaura outra vocação – a do ser menos. Como distorção do ser mais, o ser menos leva os oprimidos, cedo ou tarde, a lutar contra quem os fez menos. E esta luta somente tem sentido quando os oprimidos, ao buscar recuperar sua humanidade, que é uma forma de criá-la, não se sentem idealistamente opressores, nem se tornam, de fato, opressores dos opressores, mas restauradores da humanidade em ambos. E aí está a grande tarefa humanista e histórica dos oprimidos – libertar-se a si aos opressores (FREIRE, 1987, p. 16).

Hoje no mundo do consumo, os jovens sabem se posicionar diante de tanta desigualdade, nos deparamos quase que frequentemente as manifestações de jovens, onde dilaceram a burocracia criada pelo sistema de vários prismas. Colocando estes movimentos dentro de universidades, estabelecendo uma relação mais aberta entre professor-aluno, introduzindo-os a realidade, onde as universidades se renovam a cada dia, reabater velhas ordens estabelecidas, buscando a confirmação dos homens como sujeitos de decisões. Os opressores conseguem seus objetivos através de violência, em virtude de seu poder, é através de falsas generosidades que tentam impor suas ideias, os opressores são lobos com peles de ovelha, é nesta farsa que o opressor nutre a morte o desalento e a miséria. O que o ser humano necessita não é de generosidade de falsos sentimentos de amor e de caridade. O que estas mãos sofridas e calejadas a terra necessitam é de verdadeira generosidade sejam homens ou povos. Quem melhor que o oprimido sabe melhor o significado de um sistema capitalista que opressor? Quem sente os efeitos dessa opressão? Quem melhor que eles sabem a necessidade de libertação? *“Ninguém liberta ninguém,*

*ninguém se liberta sozinho: Os homens se libertam em comunhão*” (FREIRE, 1987, p. 25; grifo do autor).

Acreditar que a educação é o melhor caminho para a libertação, e nela procurar estabelecer como ser humano pensante, que faz parte de um sistema que se liberta dos grilhões dos opressores. O conhecimento não é privilégio de algumas pessoas, pois faz parte da natureza humana. “Encontramos aí as tarefas de uma pedagogia libertadora, pedagogia comprometida com várias faces da libertação – político-econômico e outras – dos segmentos empobrecidos, que pouco conhecem e que, ainda, não são libertados, mas que podem educar-se, podem libertar-se” (DAMKE, 1995, p. 55). O tempo passou a história ficou registrada, mas ainda se faz necessário a luta contra opressores, que tentam calar as vozes daqueles que lutam por vida menos desigual, por uma educação de qualidade, mesmo sendo pública, que os educadores não sejam amordaçados para que sufoquem tudo aquilo que está engasgado em suas gargantas, contra um sistema capitalista, onde privilégios são para poucos. “O diálogo crítico e libertador, por isto mesmo que supõe a ação, tem de ser feito com os oprimidos qualquer que seja o grau em que esteja a luta por sua libertação. Não um diálogo às escâncaras, que provoca a fúria e repressão maior do opressor” (FREIRE, 1987, 22).

Quem que no lugar do oprimido sabe melhor o que é tentar fazer valer sua voz diante do opressor? Como se libertar das amarras para fazer valer seu grito de LIBERDADE? A cada dia somos mais presos dentro de nós mesmos, procurando uma maneira para tentar fazer ouvir aquilo que ao longo da história tenta-se dizer de forma clara onde temos que muitas vezes chamar de doutor aquele que por condições políticas o colocam tal rótulos e tem voz e vez. “Muitas vezes insistem em que nenhuma diferença existe entre eles e o animal e, quando reconhecem alguma, é em vantagem do animal”. É mais livre do que nós”, dizem (FREIRE, 1987, p. 28).

Anotar os dados que podem fornecer subsídios para o trabalho (resumo, opiniões ou citações). Enrique D. Dussel é um filósofo argentino que através de sua filosofia da libertação e exclusão, tenta resgatar a dignidade dos oprimidos e desprovidos de condições econômicas para serem inserida numa sociedade neoliberal e mecanicista. Ele apresenta a Ética da libertação como a ética da vida. Sob a práxis da libertação dos oprimidos. Dussel afirma que antes do ego cogito, todos os homens, mu-

lheres, filhos e todas as culturas eram apenas instrumentos de manipulação. Anteriormente do ego cogito existe o ego conquiro (eu conquisto, eu penso), questionando o fim do geopolítico central. Vislumbrando um processo de libertação ascendente do homem da periferia? Dando a impressão que a filosofia surgiu na periferia. Emerge das fronteiras do império pensamentos medievais. As classes oprimidas começam a ter o seu pensamento crítico do centro. O não-ser, o nada, a barbárie, o sem sentido está fora de suas fronteiras. Tomas de Aquino, contrapõe que o senhor feudal exerce um *ius dominativum* sobre o seu servo, tal qual o varão sobre a sua mulher. A opressão das periferias é a teoria da filosofia clássica. O centro é poder a dominação, sobre as colônias, as culturas, sobre os escravos de outras raças. O centro é, a periferia não é. Onde existe o rei existe o poder, controlam os exércitos de Cesar, do Imperador.

O ser é o que vê o que controla. O entendimento é o início da quebra dos grillhões que acorrentam o ser. Como se dá o processo de aproximação da Pedagogia da Libertação e da Filosofia da Libertação no sentido de ambas se subsumirem enquanto uma necessariamente e intrinsecamente dependente da outra? O aproximar-se das coisas ou pessoas, é encurtar distâncias tanto para o bem como para o mal. Dussel (1997), fala que a proximidade não é aproximar-se das coisas ou objetos, fala em fraternidade, encurtar distância para alguém que pode nos rejeitar ou acolher, dar as mãos ou nos ferir, beijar ou nos assassinar.

A proximidade originária onde o homem nasce de alguém e não de algo, alimenta-se de alguém e não de algo. A proximidade histórica é o nascimento do homem em uma família, num grupo social, numa sociedade, numa época histórica que o homem nasce e cresce. A proximidade, sincronia acrônica é a face a face, ao dar as mãos, a carícia suave, a luta cruel, e a colaboração fraterna, o dialogo amistoso. A sincronia dos que vivem a proximidade se torna acrônica no instante da proximidade, é o ponto de referência da história, onde começa as idades e as épocas, e onde terminam. Da proximidade arqueológica à escatológica, a proximidade sensual do beijo e do coito, a proximidade política da fraternidade a pedagógica do mamar.

O ato de mamar para Dussel é a proximidade da mãe como uma carência orgástica diante do varão castrador machista. A proximidade assim se torna equivocada. A primeira proximidade, arqueológica, antecipa a última escatológica. É a proximidade como segurança e calor; o calor da

carne na imediatez, ou o do vinho; é o esquecimento desta das angustia e o degustar a realidade merecida. A proximidade é festa, mas festa da libertação e não da exploração, injustiça ou profanação. É festa dos iguais, dos livres, dos justos, dos que esperam uma ordem de proximidade sem contrarrevoluções, retrocessos (DUSSEL, 1997, p. 27).

A Filosofia da Libertação entende-se devido à exclusão social, a pobreza, na América Latina, os dominantes oprimem para não serem dominados pelos oprimidos. A Filosofia da Libertação tenta articular uma filosofia própria, não é uma exigência nacional, mas sim regional, cultural e de vida. A articulação básica da filosofia e a da pedagogia é a Libertação dos oprimidos.

Para Dussel (1997, p. 182), “Ou seja, é o magistério que realiza em nome do pobre, do oprimido, do outro, aquele que como refém dentro do sistema testemunha. O fetichismo de tal totalidade e prediz sua morte o ato libertador do dominado.

Pensar tudo à luz da palavra interpelante do povo, do pobre, da mulher castrada, da criança e da juventude culturalmente dominada, do ancião descartado por uma sociedade de consumo, com responsabilidade infinita e diante do infinito, isto é filosofia da libertação. A filosofia da libertação deveria ser a expressão máxima da consciência crítica possível”. A filosofia da Libertação e Pedagogia da Libertação critica o sistema, porque muitos foram expulsos de suas universidades, pátria, condenados à morte por imperialistas, fascistas da extrema direita. Paulo Freire foi um revolucionário na educação na década de 1960 a 1990, devido as suas divergências quanto à política educacional, estar lado a lado dos menos favorecidos e oprimidos, foi exilado, enfim onde que tenha trabalhado sempre modesto em suas teorias e conhecimento intelectual deixou um legado marcante para educadores e educandos.

A violência dos opressores, que os faz também desumanizados, não instaura uma ou outra vocação – a dor de ser menos. Como distorção do ser mais, o ser menos leva os oprimidos, cedo ou tarde, a lutar contra quem os fez menos. E esta luta somente tem sentido quando os oprimidos, ao buscarem recuperar sua humanidade, que é uma forma de criá-la, não se sentem idealistamente opressores, nem se tornam, de fato, opressores dos opressores, mas restauradores da humanidade em ambos. (FREIRE, 1997, p. 41).

No livro “Curiosidades e Prazer de Aprender”, do autor Hugo Assmann (2004), ele enfatiza que devemos instigar a curiosidade para sentir prazer em aprender, pois só aprendemos quando temos interesse no assunto, pesquisa, disciplina enfim a curiosidade a propulsora para a busca do conhecimento. “A curiosidade é praticada com vários nomes. Mesmo porque só hoje, e aos poucos, ser curioso tende a ser visto como virtude” (ASSMANN, 2004, p. 23).

Foi através da curiosidade humana que tivemos grandes descobertas, a penicilina, avião, relógio, lâmpada, computador, internet, telefone, enfim são milhões de descobertas que veio através de uma curiosidade. E o que o Assmann nos relata é que esta curiosidade deve fazer parte de nossas vidas, instigando para o prazer em aprender, desbravar o mundo se não o universo.

### **Considerações finais**

A obra de Paulo Freire se inscreve de forma decisiva na universalidade da cultura humana. Pode-se dizer que sua Pedagogia é clássica porque universal. Seu pensamento pedagógico é referenciado aos manuais e obras de pedagogia, filosofia, história da educação, psicologia e também de teologia. Franco Cambi em sua *História da Pedagogia* articula o pensamento pedagógico de Paulo Freire quando trata da Educação e Pedagogia nos países não-europeus. Já, Clermont Gauthier e Maurice Tardif em *A Pedagogia: Teorias e práticas da Antiguidade aos nossos dias* apresentam na segunda parte da obra – Pedagogias e pedagogos do século XX – pelas mãos de Francisco A. Loiola e Cecília Borges o seguinte capítulo: A Pedagogia de Paulo Freire ou quando a educação se torna um ato político (CAMBI, 1999, 587-622).

No Brasil muitos são os autores que se referenciam ao pensamento pedagógico de Paulo Freire e tantos outros que se movem no seio de seu pensamento o articulado criativamente aos processos pedagógicos tanto nos espaços institucionais como escolas e universidades quanto nos espaços dos movimentos populares e outras organizações com práticas libertadoras, como por exemplo, as Comunidades Eclesiais de Base (CEBs). Alguns outros, além de serem marcados de forma indelével pelo pensamento de Paulo Freire gozaram de sua amizade.

Assim, pode-se dizer que a Pedagogia da Libertação formulada por Paulo Freire e subsumida pela Filosofia da Libertação como sua primeira pedagogia é tecida por uma gama e teia de relações de amizade vivenciadas em comum, porque partilhada de um mesmo sonho e de uma mesma esperança. Vale então, nomear alguns como Moacir Gadotti, Ernani Maria Fiori, Enrique Dussel e Hugo Assmann. Este último dedica sua obra *Curiosidade e Prazer de Aprender: O papel da curiosidade na aprendizagem criativa, in memoriam do mestre e amigo Paulo Freire no sétimo aniversário de sua morte.* (grifo do autor).

Hoje no mundo do consumo, os jovens sabem se posicionar diante de tanta desigualdade, nos deparamos quase que frequentemente as manifestações de jovens, onde dilaceram a burocracia criada pelo sistema de vários prismas. Colocando estes movimentos dentro de universidades, estabelecendo uma relação mais aberta entre professor-aluno, introduzindo-os a realidade, onde as universidades se renovam a cada dia, rebater velhas ordens estabelecidas, buscando a confirmação dos homens como sujeitos de decisões. Os opressores conseguem seus objetivos através de violência, em virtude de seu poder, é através de falsas generosidades que tentam impor suas ideias, os opressores são lobos com peles de ovelha, é nesta farsa que o opressor nutre a morte o desalento e a miséria. O que o ser humano necessita não é de generosidade de falsos sentimentos de amor e de caridade. O que estas mãos sofridas e calejadas a terra necessitam é de verdadeira generosidade sejam homens ou povos. Ética da libertação como a ética da vida. Sob a práxis da libertação dos oprimidos. Dussel afirma que antes do ego cogito, todos os homens, mulheres, filhos e todas as culturas eram apenas instrumentos de manipulação. Anteriormente do ego cogito existe o ego conquiro (eu conquisto, eu penso), questionando o fim do geopolítico central. Vislumbrando um processo de libertação ascendente do homem da periferia? Dando a impressão que a filosofia surgiu na periferia. Emerge das fronteiras do império pensamentos medievais. As classes oprimidas começam a ter o seu pensamento crítico do centro. O não-ser, o nada, a barbárie, o sem sentido está fora de suas fronteiras. Tomas de Aquino, contrapõe que o senhor feudal exerce um *ius dominativum* sobre o seu servo, tal qual o varão sobre a sua mulher. A opressão das periferias é a teoria da filosofia clássica. O centro é poder a dominação, sobre as colônias, as culturas, sobre os escravos de outras raças. O centro é, a periferia não é. Onde existe o rei existe o poder,

controlam os exércitos de Cesar, do Imperador. O ser é, é o que vê o que controla.

## Referências

ALVES, Solange Maria. Freire e Vigotski: *Um diálogo entre a pedagogia freireana e a psicologia histórico-cultural*. Chapecó-SC: Argos, 2012.

ASSMANN, Hugo. *Curiosidade e prazer de aprender: o papel da curiosidade na aprendizagem criativa*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2004.

ASSMANN, Hugo. *Metáforas novas para reencantar a educação: epistemologia e didática*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1996.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. *A Ilustração Brasileira e a Ideia de Universidade*. São Paulo-SP: Editora Convívio: Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BIELSCHOWSKY, Ricardo (Org.). *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*. Volumes 1 e 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2000.

BORTOLETO, Edivaldo José. *Dos Direitos Humanos: Por uma arquitetônica crítica e compreensiva*. IN: GOMES, Cândido Alberto et alii. *Culturas de Violência, Culturas de Paz: Da reflexão à ação de educadores dos direitos humanos*. Curitiba-PR: Editora CRV, 2012.

BOUFLEUER, José Pedro. *Pedagogia Latino-Americana: Freire e Dussel*. Ijuí: UNIJUÍ EDITORA, 1991.

CAMBI, Franco. *História da Pedagogia*. São Paulo-SP: UNESP, 1999.

CESAR, Constança Marcondes. *Filosofia na América Latina*. São Paulo-SP: Paulinas, 1988.

CRIPPA, Adolpho (Coord.). *As Ideias Filosóficas no Brasil: Séculos XVIII e XIX*. São Paulo-SP: Convívio, 1978.

CRIPPA, Adolpho (Coord.). *As Ideias Filosóficas no Brasil: Século XX – parte I*. São Paulo-SP: Convívio, 1978.

CRIPPA, Adolpho (Coord.). *As Ideias Filosóficas no Brasil: Século XX – parte II*. São Paulo-SP: Convívio, 1978.

DANKE, Ilda Righi. *O Processo do conhecimento na Pedagogia da Libertação: as idéias de Freire, Fiori e Dussel*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1995.

- DUSSEL, Enrique. *Ética Comunitária*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1986.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2ª. Edição. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002.
- DUSSEL, Enrique. *Para uma Ética da Libertação Latino-Americana: Acesso ao ponto de partida da ética*. São Paulo/Piracicaba: Co-edição Edições Loyola e UNIMEP, S/d.
- DUSSEL, Enrique. *Para uma Ética da Libertação Latino-Americana: Erótica e Pedagógica*. São Paulo/Piracicaba: Co-edição Edições Loyola e UNIMEP, S/d.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 49ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Pás e Terra, 2005.
- GAUTHIER, Clermont e TARDIF, Maurice. *A Pedagogia: Teorias e práticas da Antiguidade aos nossos dias*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010.
- GUY, Alain. *Panorama de la Filosofía Iberoamericana: Desde el Siglo XVI hasta nuestros días*. Maracaíbo-Venezuela: Universidade Católica Cecílio Acosta, 2002.
- MARRACH, Sonia. *Outras histórias da educação: do Iluminismo à Indústria Cultural (1823-2005)*. São Paulo: UNESP, 2009.
- MOFFATT, Alfredo. *Psicoterapia do Oprimido: Ideologia e técnica da psiquiatria popular*. 6ª. Edição. São Paulo-SP: Cortez Editora, 1986.
- SAVIANI, Dermeval. *História das Idéias Pedagógicas no Brasil*. Campinas-SP: Autores Associados, 2007.
- XAVIER, Maria Elizabete et alii. *História da Educação: A Escola no Brasil*. São Paulo-SP: FTD, 1994.

## CONSTITUCIONALISMO E O CONTRATEMPO DA FRATERNIDADE

*Milena Petters Melo\**  
*Elisa Fiorini Beckhauser\*\**

---

---

### Introdução

Este capítulo comporta algumas reflexões que ganharam espaço no “Curso de Aperfeiçoamento em Direito Constitucional Comparado: Constituição, Fraternidade e Cooperação: fundamentos teóricos e comparação constitucional”, Núcleo de Pesquisas em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, Universidade Regional de Blumenau – FURB<sup>1</sup>, e apresenta resultados parciais de uma pesquisa em andamento sobre as relações entre constitucionalismo, fraternidade e sustentabilidade<sup>2</sup>.

A hipótese da pesquisa, focalizada neste capítulo, segue no sentido de afirmar que a fraternidade, pilar relegado da tríade revolucionária

---

\* Doutora em Direito (UNISALENTO, Itália). Professora Titular de Direito Constitucional e Direitos Humanos e Sustentabilidade, Universidade Regional de Blumenau. Professora Associada à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (CONSTINTER/FURB). Coordenadora do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – CEDEUAM (UNISALENTO, Itália/FURB, Brasil). Email: milenapetters@fubr.br.

\*\* Acadêmica de Direito na Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisadora no Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (CONSTINTER/FURB). Pesquisadora da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) no projeto: o patrimônio comum do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina. Email: elisafbeckhauser@hotmail.com.

<sup>1</sup> Curso de Aperfeiçoamento em Direito Constitucional Comparado: Constituição, Fraternidade e Cooperação: fundamentos teóricos e comparação constitucional, realizado no contexto das atividades do Núcleo de estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, Universidade Regional de Blumenau – FURB, 2017, 40 horas. Ministrado pela professora Milena Petters Melo.

<sup>2</sup> Pesquisa desenvolvida no contexto das atividades do CONSTINTER e que também servirá de base para o Trabalho de Conclusão de Curso da pesquisadora Elisa Fiorini Beckhauser, sob orientação da Prof. Milena Petters Melo.

francesa que impulsionou o nascimento do constitucionalismo moderno e a ordem internacional de proteção dos direitos humanos, pode ser interpretada como um referencial forte para dar sustentação a uma inovadora forma de convivência política e de diálogo da humanidade no mundo de hoje, na sua diversidade e especificidades, nos diferentes níveis: do global ao local, especialmente no que toca a proteção dos direitos humanos e a sustentabilidade socioambiental.

Na introdução da obra *Il Diritto Fraternalo*, Eligio Resta ressalta o anacronismo da fraternidade e esclarece que este, como todo anacronismo, caracteriza-se, como teria dito Ernst Bloch, por uma singular “contemporaneidade não contemporânea” de ideias, símbolos, eventos. Nesse sentido, a fraternidade comporta um caráter “não monologante do tempo”, “apresenta a história como um mundo de possibilidades no qual tudo pode *ser*, não simplesmente *ter sido*, diferente”. Resta nos ensina que “traduzido na linguagem cotidiana o anacronismo é *contratempo*”. Assim, a fraternidade pode ser relacionada com um *contratempo*, indicando “um andar contra o tempo, um remar contra a corrente”. Os *contratempos* podem interromper a linearidade dada pela direção que vai do início ao êxito, da saída à chegada, ocasionando resultados inusitados. “O anacronismo é o lugar das possibilidades contra o mundo das contingências vencedoras”, por isso, como nos ensina Eligio Resta, “esse é o tempo que não consente falar facilmente, em maneira unívoca, do nosso tempo” (RESTA, 2003, p. VII).

Tomando em consideração as preciosas lições do Professor Eligio Resta, este artigo objetiva oferecer subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre a fraternidade, enquanto pilar de sustentação, que serviu para fundamentação e legitimidade tanto do constitucionalismo moderno quanto da ordem internacional organizada em torno à proteção dos direitos humanos a partir do fim da segunda guerra mundial. Objetiva também enfatizar a oportunidade de revitalizar o potencial revolucionário da fraternidade como base para o diálogo da humanidade em prol da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo e complexo mundo hodierno.

### **Constitucionalismo, fraternidade e cooperação**

Em 2017 as atividades do Grupo de Estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional na FURB confluíram no projeto de pesquisa

em Direito Constitucional Comparado “Constituição, fraternidade e cooperação: fundamentos teóricos e comparação constitucional”.

Utilizando o método comparatístico em diálogo com as teorias críticas do Direito, o objetivo principal do projeto foi aprofundar os estudos sobre a fraternidade, mais especificamente como pilar de sustentação do constitucionalismo moderno e como valor fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem constitucional no Brasil (Cf. Preâmbulo da Constituição Federal).

No desenvolvimento da pesquisa foi possível observar que desde o seu nascimento o constitucionalismo moderno se sustenta na defesa ideal da liberdade, igualdade e fraternidade. Estes valores estiveram presentes nas diferentes fases do constitucionalismo moderno, do modelo liberal-clássico, passando pelo constitucionalismo social até chegar no constitucionalismo democrático do pós-guerra e no constitucionalismo contemporâneo, com suas crises, tensões, retrocessos, fragilidades, potencialidades e inovações. Valores que se desdobram em direitos e garantias formais também no plano internacional de proteção dos direitos humanos e nas novas tendências do constitucionalismo na América Latina<sup>3</sup> desde o final do século passado e no início do novo milênio.

Contudo, na história do constitucionalismo a fraternidade parece ser o pilar esquecido.

Na era da globalização, no contexto da intensificação das relações internacionais e transnacionais, e das tensões interculturais, novos desafios e antigos problemas fazem tornar em relevância a fraternidade nos diferentes níveis.

Crescem em relevância, e se apresentam sempre mais indispensáveis, a fraternidade e solidariedade social e institucional, especialmente no que toca a proteção dos direitos humanos e do meio-ambiente.

---

<sup>3</sup> A propósito das novas tendências do constitucionalismo na América Latina, ver Wolkmer e Melo (2013). Para reflexões sobre o chamado “novo constitucionalismo latino-americano” na perspectiva da teoria da constituição e da comparação constitucional, ver Melo (2013). Nesta mesma perspectiva, focalizando a refundação do Estado e o pluralismo, ver Melo (2011). Sobre o equívoco do uso do termo “neoconstitucionalismo” para englobar no constitucionalismo contemporâneo o constitucionalismo democrático do pós-guerra e as novas tendências na América Latina, ver Melo (2012).

Na passagem do “Estado de bem-estar”, ao “Estado de bem estar ambiental” e ao “Estado de bem viver”<sup>4</sup>, as evoluções teóricas e normativas para a proteção dos direitos fundamentais passam a tratar da solidariedade intercultural, solidariedade ecológica, solidariedade entre gerações, solidariedade institucional, solidariedade e cooperação nos diferentes níveis: do local ao global.

Nessa perspectiva, a fraternidade pode assumir um novo protagonismo no constitucionalismo do novo milênio, assumindo e impulsionando aquisições evolutivas na compreensão e na práxis dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, revisitados criticamente a partir da incorporação da pluralidade e dos diálogos, e tensões, interculturais.

### **A fraternidade no horizonte do universalismo moderno: o pilar esquecido da tríade revolucionária francesa**

A era da pós-modernidade, caracterizada pela inédita experimentação que, no complexo mundo hodierno, faz o ser humano de suas próprias fragilidade e insegurança é também marcada pela interconexão entre as relações globais<sup>5</sup> que, gradualmente aproximadas e com influência mútua, tornam-se também interdependentes. Neste cenário, emerge a necessidade de encontrar uma nova bússola que norteie os laços da humanidade, tanto nas suas interações e tensões, quanto nas relações com o planeta de que faz parte.

---

<sup>4</sup> Sobre a passagem ao Estado de bem viver são esclarecedoras as observações de Zafaroni: sobre o novo paradigma percebido neste contexto, assevera o autor que o *sumak kawsay* é uma expressão que significa o Bem Viver, a vida plena cujo conteúdo não é outra coisa senão a ética – e não a moral individual – que deve reger a ação do Estado e também as relações entre as pessoas e, notadamente, aquelas com a natureza. Não consiste na ideia do bem comum como tradicionalmente conhecido, limitado à espécie humana, mas o bem de todos os que vivem (o respeito à biodiversidade), o que por óbvio inclui os humanos, exigindo complementariedade e equilíbrio, não sendo possível alcançá-lo de maneira puramente individualista (ZAFFARONI, 2011, p. 20). Para aprofundamentos, veja Zafaroni (2013).

<sup>5</sup> Anota-se que a complexidade da sociedade contemporânea não possui suas raízes tão somente na vastidão de elementos que compõem o evento da globalização. Há que se considerar aqui, também, a decorrência de uma realidade contingente e composta de relações no âmbito virtual, o que proporciona a existência de realidades distintas daqueles que comumente são relacionadas com a razão ocidental, o que enseja um novo paradigma de observação da realidade social (DONATI *apud* SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 140, p. 219).

Entoadada ao lado de “liberdade e igualdade” quando dos horizontes da Revolução Francesa, a fraternidade foi o pilar esquecido da tríade do universalismo que fundamentou o constitucionalismo moderno, ao menos no plano teórico e no cenário político do mundo ocidental. Em efeito, desde o emblemático evento histórico, liberdade e a igualdade – apenas – tornaram-se “princípios constitutivos da ordem pública” e se impuseram como tais, o que não ocorreu em relação ao terceiro princípio (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 92).

Dentre os fatores que influenciaram o enfraquecimento do pilar da fraternidade, pode-se destacar a sua decodificação segundo duas perspectivas distintas. A primeira delas interpreta a fraternidade como uma conquista moral ou ética, e a segunda, como uma “dádiva recebida pelas origens”, o que culminou no dismantelar o ideal de fraternidade como expressão política que é (BAGGIO *apud* SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 93).

Assim, apresenta-se a oportunidade de retomar a fraternidade como uma “escolha civil de seres humanos que reconhecem o valor de si e de todos os outros como pessoas, sem distinção” sendo este o desafio da democracia no hodierno contexto mundial (MANIERI, 2017, p. 22): o entrelaçar universal de um destino comum. Um destino comum das pessoas, dos seres vivos e do planeta, ou da Terra Madre ou Pachamama (pensando à cosmovisão indígena contemplada nas constituições do Equador 2008 e da Bolívia 2009), nos seus valores intrínsecos e fundamentais, e nas indispensáveis responsabilidade, reciprocidade e cooperação que esta compreensão comporta.

### **Revisitar criticamente a tríade revolucionária e revitalizar a racionalidade fraterna**

Nas evoluções das ideias e instituições modernas observou-se, desde o advento da Revolução Francesa, a ocorrência de fortes impulsos tendentes ora à concretização do princípio de liberdade, ora à efetivação da igualdade material. Experiências, estas, que deixaram à mostra também seus erros como legado, especialmente ao propor um falso dilema entre liberdade e igualdade<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, em uma análise mais esclarecedora e compreensiva Etienne Balibar propõe uma nova palavra para significar o conteúdo coincidente, a partir da Revolução Francesa,

Nesse sentido, compreendendo contemporaneamente a interdependência do conjunto indissociável de direitos humanos, bem como no plano constitucional a afirmação do paradigma de liberdade-igual<sup>7</sup> na proteção dos direitos fundamentais, ocorre que a interconexão entre liberdade e igualdade demanda ser permeada pelo pilar revolucionário esquecido no tempo: a fraternidade. Necessário, portanto, revisitar criticamente a tríade francesa com o intuito de considerar as particularidades históricas de cada um de seus pilares de sustentação, buscando no seu reacoplamento e revitalização a possibilidade de um caminhar futuro com vistas à concretização de uma sociedade mais que tolerante e democrática: responsável, solidária e plural.

Neste enredo, vislumbra-se que “elaborar e efetivar regras de igual respeito e recíproca hospitalidade se torna uma necessidade para a espécie humana, que habita a superfície de um planeta esférico” (BAUMAN *apud* MANIERI, 2017, p. 18), no que se apresenta o princípio da fraternidade como instrumento para reunir e conciliar instâncias que se contra-põem, impedindo que se excedam umas sobre as outras, mas levando em conta suas contingências históricas específicas para estabelecer uma ponte de diálogo (MANIERI, 2017, p. 20).

---

da “igualdade” e da “liberdade”. Porque não se trata mais de coisas distintas, sustém o autor, é melhor usar um único termo: “*égaliberté*”. Nesta perspectiva, a igual-liberdade *não é essencialista*, não se trata de uma descoberta intuitiva ou da revelação de uma identidade das *idéias* de igualdade e de liberdade. A sua equiparação revolucionária é a descoberta histórica, e pode-se dizer em tudo experimental, do fato que as suas *extensões* são necessariamente idênticas. Em outros termos, as *situações* nas quais ambas estão presentes ou ausentes são necessariamente as mesmas. Ou, ainda, as *condições históricas, de fato*, da liberdade são exatamente as mesmas condições históricas, de fato, da igualdade. Nesse sentido, liberdade e igualdade são definidas essencialmente como “expressões do *ser comunitário* dos homens, das instituições nas quais a comunidade persegue a própria realização, e o problema cresce em complexidade quando se pensa à crise do Estado-nação e à estratificação da cidadania no contexto da globalização (BALIBAR, 1993, p. 84-88).

<sup>7</sup> A “liberdade igual” coaduna os princípios do constitucionalismo liberal ao Estado de bem-estar social, aspirando à igualdade real, o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. Como observa J.J. Gomes Canotilho: “liberdade igual”, significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho” (CANOTILHO, 1998, p. 438). Pode-se afirmar que o modelo estruturante da ordem jurídico-constitucional brasileira, que deflui do complexo sistema de direitos fundamentais, é o paradigma da “liberdade igual”.

E nisto reside a importância da fraternidade, pois que é o elo, o princípio regulador que permite a relação de interdependência entre liberdade e igualdade, devendo ser considerada como um princípio do universalismo político tal qual o outro par emblemático. O grande valor em reportar-se à fraternidade é justamente a constatação de que liberdade e igualdade, autênticas categorias políticas, são incompletas sem a fraternidade, e em razão disto, ainda não atingiram o máximo de sua potencialidade (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 107).

Com efeito, é a partir de uma análise do referencial teórico e prático existente na fraternidade que se constata a capacidade de recuperação da “ideia-força contida na tríade francesa revelada como uma das mais fortes fórmulas de ideais programáticos, inclusive entre aqueles apresentados nas culturas políticas contemporâneas” (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 125).

A fraternidade, assim, “contribui para a reformulação da ideia de povo e para a elaboração de uma concepção mais ampla e universal de cidadania” representando um princípio para a conquista prática e terrena de uma nova ordem civil e social (MANIERI, 2017, p. 80). E toma conotação de movimento emancipador, portanto, para encurtar a distância existente entre os direitos humanos e as condições locais de sua realização, como emergindo, como exemplifica Jürgen Habermas, nas batalhas pelo sufrágio universal e avanço para processos de democratização (HABERMAS *apud* MANIERI, 2017).

Deve-se pontuar, ainda, que:

a trilogia é enunciada não de forma estática, mas mediante uma relação entre os três princípios, baseada no papel fundamentador da fraternidade, entendida não como simples sentimento, mas como racionalidade fraterna, ou seja, como interpretação correta da igualdade e da diversidade humanas. (BAGGIO *apud* SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 97)

Assim sendo, a fraternidade mostra-se como o sustentáculo deixado para traz que, quando recobrado, é capaz de criar a conexão entre liberdade e igualdade, em um projeto de sociedade interligada e atenta à realidade global de seu tempo, isto é, que não se pensa isolada, abstrata ou individualmente. Deste modo, inspirada em ideais fraternos e inclusivos da comunidade na sua diversidade e peculiaridades, apresenta-se a

fraternidade como mola propulsora para a expansão do pensamento democrático, de tolerância e alteridade para a humanidade como um todo.

### **A releitura da fraternidade ao encontro da tolerância: um novo ponto de equilíbrio**

À vista de uma perspectiva de sociedade fraterna, emerge ainda o ideal de tolerância, que toma por base a fragilidade intrínseca à condição humana, angariando múltiplas conotações, desde a admissão do pluralismo e da diversidade e a recusa a toda forma de autoritarismo, até o reconhecimento da inviolável liberdade de cada qual e de todos, sendo um pré-requisito para o exercício da democracia (MANIERI, 2017, p. 52).

A concepção do “próximo”, deste modo, perde traços particulares ou sentimentais, para assumir características da “humanidade que está em cada qual”, como ser racional que é capaz de autonomia e autodeterminação. Observa-se, assim, seguindo a trilha de uma leitura kantiana, a conquista da fraternidade na medida em que a espécie humana faz prevalecer sobre os instintos egoístas, sobre a variedade e a conflituosidade de posição e interesses particulares, a racionalidade (MANIERI, 2017, p. 81, 86) fraterna.

Cumprir enfatizar que a valorização da perspectiva da fraternidade, um princípio senão esquecido certamente relegado, em sua dimensão política faz brotar uma relação entre os três princípios que, ao serem avaliados conjuntamente, constituem um fundamento garantidor da plenitude de sentido que a política tentou construir ao longo da história, isto é, dar sentido à existência humana (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 122) na busca de uma vida boa e do bem comum.

Acerca desta consideração sincrônica e concomitante:

no horizonte dos novos conflitos, a fraternidade se coloca, quanto à tolerância, como um *ponto de vista razoável* sobre problemas que são científica e humanamente complexos e como *ponto de um novo equilíbrio* entre liberdades pessoais e exigências coletivas, entre dignidade da pessoa e agir político e normativo, que jamais pode ultrapassar tal dignidade. (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 122)

Em razão de seus aspectos históricos e conceituais, a fraternidade se apresenta com uma proposta universalista, vez que estabelece uma dinâmica de reciprocidade na ação entre pessoas humanas e este é o vínculo

lo capaz de fazer a humanidade reconhecer-se como igual em suas diferenças, na organização da convivência política e da vida em sociedade, emergindo a responsabilidade de uns para com os outros, independentemente de identidades ou pertencimentos a classes ou nacionalidades (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 121-122).

Nesse sentido, vislumbra-se a interconexão entre o multiculturalismo – que reconhece identidades a grupos que constituem múltiplas comunidades habitantes do mesmo espaço na sociedade contemporânea – e tolerância, esta última não com o condão de neutralizar as diversidades a partir de uma justiça procedimental, mas da descrição de um laço entre liberdade individual e cultural de pertencimento, com objetivo de obter a igualdade de grupos identitários distintos. Nisto reside, justamente, o valor do universalismo da moderna construção estatal como uma condição imprescindível para políticas de inclusão que tornem o outro igual no plano cívico (MANIERI, 2017, p. 66).

Assinala-se, nesta senda, que sob o prisma da fraternidade, a relação tecida entre as pessoas deve estar pautada na paridade e no respeito à diversidade e, concomitantemente a isto, à ideia de unidade. Infere-se, portanto, que a diversidade se mostra como um fato de uma determinada realidade social que deve ser reconhecida, e também como uma relação de sociabilidade que se espera estabelecer sem segregações oriundas de raça, cor, sexo, classe ou qualquer outra (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 137).

A verdadeira identificação com a ideia de humanidade dá-se, assim, com o gênero humano em si, o que estimula ações e inter-relações que compõem a realidade social, criando uma identificação social projetada culturalmente, sem que se esvaia a identidade plural da “própria identidade das pessoas humanas que sabem ser únicas sobre a terra que possuem razão e que, portanto, devem dar melhor sentido à existência da humanidade” (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 133).

### **A projeção da humanidade como *fim* em si mesma: um horizonte fraterno**

Na condição de parte integrante do elenco de princípios e conotações que advieram da recuperação da fraternidade no contexto político-social, entra em cena o ideário de respeito, fortemente imbricado com a

racionalidade e o dever, oriundos da consideração da humanidade como fim em si mesma, ou seja, dotada de valor intrínseco. Nesta senda, “a fraternidade-respeito é um princípio racional prático moderno, baseado no pressuposto da autonomia do homem e da igual dignidade dos seres humanos” (MANIERI, 2017, p. 92).

O respeito se apresenta, neste liame, como uma ideia moderna porque rigorosamente laica e secular, sendo devido aos indivíduos não com base em *status sociais* hierárquicos, mas sim levando em conta serem pessoas, agentes titulares de racionalidades e liberdade, que prescindem de sua diversificação no mundo empírico e contingente e, portanto, são fins em si mesmas (MANIERI, 2017, 92). Por outro lado, e esta é uma compreensão que se afirmou mais recentemente, em particular no que toca as identidades ou identificações na pós-modernidade (HALL, 2001), este reconhecimento envolve também a reciprocidade que não prescinde da diversificação no mundo empírico, ao contrário, a leva seriamente em consideração ao respeitar, valorizar e proteger as peculiaridades dos diversificados grupos, comunidades e subjetividades, nos seus diferentes modos de viver, produzir, consumir e constituir a humanidade plural.

A fraternidade-respeito, ainda sob a perspectiva moderna, perpassa pela análise de que:

É um sentimento cujo fundamento não é a sensibilidade, mas a razão. Surge da percepção sensível da negação das paixões egoístas e da determinação positiva com base na lei. O mundo moderno nasceu da separação entre ética e os sentimentos, sejam altruístas ou pessoais. As virtudes foram objetivadas em regras impessoais e imparciais de conduta. (ALBERONI *apud* MANIERI, 2017, p. 92-93)

Nesta perspectiva, a consideração da humanidade como um fim e não simplesmente como um meio é o elemento chave que possibilita concretizar a fraternidade no plano político. O respeito pelo outro, pois, significa o reconhecimento do valor intrínseco da sua capacidade de estabelecer seus próprios fins na condição de um agente livre e racional (MANIERI, 2017, p. 92-93 *apud* ALBERONI, 1984, p. 95 *in* KANT, p. 91).

Nesse sentido, o “amor ao próximo” se concretiza na observação de seus direitos e deveres, no quadro de um sistema social que tem como pilar fundamental a justiça, considerada a semântica deste vocábulo como uma “forma universal pela qual os indivíduos independentes e dife-

rentes se dispõem razoável e livremente numa ordem comum” (MANIERI, 2017, p. 98-99).

A fraternidade, deste modo, concretiza-se na medida em que são observados e seguidos os direitos e deveres, no quadro de um sistema social que tenha como questão fundamental a justiça. E a concretização de uma boa vida política e social, que possibilite a expansão da fraternidade no âmbito da justiça está umbilicalmente relacionada à capacidade de construir uma hegemonia do atuar segundo a razão e não pelas paixões, exercício este que deve ser realizado por todos os seres humanos (MANIERI, 2017, p. 98-99) para a construção de uma sociedade democrática e materialmente plural.

### **Fraternidade e comunidade**

A fraternidade, quando percebida no âmbito da comunidade, mostra-se como uma conexão especial entre os indivíduos – levando em consideração os pressupostos econômicos e a necessária liberdade do livre desenvolvimento de todos (MARX; ENGELS *apud* MANIERI, 2017, p. 129), no limiar da “completa socialização da natureza humana por meio da substancial fraternização das relações humanas” (MANIERI, 2017, p. 131).

No que tange a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, a emergência de novas demandas deve-se, mormente, ao fato de que os conflitos sociais que permeiam o cenário internacional possuem novas dimensões e inclusive natureza identitária – o ser e o ter – tendo condão de alterar não apenas o sentido de existência da humanidade em si, mas a sua continuidade no espaço e tempo da biosfera (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 123).

A sociedade fraterna com vistas ao futuro, portanto, compõe-se por um entrelaçamento local, nacional e global, construída por pessoas humanas que são estimuladas a dar-se conta do sentido de sua própria existência e, percebendo-o, passam a seguir estilos de vida condizentes e harmônicos com a existência humana (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 151), nas suas relações com outras pessoas e grupos e com a natureza no seu entorno.

Como observava Paulo Freire:

De fato, vida melhor passa pelo acesso a coisas melhores, mas passa também, e fundamentalmente, pelo relacionamento humano que se gera. Grande parte das divisões políticas, mais ou menos artificiais, passam pela crença, geralmente não explicitada, de que o homem é naturalmente bom, ou naturalmente mau. Ainda que seja impossível comprovar em absoluto esta crença, hoje se sabe a que ponto contextos que jogam um homem contra outro geram inferno, enquanto contextos que geram solidariedade constroem ambientes onde as pessoas se sentem realizadas. (FREIRE, 2001, p. 13)

Deste modo, a fraternidade pode ser interpretada como um referencial forte para obstaculizar o modelo que se perfilha como tendência hegemônica no mundo hodierno (individualista e desagregador, neoliberal na economia e neoconservador na política<sup>8</sup>), dando sustentáculo a uma inovadora forma de convivência política e de organização social.

Neste contexto, a racionalidade fraterna pode se afirmar como um bem vindo contratempo, ocasionando eventos inusitados.

## **Conclusão**

Do percurso de estudo e da análise realizada até aqui, conclui-se pela verificação afirmativa da hipótese focalizada. A fraternidade, pilar relegado da tríade revolucionária francesa que impulsionou o nascimento do constitucionalismo moderno e a ordem internacional de proteção dos direitos humanos, pode ser interpretada como um referencial forte para dar sustentação a uma inovadora forma de convivência política e de diálogo da humanidade no mundo de hoje, na sua diversidade e especificidades, nos diferentes níveis: do global ao local, especialmente no que toca a proteção dos direitos humanos e a sustentabilidade socioambiental.

Na passagem ideal do “Estado de bem-estar” ao “Estado de bem viver” apresentam-se sempre mais indispensáveis a fraternidade e solidariedade social e institucional, especialmente no que toca a proteção dos direitos humanos e do meio-ambiente.

No constitucionalismo do novo milênio a fraternidade pode assumir um novo protagonismo, assumindo e impulsionando aquisições evolutivas na compreensão e na práxis dos direitos humanos e dos direitos

---

<sup>8</sup> Sobre este contexto, duas leituras indispensáveis: Fariñas Dulce (2014) e Amirante (2008).

fundamentais, revisitados criticamente a partir da incorporação da pluralidade e dos diálogos, e tensões, interculturais.

Assim, a fraternidade também pode ser interpretada como um referencial forte para obstaculizar o modelo que se perfilha como tendência hegemônica no mundo hodierno: individualista e desagregador, impiedoso com a humanidade e a natureza, neoliberal na economia e neoconservador na política. Neste contexto, a fraternidade pode se afirmar como um bem vindo contratempo.

Conclui-se, portanto, que, como observa Eligio Resta, vale a pena “apostar no código da fraternidade”. “O código é um lugar, um espaço, mais ou menos artificial, onde tentar dar corpo a um modelo de vida compartilhada” (RESTA, 2003, Introdução p. XII). Esta aposta depende da humanidade, da humanidade em todos e em cada um, como também depende da própria humanidade defender ou violar direitos, unir, ou não, esforços para um mundo humanamente digno, ambientalmente sustentável, socialmente justo e culturalmente rico.

Por fim, como também enfatizava Resta, justamente, “é necessário ter sempre em conta os possíveis contratempos” (RESTA, 2003, Introdução p. XII).

## Referências

- AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma Stato alla forma Mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.
- BALIBAR, Etienne. *Le frontiere della democrazia*. Roma: Manifestolibri, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- FARIÑAS DULCE, Maria José. *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*. Madrid: Dykinson, 2014.
- FREIRE, Paulo. *À sombra desta mangueira*. São Paulo: Olho d'Água, 2001.
- GALLEGOS-ANDA, Carlos Espinosa; FERNANDEZ, Camilo Pères (Eds.). *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011. p. 20.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

MANIERI, Maria Rosaria. *Fraternidade: releitura de uma ideia civil que pode mudar o mundo*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2017.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do 'novo' constitucionalismo latinoamericano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 18, nº 1 (Jan/Abril) Itajaí, Ed.: UNIVALI, p. 74-84, 2013.

MELO, Milena Petters. *Neocostituzionalismo e "nuevo constitucionalismo" in América Latina*. In: *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 342-354.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América latina. *Revista da Anistia Política e justiça de transição / Ministério da Justiça*. – N. 5 (janeiro/junho). – Brasília: Ministério da Justiça 2011.

RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraternalo*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e Fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). *Constitucionalismo Latino-americano*. Tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el Humano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. In: GALLEGOS-ANDA, Carlos Espinosa; FERNANDEZ, Camilo Pères (Eds.). *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

# PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL INTERGERACIONAL: COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA E DECISÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DE INCERTEZA

*Giselle Marie Krepsky\**

---

---

## **Introdução**

Com o avanço da sociedade moderna e a passagem para a fase pós-industrial na qual o homem passa da descoberta tecnológica para a curiosidade tecnológica, o homem enquanto ser humano, e o homem enquanto cidadão pertencente a uma sociedade complexa, precisa refletir e deliberar sobre os limites da intervenção humana sobre o ambiente e sobre o próprio gênero humano a fim de minimizar os danos e riscos que a sociedade propicia. Dentre eles, os riscos ambientais elevam sobremaneira a perspectiva de complexidade tanto do diagnóstico quanto da solução destes problemas, uma vez que eles são potencializados com o avanço tecnocientífico, mas, paradoxalmente, convivem com a diminuição das certezas científicas. Do ponto de vista sistêmico Luhmanniano, identificam-se pelo menos dois sistemas parciais da sociedade global que se colocam em destaque nos debates da proteção ambiental: Ciência<sup>1</sup> e Direito, além de uma regulação advinda do Sistema da Política.

A Ciência, embora dependa de conhecimento já produzido e, por consequência, também atua sobre uma tradição, está mais sujeita a rupturas advindas da ação cujos efeitos podem não ser propositais e nem sem-

---

\* Professora titular do Curso de Direito da Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB), Blumenau, SC (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisadora do Grupo de Pesquisas CNPq: Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, atuando nas linhas: Sustentabilidade Socioambiental, Ecomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais e Bioética, Cidadania e Produção do Conhecimento. gkrepsky@furb.br.

<sup>1</sup> Não se trata aqui de Ciência jurídica, que poderia ser considerada um acoplamento entre os sistemas do Direito e da Ciência, mas sim, do sistema que trata das observações científicas em geral tais como, biologia, geologia, geografia, entre outras, incluindo sobre o direito e cuja finalidade é comunicar com base no código (verdade ou não verdade) e programas (métodos e teorias).

pre esperados. E a busca pela certeza científica, que norteou as ações nesse sistema, também se relativiza na medida em que da Ciência se esperam apenas indicativos e probabilidades, projeções para o futuro. Portanto, sua aproximação com o Sistema do Direito se justifica, pois, a Ciência possui a missão de produzir e comunicar conhecimento com base na sua própria estrutura que é voltada, prioritariamente, para a cognição e aprendizagem através de seu código que seleciona a verdade sobre as coisas. Em contrapartida, o sistema do Direito possui a função de harmonizar as expectativas sociais aplicando normas, para o qual também são concedidas responsabilidades de aprovação e coibição de ações potencialmente danosas como as que são produzidas pelo Sistema da Ciência. Deste modo, observa-se que o sistema do Direito pode interferir no sistema da Ciência, já que aquele apresenta uma função normativa e regulamentadora. Em contrapeso, o sistema da Ciência também pode interferir no Direito, na medida em que este deve observar as comunicações da Ciência para decidir sobre questões ainda não regulamentadas, principalmente nos casos de alta complexidade, como nas ações que implicam decidir em contexto de incerteza e que apresentam riscos para o futuro.

Este cenário ganha, pois, um contexto diferenciado a partir do sentido Constitucional da proteção ambiental externado no artigo 225 que prevê em seu *caput* que: “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”. O texto, além de demonstrar o *status* de fundamentalidade do direito ao ambiente equilibrado e o dever de sua preservação com o controle e observância do Poder Público e de todos, impõe o cuidado com as gerações vindouras. Isso faz surgir no âmbito Constitucional o dever de garantir recursos ambientais tanto para a presente quanto para a futura geração, o que denota a necessidade de observação do futuro pelo Direito a partir de seu programa fundamental levando-se em consideração seu alcance transindividual<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “Na verdade trata-se da constatação de que existe um dever fundamental ecológico a que estão submetidos tanto o Estado como a coletividade, para a obtenção de uma justiça intergeracional” (CARVALHO, 2013, p. 59).

Dessa forma, o referencial teórico proposto traz à baila algumas reflexões a partir da observação destes dois Sistemas, no policontexto propiciado pela Constituição Federal brasileira de 1988 (CF) com intuito de esclarecer sobre qual poderá (ou deverá) ser a relação entre eles a fim de nortear as decisões jurídicas de modo a precaver e gerir os riscos ambientais. Por isso, o objetivo da pesquisa foi identificar como a comunicação científica adentra no sistema jurídico e de que forma isso está relacionado com o compromisso constitucional de garantir às gerações vindouras um ambiente ecologicamente equilibrado.

### **O Direito e a Ciência no paradigma da (eco)complexidade**

O homem passou do domínio da técnica para se proteger dos perigos a que estava exposto na natureza e que colocavam em risco a sua continuidade, para o aprimoramento da técnica de que dispõe para se proteger dos riscos causados pelo próprio uso da tecnologia dantes experimentada<sup>3</sup>. Um paradoxo causado pela curiosidade e pela capacidade humana. No entanto, ao longo do tempo, o meio ambiente vem passando por modificações, sendo o homem o grande agente indutor de danos. Por isso, a natureza está em uma situação de vulnerabilidade crítica provocada pela intensa intervenção técnica do homem, ou seja, “uma vulnerabilidade que jamais fora pressentida antes que ela se desse a conhecer os danos já produzidos” (JONAS, 2011, p. 39).

No entanto, esse mesmo homem curioso e soberbo de suas conquistas tem que lidar com os riscos que a descoberta e o uso da tecnologia da qual diz ter domínio podem causar a si e à continuidade do gênero humano com as características a ele inerentes. Seja na produção de sementes melhoradas geneticamente para saciar o perigo da fome, ou na intervenção genética do homem sobre o homem para combater os males que acometem a saúde, ou ainda as descobertas nanotecnológicas e o uso

---

<sup>3</sup> “Particularmente nossos corpos, nossa saúde, estão cada vez mais distanciados da natureza. O segmento de tecnologia que está entre nós e a natureza é cada vez mais amplo e denso. Nós não estamos expostos aos perigos da natureza que estamos modificando em seus componentes mais íntimos até torná-la completamente artificial” (PARDO, 2003, p. 139; tradução nossa).

oriundo destas habilidades tecnocientíficas, há algo em comum: as decisões humanas<sup>4</sup>.

Para aumentar esta celeuma, não é possível dissociar as relações nada simples entre a ciência, a técnica, a sociedade, a indústria e o Estado. Nem tampouco se pode desconsiderar as intervenções que o sistema econômico exerce sobre o *modus* de produção científica. Ademais, Morin (2010, p. 9) afirma que “a técnica produzida pelas ciências transforma a sociedade, mas, também, retroativamente, a sociedade tecnologicizada transforma a própria ciência. (...) mas nem o Estado, nem a indústria, nem o capital, são guiados pelo espírito científico (...)”. Até porque, o homem está envolvido pelo imperativo tecnicista que direciona para experimentar tudo o que tecnocientificamente é possível levando a premissa de que se ele pode, deve fazê-lo (HOTTOIS, 2001).

De qualquer forma, este cenário demonstra o modelo antropocêntrico no qual a sociedade se constituiu. Ou seja, quando se trata de tecnologia, sempre há uma ação humana que a antecede e voltada para resultados especialmente na condição humana, direta ou indiretamente. Contra todo o perigo oferecido pela natureza, a intervenção antropocêntrica por meio da tecnologia alcança resultados dantes impensáveis, ou, que habitavam apenas o campo da ficção científica ou da criação cinematográfica.

O que se percebe, de certa forma, é o homem gerando complexidades para reduzir as complexidades sociais. Portanto, não se pode dissociar a complexidade científica da complexidade social ou relações mútuas entre sistemas e ambiente levando também a uma ecomplexidade. Se o homem chegou a esse nível de complexidade de sua vivência é porque houve condições de possibilidade para que isso fosse assim. Não é por outro motivo que, para Morin (2010) a ciência também é histórica, socio-

---

<sup>4</sup> Pelo menos numa perspectiva de total domínio do homem sobre a máquina. No entanto, é preciso manter a vista também que o homem procura criar máquinas a sua imagem e semelhança, inclusive com autonomia decisional. E isto, deve, no mínimo, chamar a atenção para os limites das suas invenções, sob o risco de tornar-se escravo da tecnologia. Para Morin (2010, p. 109): “Com a tecnologia, inventamos modos de manipulação novos e muito sutis, pelos quais a manipulação exercida sobre as coisas implica a subjugação dos homens pelas técnicas de manipulação. Assim, fazem-se máquinas a serviço do homem e põem-se homens a serviço das máquinas. E, finalmente, vê-se muito bem como o homem é manipulado pela máquina e para ela, que manipula as coisas a fim de libertá-lo”.

lógica e eticamente complexa. E há muito que se reconhecer desta complexidade quando se trata do agir científico e para o qual seus atores, os cientistas, nem sempre estão aptos a considerar. Nesse sentido,

(...) o novo caráter – do ponto de vista histórico – dos atuais riscos radica na sua simultânea construção científica e social, e além disso em um triplo sentido: a ciência se converteu em concausa, instrumento de definição e fonte de solução de riscos de modo que assim, se abrem novos mercados para a cientificização. O desenvolvimento técnico-científico é contraditório com o intercâmbio de riscos, por ele mesmo coproduzido e codefinido (...). (BECK, 1998, p. 203)

Suscita-se, então, a possibilidade de outros sistemas interferirem na concretização das operações do sistema da Ciência, e que foi avaliada por Luhmann. Para ele, as comunicações que se revelam como sendo verdadeiras ou falsas e por consequência a capacidade de aplicação posterior é que são as operações do sistema da Ciência.

Para Jasanoff (1995, p. 7; tradução nossa), os contrastes entre Direito e Ciência “são frequentemente descritos em termos binários: a ciência busca a verdade, enquanto a lei faz justiça; a ciência é descritiva, mas a lei é prescritiva; a ciência enfatiza o progresso, enquanto a lei enfatiza o processo”. Essas são variáveis que aumentam sobremaneira a dificuldade da análise acerca do sistema da Ciência, e, por consequência, de como o Direito deve ou pode observá-lo para decidir ou gerenciar as demandas ambientais. De fato, qualquer análise que vise intervenções, deverá considerar a complexidade social, sob pena de, ao reduzi-la, excluir a unidade do fenômeno, ou, para dizer sistemicamente, as diferenças.

As categorias “sociedade complexa” ou “complexificação social” têm sido deveras utilizadas no meio acadêmico. Mas é preciso esclarecer que a categoria complexidade tem significado particular para a teoria dos sistemas. Uma afirmação universal e genérica que se pode tecer sobre o sistema é a de que, entre ele e o meio circundante, há diferença e que se traduz em diferença de complexidade. Sendo assim, o meio no qual está inserido o sistema é sempre mais complexo do que este, posto que no meio existem muitas possibilidades relacionais e maior número de acontecimentos (LUHMANN, 2010).

Como em determinado tempo e circunstâncias as possibilidades de conexões relacionais e o número de elementos é absurdamente crescente, faz-se necessário que os sistemas ou subsistemas limitem estas possibili-

dades reduzindo a própria complexidade social. Ao se pensar em complexidade há que se ter em mente a situação da distinção entre elementos e relações. Isto porque, se um sistema possui cada vez mais um número maior de elementos, torna-se cada vez mais difícil a inter-relação destes elementos com outros. Isso gera também um problema de observação, já que o conhecimento de um elemento não leva automaticamente ao conhecimento de todo o sistema. Há, assim, uma evidente falta de informação no sistema complexo, que já não pode mais ter certeza sobre suas escolhas ou seleções diante da incerteza do que o sistema observa. Dessa forma, Luhmann (1998) salienta que a complexidade se torna tanto um problema para as operações, quanto para a observação que o sistema realiza (incertezas internas e externas). Isso poderia explicar a dificuldade de escolha do sistema do Direito acerca dos elementos ecológicos e científicos que poderá considerar no âmbito de sua decisão/comunicação e que de alguma forma sobrecarrega a atuação do Direito Ambiental.

Para Carvalho (2010), essa complexidade se acentua porque os conflitos ambientais estão inseridos em três dimensões de complexidade: limitação estrutural do Direito Ambiental por conta da tradição jurídica e a normatividade constitucional de garantir um ambiente ecologicamente equilibrado para presentes e futuras gerações; incapacidade do Direito controlar os demais sistemas tão somente com base na lógica causal; o agravamento da conflituosidade advinda da sociedade pós-industrial pela imposição de questões ecológicas que ultrapassam o conflito intrassistêmico que o coloca numa relação de referências e racionalidades distintas, qual seja: relação entre sociedade e ambiente. Essa relação deveras multifacetada denomina-se ecocomplexidade.

Logo, a ecocomplexidade pode ser entendida como sendo:

(...) uma forma de complexidade altamente potencializada por dizer respeito a relações mantidas entre um sistema que opera numa unidade de referência (no caso da Sociedade, comunicação) e um ambiente que tem outra unidade operacional (como é o caso do ambiente orgânico, que tem como unidade reprodutiva a vida). (LEITE; FAGÚNDEZ, 2007, p. 77)

Assim, Direito e Ciência são sistemas que se complexificam e co-evoluem com intuito de manterem a sua auto-poiese e de reduzirem as complexidades sociais que se sobrecarregam no contexto de riscos e da-

nos ambientais nem sempre previsíveis e para os quais o Direito é chamado a decidir.

### **A proteção transgeracional**

Todas as ações tecnológicas ou humanas comprometem o momento presente, mas, sobretudo, direcionam e modificam as perspectivas de futuro da humanidade. Trabalhar com a perspectiva de futuro é deveras complicado para o direito, porquanto defensor da tradição e da segurança jurídica. Mas, se lidar com o futuro é um movimento complexo para o direito, a Ciência está num paradoxo temporal. Se por um lado dela é exigido que aja na urgência de descobertas para a manutenção da vida humana por meio de curas a males da saúde ou otimizações de sobrevivência (como as inovações para superação da saturação alimentar do planeta), ou ainda protegendo a vida humana e não-humana da ação técnica antecedente, por outro se lhe exige que seja prudente nas ações preocupando-se com o futuro transgeracional<sup>5</sup> e com as possíveis consequências negativas de suas decisões. Aliás, é no tocante ao predizer o futuro e as consequências que podem advir do uso da própria tecnologia que o empenho da Ciência deve ser reforçado. O uso da Ciência para a prospecção do futuro deve, pois, ser maior do que o seu esforço despendido nas invenções. O que, paradoxalmente, acaba por exigir um saber muitas vezes ainda nem disponível, diante da imprevisibilidade e da incapacidade de prever as futuras invenções (JONAS, 2011).

Nesse sentido Hottois (1990, p. 66) esclarece que:

Essa imprevisibilidade – que torna o futuro ao mesmo tempo absolutamente opaco e totalmente aberto – provém, em última análise, do facto do futuro ser, em grande medida, colocado doravante sob a égide do aperfeiçoamento e do possível tecnocientífico, sendo o modo de evolução da tecnociência da ordem de construção, da invenção, em resumo, da prática criadora que nenhuma teoria prevê.

A preocupação com as gerações vindouras, ou transgeracionais “(...) é solidária do surto de desenvolvimento da ciência moderna colocada sob o signo da acumulação progressiva de descobertas e de invenções

---

<sup>5</sup> A geração futura ou vindoura não se trata apenas de filhos ou netos, mas de toda a humanidade futura (HOTTOIS, 2001, p. 389).

destinadas a melhorar gradualmente a condição humana.” (HOTTOIS, 2001, p. 389). Nesse sentido, Barretto (2013) esclarece que a relação existente do homem com a natureza, a partir da intervenção técnica, está sustentada definitivamente pela previsão do risco que a ação humana pode vir a provocar no futuro e é necessário que as ações humanas partam de uma relação de cuidado. Nessa relação de cuidado deve ser considerada a dimensão do bem e do mal.

Assim, as escolhas das gerações presentes afetam diretamente o futuro das próximas gerações, com suas ações e decisões.

O nosso poder de produzir, de modelar e de afectar o futuro é enorme. Excede a capacidade de reequilibração ou de integração da natureza que, ainda há pouco, tomava de certa forma conta de si mesma. Hoje em dia, a acção colectiva tecnocientificamente equipada pode afectar a natureza de maneira irreversível e potencialmente catastrófica para essa natureza e para a humanidade. (HOTTOIS, 2001, p. 390)

Dessa forma, a tecnologia pode limitar as escolhas das gerações futuras, pois elas não terão as mesmas condições das atuais e tampouco serão ouvidas ou poderão argumentar ao seu favor. Essa possibilidade de alteração da natureza humana e da extra-humana pelo avanço da tecnologia pode desencadear o fim da herança da evolução passada (BARRETTO, 2013). O futuro que aqui se refere, não é um futuro breve, mas aquele que está por vir, ou seja, de gerações que ainda não existem, mas que devem ser protegidas a partir de tomada de decisões presentes.

Nesse tocante, salienta-se que a ideia de responsabilidade para com o futuro não é isenta de inúmeros obstáculos. É difícil que haja o compromisso com gerações que existirão muito além da própria existência, com as quais não se terá nenhum contato ou implicação direta. Seres que irão viver apenas daqui a décadas, séculos ou milênios. A preocupação social costuma voltar-se muito mais para o que é imediato e concreto, factível e previsível. Além disso, a preocupação com as gerações futuras muitas vezes irá se chocar com o estilo de vida contemporâneo, implicando em imposição de restrições de vida hoje, em detrimento de uma qualidade de vida alheia e distante (HOTTOIS, 2001). É por isso que se propõe a substituição dos imperativos éticos do passado, como o imperativo kantiano. Em um horizonte mais abrangente e estendido temporalmente, Jonas (2011) assevera que o homem deve agir de tal forma que os efeitos da sua ação sejam

compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica. Esse imperativo mostra-se muito apropriado, uma vez que a margem de imprevisibilidade gerada pela intervenção na natureza e por meio da técnica faz surgir um grau de comprometimento mais elevado para com o agir presente. Esse agir deve estar comprometido muito além do que apenas a possibilidade de continuidade das gerações do ponto de vista físico, mas também com a possibilidade de permanência de uma identidade humana [incluída em seu ambiente] em sua essência (JONAS, 2011).

Assim, se de alguma forma já não era tarefa fácil agir de acordo com o imperativo Kantiano, agora, todos devem se sensibilizar com o dever de agir de forma muito mais cautelosa e com uma alteridade redimensionada no tempo e no espaço (JONAS, 2011).

Além disso, a preocupação com as gerações futuras está diretamente ligada com o princípio de desenvolvimento sustentável ambiental bem como da solidariedade.

A noção de sustentabilidade funda-se em pelo menos dois critérios: primeiro, as ações humanas passam a ser analisadas quanto à incidência de seus efeitos diante do tempo cronológico, pois esses efeitos são estudados no presente e no futuro; segundo, ao se procurar fazer um prognóstico do futuro, haverá de ser pesquisado que efeitos continuarão e quais as consequências de sua duração. Não há necessariamente que se atrelar, nessa operação inicial, o conceito de equidade intergeracional. Essa noção somente viria compor o quadro de elementos da sustentabilidade, quando juntássemos ao termo sustentabilidade o conteúdo ambiental. (...) teremos três elementos a serem considerados: o tempo, a duração dos efeitos e a consideração do estado do meio ambiente em relação ao presente e ao futuro. (MACHADO, 2015, p. 59)

Então, tanto a complexificação socioambiental quanto a necessidade de tomar decisões no presente de modo que se protejam gerações que não serão sequer conhecidas, colocam o Sistema do Direito ante a difícil tarefa de decidir em cenários de meras probabilidades ofertados pela Ciência.

### **A decisão jurídica em meio a eco(complexidade) e a absorção da comunicação científica pelo Direito**

A capacidade de decisão do Direito precisa inserir-se nestes múltiplos contextos (policontextualidade) e deve, sobretudo, ser observado

sob a égide Constitucional. A Constituição (promessa de futuro), enquanto acoplamento entre o Sistema do Direito e da Política, torna-se o fio condutor para as decisões que envolvem avanços tecnológicos no cenário de incerteza científica. Todavia, as decisões sobre demandas que envolvem contextos de incerteza para o futuro e que podem causar danos globais e transgeracionais, precisam lidar com a relativização da segurança jurídica. Esta relativização, por sua vez, pode, paradoxalmente, sujeitar o ambiente a maior risco advindo de tais avanços. Ademais, essa hipercomplexidade já não permite a observação social pautada no grau de hierarquia da pré-modernidade. Para Neves (2013), isso gera tensões entre as diversas racionalidades com as quais cada diferença sistêmico-social pretende ser universal. Conforme assevera Pardo:

A ciência, a filosofia, a sociologia, que antes operavam também com certezas as estão abandonando, deixando ao Direito e aos poderes públicos ante a sua irrenunciável função de decidir. O problema é que elas podem se permitir a incertezas, o Direito não. (PARDO, 2015, p. 36; tradução nossa)

Para Corsi, Baraldi e Esposito (1996, p. 141, tradução nossa), o conceito de risco se refere à possibilidade de danos futuros decorrentes de decisões. “As decisões que se tomam no presente condicional o que acontecerá no futuro, ainda que não se saiba de que modo: devem ser tomadas sem ter uma consciência suficiente do que ocorrerá”. Dessa forma, sempre que se decide se está sujeito a riscos futuros, pois nunca haverá, num contexto de complexidade e incerteza, segurança total de que a ação escolhida não os provocará. Cabe, pois, decidir de forma mais provável a não gerar riscos. Mesmo assim, ressalta-se que não haverá garantia, pois mesmo a ação mais prudente, pode, por uma gama enorme de outros acontecimentos, levar a um dano futuro.

Somado ao isso, encontra-se o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação conforme preceitua o artigo 218 “caput” da CF. Destaca-se o caráter prioritário que o Estado deve dar à pesquisa científica básica e tecnológica com vistas ao bem público e o progresso da ciência, da tecnologia e da inovação, descrito no § 1º deste mesmo artigo. Isto deverá ser feito em regime de colaboração entre os entes públicos e privados conforme destaca o artigo 219-B da CF. Nesse tocante, o artigo 219 “caput” prevê que: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a

viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população, e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal”. Logo, não é por outro motivo que o Capítulo IV da Constituição Federal: “Da Ciência, Tecnologia e Inovação” está inserido no Título VIII “Da Ordem Social”, tal qual o Capítulo VI “Do Meio Ambiente”. Há, pois, que se coadunar progressão tecnológica e proteção ao meio ambiente para presentes e futuras gerações.

Nesse panorama de decisão responsável para com o futuro em meio a uma sociedade de risco e para qual se prospecta uma intervenção do Direito, uma questão que merece destaque é a de como o Direito lida com o futuro e com a possibilidade de um dano futuro. Perceber possíveis diferenças no trato com o futuro entre os sistemas da Ciência e do Direito pode ser um dos primeiros esclarecimentos sobre a dificuldade do Direito em observar o sistema da Ciência e possível obstáculo nas decisões na esfera ambiental, sobretudo, a partir do compromisso intra e intergeracional preconizado pelo artigo 225 da CF.

(...) possibilidade de um futuro não é promessa, mas compromisso, que só pode ser realizado mediante uma tríade de condições estruturadas em torno da participação da informação e da repartição de responsabilidades (solidariedade). O possível deixa, desta forma, de ser socialmente reproduzido como expressão que identifica condições de imobilismos ou de impotência perante um inacessível, desconhecido, e incompreensível, para assumir a qualidade de objetivo de compromisso jurídico tendente à concretização (...). (AYALA, 2003, p. 63)

Para que haja uma decisão jurídica nesta seara, o Direito precisa observar as comunicações oriundas do sistema da Ciência e estar mais sujeito a irritações que advenham deste Sistema. Ou seja, embora auto-poiético, e, portanto, operacionalmente fechado em seu código (direito/não direito) ele precisa se colocar em abertura cognitiva para tais comunicações, sem as quais terá dificuldades para decidir. Essa forma de ingresso das informações tecnocientíficas da Ciência no Direito se dão prioritariamente por meio de pareceres técnicos ou perícias a partir do código verdade/não verdade sobre as coisas.

Aliás, Rocha e Simioni destacam que:

Nunca as decisões jurídicas dependeram tanto das perícias como os novos direitos. E essa dependência, paradoxalmente, significa au-

tonomia. A decisão jurídica está obrigada a manter-se jurídica apesar da dependência em relação às informações produzidas pela perícia. (ROCHA; SIMION, 2012, p. 196)

Assim, apesar de utilizar as comunicações científicas como fonte informativa a fim de nortear suas decisões, o Direito deve manter sua autonomia e utilizar seu próprio código. Porque caberá ao sistema do Direito assimilar as informações científicas sob o seu código e não sob o código da Ciência, já que, ao fim e ao cabo, é o Direito quem decide sobre o que comunicou a Ciência. Afinal, ele não pode decidir com base no código verdade/não verdade, pois isso seria uma corrupção sistêmica. Nesse sentido,

(...) o papel de *peritus peritorum* reservado ao juiz no processo: um tal papel significa que, não obstante a variedade das verdades científicas, é ao juiz que sempre e de todo modo cabe transformar as verdades sempre falsificáveis da ciência em verdades definitivas e imutáveis para o direito. (PANNARALE, 2006, p. 15)

Isso quer dizer que a forma como o Direito vai assimilar esta comunicação depende de um acoplamento estrutural entre Direito e Ciência. Para tanto, o Direito deverá decodificá-la, isso é, fazer uma leitura a partir de sua própria estrutura e código das descrições técnicas efetuadas pelos peritos (CARVALHO, 2013, p. 122). Ademais, mediante uma seleção prévia, o sistema só irá operar ou reagir a esses estímulos se ele conseguir processar esses elementos ou informações na sua estrutura já existente. Afinal, para Teubner:

Interferência não significa que a informação seja carreada entre os sistemas através de uma relação directa *input-output*. A informação é sempre gerada *ab novo* em cada subsistema social, só que, no contexto da interferência com a particularidade de ser gerada simultaneamente e na base do mesmo evento comunicativo no seio dos sistemas em causa. (TEUBNER, 1989, p. 174)

Assim, para se alcançar a definição do objeto protegido pela norma constitucional o direito não oferece todas as respostas, devendo ser trazidas a exame as noções de Ecologia, de Direito Constitucional e Internacional, proporcionando evoluções em noções tradicionais, como soberania, direito de propriedade, interesses público e privado, etc.(MORAES, 2010). Isso demonstra novamente a sempre presente relação entre o sistema do Direito e da Ciência, uma vez que é necessário observar os even-

tos ambientais com potencial danoso futuro de forma interdisciplinar, impondo ao intérprete e julgador colocar-se em abertura com o que comunicam os demais subsistemas sociais.

Dessa forma, Canotilho (2015, p. 31) entende que o Direito Constitucional vem acompanhando o esforço doutrinário de leitura da observação da complexidade ambiental “no sentido de alicerçar a determinação jurídica dos *valores limite do risco* ambientalmente danoso através da exigência da protecção do direito ao ambiente segundo o *estádio mais avançado da ciência e da técnica*”.

## Conclusões

Diante da proposta investigativa e nos limites deste espaço acadêmico, é possível tecer algumas considerações que, embora conclusivas, deixam portas abertas para novas observações, pois, fechá-las seria ir de encontro à aprendizagem sistêmica, função primeira do Sistema da Ciência (neste caso, jurídica).

A fim de responder ao problema proposto e identificar como pode ou deve ser a relação entre Direito e Ciência ante a exigência de decidir em cenários de incerteza científica e complexificação social, precisa-se levar em consideração os seguintes fatores.

Ao Direito não é possibilitado não decidir quando invocado. Portanto, ele não pode esperar certezas científicas para escolher qual opção decisória será a melhor para as presentes e futuras gerações. Independente do estado da arte que determinado ramo da Ciência possa apresentar, cabe ao Direito, decidir sobre questões que envolvam potenciais danos futuros e mais, garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações que sequer serão conhecidas.

Como ao Direito cabe apenas operar com o código direito/não direito, ele depende das perícias técnicas (comunicação científica) para traduzir esta informação a partir de sua estrutura (normas) para só então decidir. Afinal, o Direito não pode afirmar o que é, por exemplo, milho transgênico, que só pode ser considerado assim aos olhos do observador da Biologia. Então, quando o Direito observa as comunicações científicas, ele está observando o que a própria Ciência observa. Há aí, uma relação de confiança na Ciência que é filtrada pelo julgador que se traduz no seu

livre convencimento, mas na maior parte dos casos, em especial os não legislados, essa confiança se transforma em codependência.

No que se refere à proteção ambiental constitucional a fim de garantir um meio ambiente equilibrado ecologicamente para as gerações futuras, tal dependência se mostra ainda mais complexa, posto que a mesma Ciência que tem interesse em agir na natureza e no homem com a sua função de promover descobertas é que predicará sobre o futuro, cada vez mais incerto até mesmo aos seus olhos. Nesse tocante, os princípios da precaução e da prevenção, mormente utilizados nas decisões judiciais em cenários de incerteza, precisam vir acompanhados de uma observação ética voltada para a permanência de uma vida humana autêntica nesse futuro, incluindo aí o ambiente de que se dispõe hoje.

Nesse sentido, a Constituição Federal, porquanto promessa de futuro do ponto de vista sistêmico torna-se alicerce estrutural do Sistema jurídico por meio do qual as comunicações científicas devem ser decodificadas.

## Referências

AYALA, Patrick de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini. *Estado de direito ambiental: perspectivas*. Rio De Janeiro: Forense, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. 2ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. Aspectos epistemológicos da ecologização do direito: reflexões sobre a formação de critérios para análise da prova científica. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, n. 7, 2010, p. 88-94.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2.ed. rev e ampl. Porto Alegre: Do Advogado, 2013.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

HOTTOIS, Gilbert. Gerações Vindouras. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente, biotecnologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 389-391.

HOTTOIS, Gilbert. *O paradigma bioético: uma ética para a tecnociência*. Lisboa: Ed. Salamandra, 1990.

HOTTOIS, Gilbert. Tecnociência. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente, biotecnologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 602-606.

JASANOFF, Scheila. *Science at the Bar: Law, Science and Technology in America*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2011.

LEITE, José R. M.; FAGÚNDEZ, Paulo R. A. *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 4.ed. Rio De Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PANNARALE, Luigi *A Ciência do Direito, conhecimento científico e decisões jurídicas: Um confronto impossível*. Belo Horizonte: Veredas do Direito. v.3. n.5. p. 9-29. Janeiro- Junho, 2006.

PARDO, José Esteve. Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión. Documentación Administrativa. *Ciencia y Tecnología en el Derecho Administrativo*, n. 265-266, 2003, enero-agosto, p. 137-149.

PARDO, José Esteve. Decidir y Regular em la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público. In: GARDELLA, M. Mercè Darnacullea; PARDO, José Esteve; DÖHMANN, Indra Spiecker Gen. (Eds.). *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Madrid: Marcial Pons. 2015.

ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coord.). *Direito Ambiental e Autoipoiese*. Curitiba: Juruá, 2012.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

# VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS COMETIDAS POR ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: ATÉ AONDE A IMPUNIDADE PODE CHEGAR!

*Cleverson Sottili\**

*Nathaba da Silva\*\**

*Maria Aparecida Lucca Caovilla\*\*\**

---

---

## Introdução

É indubitável que os Direitos Humanos têm distinta relevância, inclusive no plano internacional, o que justifica a manutenção de Organizações Internacionais que se prestam a protegê-los quando violados ou ameaçados.

Nesse contexto, é compreensível que não haja muitos estudos acerca das consequências negativas advindas da atuação das Organizações Internacionais em prol de Direitos Humanos, contudo é salutar a análise imparcial do presente tema, a qual se dará a partir da pesquisa bibliográfica ao final apontada.

Para compreensão da problemática envolvida serão abordadas questões relevantes, como a importância que a ONU possui na comunidade internacional em paralelo com suas imunidades e prerrogativas, a fim de proceder a uma acurada análise acerca de essas garantias serem coerentes ou servirem como um escudo protetor, capaz de acobertar toda e qualquer prática passível de responsabilização. O problema de pesquisa perpassa pelo seguinte questionamento: Como fica a responsabilização da Organização das Nações Unidas (ONU) quando suas condutas violam Direitos Humanos, contrariando os fins a que se propõem?

---

\* Discente do Programa de Mestrado em Direito da Unochapecó.

\*\* Bacharel em Direito.

\*\*\* Docente doPPGD/UNOCHAPECÓ. Doutora em Direito, Política e Sociedade pela UFSC.  
E-mail: caovilla@unochapeco.edu.br.

## **A ONU como instituição**

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi fundada em 1945, em meio ao cenário terrível do encerramento da segunda guerra mundial. Seu surgimento se deu em meio à imensa amargura que assolou o mundo, deixando o sentimento que algo deveria ser feito. Foi quando a instituição foi criada (POLON, 2018, n.p).

Até a fundação da ONU, outras instituições de menor escala haviam sido criadas, como a União Telegráfica Internacional, conhecida hoje como União Internacional de Telecomunicações (ITU), fundada em 1865, e a União Postal Universal (UPU), fundada em 1874. Ambas são agências que atualmente integram o sistema da ONU. Contudo, apesar de já existirem instituição unindo Estados com interesses comuns, a primeira conferência de caráter internacional para a paz ocorreu apenas em 1899, em Haia, na Holanda (ONU, 2018, n.p).

Inicialmente, como antecessora da ONU existiu a Liga das Nações Unidas, uma instituição criada em 1919, em meio à primeira guerra mundial, com a finalidade de promover a paz social, sob o tratado de Versailles. Ocorre que com o advento da segunda guerra mundial (1939-1945), ficou comprovado o insucesso desta instituição, razão pela qual ela foi extinta dando espaço para o surgimento da ONU (ONU, 2018, n.p).

O novo acordo, que culminou com a criação da ONU, foi, sem dúvidas, um sucesso, pois conseguiu o apoio de grandes potências e de um número expressivo de Estados membros, o que outorgou viabilidade e relevância para a instituição. Dentre as grandes potências aderentes podem ser citadas China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética (ONU, 2018, n.p).

A Carta das Nações Unidas foi elaborada pelos representantes dos 51 países presentes na Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniram em São Francisco de 25 de abril a 26 de junho de 1945, data na qual, ao fim dos trabalhos, foi assinada a referida Carta (ONU, 2018).

Atualmente a ONU conta com 193 membros (ONU, 2018, n.p). Dentre os principais objetivos a ser perquiridos pela ONU estão a busca pela paz e segurança na comunidade internacional, o combate a pobreza, a desigualdade, e a retenção da proliferação de armas nucleares, fomentando a democracia de modo a atingir a cooperação de todos os Estados

membros a fim de resolver e prevenir eventuais litígios, sendo vedado qualquer tipo de discriminação (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Destaca-se que a ONU é dotada de personalidade jurídica, conforme artigo primeiro da Convenção das Nações Unidas, onde está previsto a possibilidade da mesma contratar, adquirir e alienar bens e até mesmo demandar em Juízo (NAÇÕES UNIDAS, 1946).

Denota-se que a ONU é uma organização internacional de longa data, que conta com o apoio da maioria dos Estados em âmbito internacional, pois tem como diretrizes a proteção e o cuidado com a vida e os demais atos necessários para sua efetivação.

### **Prerrogativas e imunidades da ONU e seus agentes**

A ONU possui relevante papel na sociedade por ter entre suas atribuições, a de intervir nos Estados mais necessitados a fim de garantir o mínimo de dignidade e assistência às pessoas que se encontram completamente às margens de qualquer tipo de proteção e sob eminente risco de vida.

Contudo, a atuação da ONU prescinde da verificação de uma série de questões a serem garantidas e perfectibilizadas para a implementação destas missões de paz.

Inicialmente, julgado necessário o apoio e intervenção por parte da ONU (com a devida intervenção, deslocando equipe de pessoal ao Estado necessitado), é celebrado uma espécie de tratado/acordo, o qual deve ser assinado pela ONU e pelo Estado acreditado, e novamente pela ONU e demais partes envolvidas, posto que geralmente há vários Estados alheios ao necessitado nas operações de paz (FLORIO, 2015, p. 18).

Nestes acordos celebrados, que geralmente envolvem agentes militares de outros Estados (a pedido da ONU para ajudar nas missões e tarefas), há uma série de disposições que asseguram aos agentes e diplomatas a sua integridade e invulnerabilidade. Geralmente, as proteções, imunidades e privilégios são bastante amplos, abrangendo o agente, seus bens e todo e qualquer ato praticado durante o trabalho (FLORIO, 2015, p. 18-19).

Existem dois modelos de documentos comuns utilizados pela ONU neste tipo de operação: o Acordo do Status de Força (*Status of Force Agreement*, SOFA) e o Memorando de Entendimento (*Memorandum of Un-*

*derstanding*, MOU). Esses documentos são elaborados com a finalidade de proteger os agentes militares e diplomatas a serem deslocados ao Estado em situação de perigo e calamidade pública, especialmente limitando a atuação do Estado que receberá ajuda, para que nenhum mal aconteça aos ajudantes (FLORIO, 2015, p. 19).

O primeiro (SOFA), se destina a estabelecer as prerrogativas e deveres que cada parte terá durante a intervenção. Este acordo geralmente é firmado entre a ONU e o Estado acreditado/anfitrião, que receberá as tropas de agentes militares e diplomatas para conferir apoio aos necessitados (GRASSI, 2011, p. 200).

O segundo documento apresentado, MOU, via de regra é firmado entre a ONU e os países que, a pedido desta, contribuirão com o deslocamento de pessoal (agentes militares) para auxiliar no Estado necessitado (VITÓRIO, SANTOS, 2017).

Nestes documentos lavrados pelas partes, são estabelecidos termos administrativos de conduta, abrangendo neles toda a questão logística, financeira, e as condições para governar a contribuição do pessoal, dispondo ainda acerca dos equipamentos e serviços necessários a serem providenciados pelos Estados intervenientes para a operação de paz (GRASSI, 2011, p. 200).

Quem representa a ONU nessas negociações é sempre o Secretário das Nações Unidas (GRASSI, 2011, p. 200).

Como bem apontado acima, infelizmente a ONU *não* possui corpo técnico e de profissionais a ponto de ser considerada autossuficiente para desempenhar com autonomia seu ofício, pois *não* possui agentes militares, aptos a contribuir com as mais variadas situações que emergem no dia a dia no cenário mundial.

Assim, existem duas classes de ativistas nas operações da ONU. Uma é destinada aos funcionários e subordinados diretos da ONU (funcionários, voluntários, peritos, consultores etc.) e outra às tropas militares cedidas pelos países alheios ao conflito/problema. Os primeiros são conhecidos como *peacekeeping personnel* e os segundos como *peacekeeping troops* (tropas cedidas pelos Estados-parte da ONU). Esta classificação distinta refere-se aos diferentes comandos de cada um, ou seja, a quem são subordinados quando em campo (FAGANELLO, 2013, p. 193).

Destarte, os peacekeeping personnel devem obediência estritamente ao representante da ONU na missão de paz, enquanto os peacekeeping troops ficam adstritos diretamente às instruções de seu Comandante, mesmo que atuando indiretamente sobre a coordenação e orientação da ONU. Isso causa profundas diferenças no que toca á responsabilidade dos agentes em caso de eventuais problemas, pois os primeiros recebem reprimenda diretamente pela ONU, enquanto os segundos somente podem ser punidos pelo seu Estado (FAGANELLO, 2013, p. 194).

Seguindo o raciocínio, para esses agentes atuarem com autonomia e segurança nos Estados anfitriões, existe uma série de prerrogativas outorgadas a eles por meio de vários tratados.

Essas garantias encontram guarida na Carta das Nações Unidas e na Convenção sobre os privilégios e imunidades das Nações Unidas.

A Carta da ONU é o primeiro documento a trazer tais garantias, ainda em 1945, quando da criação da referida Organização Internacional. Previsto no artigo 103, em seus incisos 1 e 2, tem-se disposto que a Organização, juntamente com seus funcionários, disfrutará dos privilégios e imunidades necessários ao exercício dos fins a que se propõem (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Em complemento, no mesmo sentido tem-se a “Convenção sobre os privilégios e imunidades das Nações Unidas”, esta, de 1946, também se destina a garantir e assegurar direitos àqueles que são enviados para desempenhar relevante papel nas demandas em que são acionados.

Para ilustrar tal afirmação, citam-se alguns mandamentos descritos na referida convenção, como a seção 18, que assevera que os funcionários da ONU gozarão de imunidades pelos atos praticados (ações/palavras), quando em missão de paz (NAÇÕES UNIDAS, 1946).

Em complemento, temos ainda a convenção de Viena, amplamente conhecida por, de modo geral, regular as relações diplomáticas entre os Estados, cujo artigo 31, confere amplo rol de imunidades aos agentes em missão de paz, como imunidades na jurisdição penal, administrativa e cível, incluindo-se desde a impossibilidade destes serem perseguidos criminalmente, até a impossibilidade de serem executadas sentenças na esfera cível contra os agentes diplomáticos (BRASIL, 1965, n.p).

Por corolário deste aparato protetor, a ONU tem fundamento para celebrar os referidos acordos (SOFA e MOU), que acabam servindo como escudo protetor, pois ao passo que se prestam a garantir o fiel desempenho e cumprimento da missão, também acabam sendo indiretamente utilizados para encobrir eventuais faltas da ONU e de seus agentes em missão, tendo em vista as extensas imunidades concedidas por estes instrumentos.

### **A responsabilização da ONU (destinada à promoção da paz) e de seus agentes nas suas atuações/omissões geradoras de violações de direitos humanos.**

Para conduzir a corrente discussão, iremos discorrer neste ponto acerca de alguns casos de grande repercussão, nos quais ocorreram graves violações de direitos humanos por interseção da ONU.

Nos anos de 1992 a 1995, aproximadamente 220 mil pessoas foram mortas na cidade de Bósnia Herzegovina, na República Sérvia da Bósnia, por conta de um regime totalitário implementado pelo governo militar do general Ratko Mladic, pautado no discurso de promover uma limpeza étnica na sociedade, por acreditar que determinadas etnias eram impuras (VITÓRIO, SANTOS, 2017, p. 25).

Então, a fim de prestar auxílio aos que estavam sendo perseguidos naquele Estado, a ONU foi até ele e montou um asilo político aos perseguidos, movendo tropas militares da Holanda para reestabelecer a segurança naquela cidade (Bósnia Herzegovina) que vinha sendo devastada pelo genocídio (VITÓRIO, SANTOS, 2017, p. 25).

Ocorre que, por falta de soldados em número suficiente, de treinamento, e de armamentos a altura do exército local, os militares Holandeses foram rendidos e obrigados a entregar mais de 300 homens que estavam sob custódia da ONU, no asilo criado para protegê-los, sendo que todos foram mortos pelo simples fato de serem mulçumanos (VITÓRIO, SANTOS, 2017, p. 25).

Por consequência desse ato irresponsável, ante a falta de zelo e total despreparo para enfrentar a referida situação, as famílias das vítimas criaram uma associação de mães e propuseram uma ação coletiva no tribunal de Haia, em desfavor da ONU e do Estado da Holanda, visando

reconhecimento de culpa e indenizações pela conduta negligente da ONU, no combate ao genocídio (VITÓRIO, SANTOS, 2017, p. 26).

Ocorre que, para o espanto das famílias, a ação foi julgada prejudicada no que toca à ONU pela falta de legitimidade passiva desta. Segundo o Tribunal de Haia, a organização possui imunidade absoluta, não podendo ser demandada. Porém, em virtude da gravidade dos fatos, o Tribunal de Haia condenou o Estado Holandês como sendo o único responsável pelas mortes na Bósnia (VITÓRIO, SANTOS, 2017, p. 26).

Nota-se que por um mandamento puramente técnico, ignorou-se toda a articulação acerca do principal culpado pelas mortes no campo de refúgio criado em Bósnia Herzegovina, tudo em nome da autonomia e independência da organização (OMMATI, 2018, n.p).

Caso análogo aconteceu no Haiti, quando a ONU resolveu criar uma intervenção de apoio naquele Estado a fim de contribuir para a segurança do povo local e ajudar a manter a ordem democrática. No Haiti, ocorreram inúmeras barbáries, tais como homicídios, abusos sexuais e contaminação de várias pessoas por doenças trazidas pelos soldados alienígenas ao Estado que recebeu as tropas (SILVA, 2018, n.p).

Pesquisas apontam que mais de duas mil pessoas foram abusadas sexualmente, setecentos mil ficaram feridas e trinta mil foram mortas pela contaminação da cólera, ocasionada exclusivamente por culpa dos soldados que estavam em missão (SILVA, 2018, n.p).

Referida constatação se deu porque, após as instalações da MINUSTAH (Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti), surgiu uma forte epidemia de cólera na região, que se alastrou em todo o córrego do rio Artibonite. Essa contaminação ocorreu pelo fato das tropas de paz despejarem todos os dejetos produzidos pelo grupo neste rio, que por sua vez, era a principal fonte de recursos hídricos para consumo de milhares de pessoas (VITÓRIO, SANTOS, 2017, p. 10).

Considerando que a situação do Haiti já era instável (tanto que fora criado uma comissão pela ONU para estabilização do país), a disseminação da cólera justamente por aqueles que deveriam ajudar a restabelecer as bases do Estado anfitrião, fez com que se rompesse o frágil equilíbrio que ainda existia naquele local (VITÓRIO, SANTOS, 2017, p. 11).

Surgiram então violentas manifestações em frente aos acampamentos da MINUSTAH em várias localidades do país. Diante das acusações (que dejetos humanos provenientes das instalações da MINUSTAH eram jogados nos córregos da região), Edmond Mulet, ex-Chefe interino da MINUSTAH cogitou retirar os soldados nepaleses – a fim de preservar a sua segurança – da região de Artibonite. Porém, logo abandonou a ideia, pois seria um reconhecimento tácito da responsabilidade das Nações Unidas (SEITENFUS, 2016, p. 289).

Apesar de tudo, a ONU atribuiu a culpa ao governo local pela falta de infraestrutura. Passados seis anos do evento, a ONU reconheceu a ocorrência do fato e pediu desculpas, contudo até hoje continua impune, sem ter despendido qualquer indenizações em proveito das vítimas (SILVA, 2018, n.p).

Insta salientar que esses casos não são os únicos, existem outros inúmeros casos de operações mal sucedidas em que ao invés da atuação da ONU ajudar, causou imenso mal à população do país anfitrião, e nunca foi responsabilizada por tais atos.

Além dos acima citados, tem-se entre os principais males causados aos Estados que recebem intervenção, a exploração sexual de crianças e mulheres que são praticadas por soldados dos Estados que prestam apoio aos Estados necessitados. Muitas vezes isso ocorre pelo simples fato destes soldados oferecerem às pessoas exploradas um pouco de dinheiro e comida (GRASSI, 2011, p. 204).

Para ilustrar, tem-se o episódio ocorrido na República Centro-Africana, onde – em uma operação de paz – garotos de 9 a 15 anos foram molestados por militares franceses com a mesquinha promessa de receber comida. Ao fim, até então ninguém foi punido, porque a ONU não possui responsabilidade para punir os soldados cedidos por outros Estados e o Estado francês alegou que iria investigar o caso. Porém a aplicação de sanções é bastante variável nestas situações, especialmente quando envolvem comandantes militares, sendo que a aplicação da reprimenda geralmente é no sentido de fazer com que os soldados retornem aos seus países e não possam servir em novas operações, pois com frequência as investigações acabam sendo travancadas pelas burocracias (FLORIO, 2015, p. 57).

Não obstante a existência de várias tratativas como a seção 21 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, onde registrou-se que a “Organização das Nações Unidas colaborará, permanentemente, com as autoridades competentes dos Estados membros, a fim de facilitar a boa administração da justiça, assegurar a observância dos regulamentos de polícia e de evitar todo abuso a que pudessem dar lugar os privilégios, imunidades e facilidades enumerados no presente artigo”, não foi suficiente para responsabilizar os infratores e compensar as vítimas pelas agressões sofridas (NAÇÕES UNIDAS, 1946).

Como alternativa para serem indenizadas pelos abusos restariam às vítimas acionar o Estado agressor pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), por intermédio de seu Estado.

Ocorre que essas vítimas não têm voz, muitas até se calam por saberem que sua manifestação dificilmente será ouvida, e caso seja, raramente lhe trará benefício; ver sua agressão reconhecida pelo seu Estado para que somente então elas possam ser representadas na Corte, acaba por se tornar um procedimento demasiadamente complexo para essas pessoas violentadas.

Ademais, a CIJ foi criada pela ONU, e como a ONU sempre é a principal responsável pelas violações ocorridas nas missões de paz, haja vista ser ela a principal articuladora das ações, as decisões da referida Corte sofrem grande influência política, que sempre tende a ser favorável à manutenção da boa imagem da ONU perante a comunidade internacional.

## **Conclusão**

Fora observado que a ONU é uma organização sólida, consolidada pela sua nobre função perante a comunidade internacional de zelar pela paz, tendo autonomia, imunidades e privilégios suficientes para impedir inúmeras agressões e injustiças aos povos mais fragilizados.

Contudo, assim como qualquer outro órgão, seja ele público ou privado, existem erros e acertos, coisas boas que o ofício proporciona e outras nem tanto (falhas), razão pela qual sempre que houver danos a terceiros, há o dever de reparar, independente de ser organização internacional ou não.

Foi possível notar que a ONU possui personalidade jurídica, tendo capacidade para postular em Juízo como demandante, porém não pode ser acionada como demandada em detrimento de suas vítimas, tendo em vista que seus atos causadores de danos passam impunes em virtude das imunidades de jurisdição que a ONU possui.

Isso é um problema gravíssimo, posto que estes povos violentados geralmente estão em condições precárias, o que faz com que milhares dessas pessoas coagidas ou agredidas sequer cheguem a tomar coragem de denunciar as injustiças e os abusos sofridos.

A situação se agrava imensamente com a exoneração da responsabilidade da ONU no seu campo de atuação, posto que dificilmente estas pessoas terão acesso de demandar em face da ONU, e ainda que consigam, não são tuteladas pela justiça. Restaria, ainda, a possibilidade destas demandarem contra o Estado que enviou os soldados, mas, igualmente, está presente a dificuldade técnica, e para fazê-lo teriam de encontrar profissionais especializados com alto nível de conhecimento para tanto, e as chances de sucesso seriam ínfimas, pois os Estados estão acobertados por vários privilégios e imunidades, em razão dos acordos celebrados (SOFA e MOU).

No que toca à responsabilização pessoal dos agressores, esta também fica prejudicada, tendo em vista que o Estado violado não pode punir os agressores pela sua imunidade, e o Estado que enviou os agressores muitas vezes não entende que aquela prática caracteriza crime, e quando assim possui entendimento, a produção de provas se torna impossível, haja vista que as vítimas residem em outro Estado por vezes demasiadamente distante, e já nem se sabe precisar quais realmente foram as vítimas.

Visualizou-se que a punição do causador do dano é um grande enigma, de difícil solução, posto que existem inúmeros fatores que aliados tendem a não responsabilizar aos responsáveis por danos causados em operações, pela enorme carga de proteção que a ONU possui como instituição, e que os agentes possuem como “diplomatas”.

Então o questionamento inicial acerca da responsabilidade da ONU e de seus agentes ao cometerem abusos e trazerem prejuízos inestimáveis aos Estados mais necessitados se resume em uma impunidade sem precedentes, pois raros são os casos em que é possível apurar as

provas e localizar o infrator, sem esbarrar em imunidades e privilégios exacerbados, que ceifam a dignidade de milhares de pessoas em glória a intocabilidade da ONU.

Por derradeiro, registra-se que se vislumbra um verdadeiro choque de valores, tendo em vista que em nome da autonomia de uma organização internacional, vários direitos humanos são violados em detrimento das normas de *Jus Cogens*.

## Referências

BRASIL. Decreto n. 56.435, de 8 de jun. de 1965. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*, Brasília, DF, mar 1965.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. *Operações de manutenção da paz da ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz*. Brasília: FUNAG, 2013.

FLORIO, Bibiana Poche. *A Responsabilidade das Nações Unidas frente às violações de Direitos Humanos dos agentes da paz*. TCC UFSM, Santa Maria, 2015.

GRASSI, Pietro Augusto. A Responsabilidade Dos Estados Por Crimes Sexuais Cometidos Por Agentes De Paz Da ONU. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 197-215, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, 1945.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas*. Londres, 1946

NAÇÕES UNIDAS. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*, 1945.

OMMATI, Marcos. “As forças armadas existem para garantir a paz” – General Jaborandy, Force Commander, MINUSTAH. Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br>>. Acesso em: 22 Ago. 2018.

ONU, *A história da organização*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

POLON, Luana, Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/onu>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010.

SEINTEFUS, Ricardo. *Manual das Organizações*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SILVA, Vanessa Martina. *Estupros, cólera e 30 mil mortos: conheça o legado da Minustah no Haiti*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br>>. Acesso em: 22 Ago. 2018.

VITÓRIO, Lorena Silva; SANTOS, Braulio de Magalhães. *A responsabilidade internacional da ONU pelas violações de direitos humanos nas operações de paz*. CEDIN: Belo Horizonte, 2017.

# A CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR COMO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE

*Alejandro Knaesel Arrabal\**

*Feliciano Alcides Dias\*\**

*Sidnei Kuczkowski\*\**

---

## Introdução

De modo geral, os Direitos de Autor compreendem garantias morais e patrimoniais conferidas à figura do Autor, pessoa física pressupostamente dotada de atributos criativos originários, desde a ascensão dos ideais humanistas que formaram o pensamento moderno.

Durante muito tempo o homem viu-se constringido por forças naturais, e por aqueles que, em nome destas forças ou sob os auspícios de Deus, reivindicaram a legitimidade para determinar a verdade do mundo.

Para os modernos, a plena realização humana (em sociedade) demanda condições para o exercício da ação livre, assim como o caráter re-

---

\* Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor nas áreas de Direito da Propriedade Intelectual, Direito Público e Metodologia da Pesquisa. Membro do grupo Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq). Membro do NIT – Núcleo de Inovação Tecnológica da FURB. E-mail: arrabal@furb.br.

\*\* Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas e Especialista em Direito Civil pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual Civil da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e Coordenador da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Pesquisador na linha “Acesso à Justiça, Gestão de Conflitos e Organizações” vinculada ao Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça” certificado pela FURB junto ao CNPq. Advogado. Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br.

\*\* Pós-Graduando em Direito Tributário pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. E-mail: dinho.sidnei@yahoo.com.

tributivo (material e simbólico) inerente a esta ação. Sob este primado o Autor é reconhecido moral e patrimonialmente.

Contudo, a liberdade cultural e de mercado, somada ao desenvolvimento tecnológico, democratizaram boa parte dos meios de produção e reprodução de objetos autorais (obras), oportunizando um ambiente desafiador para a preservação de garantias autorais. A fundamentalidade dos direitos autorais foi posta sob suspeita, seja porque, no plano da lógica industrial e de mercado, o valor dos bens culturais foi amplamente atomizado, diluindo a figura do autor, seja porque os bens culturais, assim como os recursos naturais, são antropocentricamente referidos como recursos livremente disponíveis.

Partindo destes aspectos, o presente estudo aborda a questão do enquadramento dos Direitos de Autor no campo dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. Explora os pressupostos históricos que integram o ideário de legitimação dos Direitos de Autor, a fim de discutir seu papel na contemporaneidade.

A necessidade de conferir estatuto sólido aos ideais humanistas dos séculos XVI e XVII compreende a matriz primitiva dos Direitos de Autor, aspecto que, no cenário atual, aponta para uma necessária revisão epistêmica.

### **Direitos humanos e fundamentais: observações propedêuticas**

A expressão “Direitos Humanos” tradicionalmente retrata a noção de valores substancialmente consagrados ao gênero humano. Esta substancialidade assume duas dimensões: uma objetiva, que aponta para o sentido de direitos como “bens”; e outra adjetiva, que projeta a palavra direito como “atributo” humano. A afirmação “todo ser humano tem direito a (...)”, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (UNESCO, 1998), comporta esta dupla dimensão. Em outras palavras, “ter direitos” é reconhecer a titularidade de certos “bens” vinculados a “atributos” tipicamente humanos. Assim, direitos como liberdade, igualdade e propriedade são reconhecidos a partir do seguinte pressuposto tautológico: o ser humano “tem” direitos pelo fato de “ser” humano.

Para a dimensão objetiva, o mundo é percebido como algo posto, de modo que todos os seres são dotados de uma natureza (uma essência)

que os constituem e determinam. Entende-se assim o natural como evento ou condição que independe de escolhas e não pode ser determinado pela vontade. A natureza “é”, apenas, aquilo que indiscutivelmente pode ser. Os eventos ditos naturais não estão sujeitos a alternativas ou variações modulares. Assim, a dimensão objetiva transfigura-se em dimensão adjetiva ao reconhecer que o sentido do que é “ser humano” encontra-se nele mesmo, ontologicamente estabelecido. A vida torna-se objeto de tutela na mesma medida que o humano, ele mesmo, considera-se um ser vivo, qualidade que independe de sua autodeterminação. Tudo que o homem naturalmente “é” torna-se, ao mesmo tempo, tudo o que ele potencialmente “tem”, e, conseqüentemente, tudo que ele “pode” reivindicar. Wolkmer (2010, p. 15) explica que os Direitos Humanos, reconhecidos como “(...) fundamentais para a tradição das instituições político-jurídicas da modernidade ocidental, apareceram ao longo dos séculos XVIII e XIX como expressão de um cenário histórico marcado pelo ideário do jusnaturalismo secularizado (...)”.

A expressão Jusnaturalismo remete a ideia de uma ordem heterônoma que se impõe universalmente, na medida que os fundamentos de seus desígnios transcendem a vontade humana. Nesse sentido, afirmam Cademartori e Grubba:

Embora o humano pudesse estipular normas regulatórias da vida societária, o direito natural era visto como justo, supremo e transcendente. (...) E assim eram vistos os direitos que refletiam a ‘natureza’ do ‘homem’ na sua versão jusnaturalista, situados acima de qualquer possibilidade de crítica ou refutação. (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 707)

O jusnaturalismo propugnou pela “(...) existência de leis objetivas que espelham uma ordem preestabelecida e na possibilidade de seu descobrimento por meio da razão” (SCHIAVON, 2001/2002, p. 359). Nesse sentido, a validade do ordenamento jurídico é resultado de sua correspondência com ordem objetiva preestabelecida e sob a qual não é possível transigir. Para Baltazar (2009, p. 83), “(...) a ideia fundamental da teoria naturalista é a afirmação da existência de preceitos de justiça que independem da normatização realizada pelo Estado, estando acima do direito posto pelo Estado”. Esta concepção opera-se a partir da disjunção homem/natureza, ou seja, o que é produto da ação humana e o que se encontra fora de seu alcance. Explicam Oliveira, Santos e Farraco Neto que:

(...) a proteção humana integral, portanto, é alvo de preocupações anteriores à própria noção de lei, sendo, efetivamente, uma busca das sociedades primitivas desde os primeiros indícios de organização. E esta ideia de tutela é vinculada a concepção metafísica que acompanha o ser humano e suas instituições sociais desde os primeiros registros. (OLIVEIRA; SANTOS; FARRACO NETO, 2014, p. 367)

Em síntese, Bedin (2014, p. 246) afirma que o Direito Natural ou Jusnaturalismo representa "(...) uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios (direito ideal) que lhe condicionam a validade." Observa-se, portanto, que o pensamento primitivo dos Direitos Humanos é orientado pela matriz jusnaturalista.

Contudo, a doutrina contemporânea colocou sob suspeita a existência de fundamentos universais capazes de legitimar valores humanos. Bobbio (1992, p. 15-24) considera que não é mais possível admitir uma abordagem absoluta. Para tanto, apresenta quatro dificuldades.

*Quatro das dificuldades apontadas por Bobbio (1992)*

1ª Dificuldade	Expressão muito vaga (Direitos do Homem)	Impossibilidade de definir quais são esses direitos "propostos ou desejados", assim como, falta de fundamento quando ao conteúdo desses direitos irresistíveis.
2ª Dificuldade	Classe variável	"O que prevalece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas."
3ª Dificuldade	Heterogeneidade	A não homogeneidade dos direitos do homem e de um direito irresistível fazem desses direitos mal definíveis.
4ª Dificuldade	Antinomia (Contradição)	Pode-se dizer que a realização integral de um direito impede a realização integral de outros direitos, um choque de valores pois quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.

*Fonte: Quadro elaborado pelos autores.*

Para o jurista, a expressão "Direitos do Homem" assume um caráter generalista e vago, portanto, não sendo possível reconhecer claramente quais seriam os direitos universalmente "propostos ou desejados". Mesmo que se chegasse a reconhecer estes direitos, Bobbio considera que eles seriam expressos de forma variável. Em outras palavras, o que é con-

siderado importante para determinado grupo social em relação aos seus valores, costumes e cultura, tende a transformar-se com o tempo. Como terceira dificuldade, o filósofo atenda para o fato de que os direitos do homem não apresentam entre si uma homogeneidade, ou seja, os fundamentos que podem ser utilizados para determinados direitos, não poderiam ser aplicados para outros. Por fim, além destes direitos serem heterogêneos, em determinadas situações concretas eles também se manifestam de forma divergente.

Embora tenham no seu escopo a pessoa humana e, Nesse sentido, encontrem aspectos em comum, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais diferem especialmente em relação de sua extensão. Direitos Humanos retratam valores amplos, aos quais se aspira legitimidade a todos os povos. Comportam pretensões básicas que procuram caracterizar de modo universal qualidades e conquistas humanitárias. Por outro lado, os Direitos Fundamentais vinculam-se a jurisdição de cada país, são reconhecidos no plano normativo de cada Constituição e, Nesse sentido, tendem a ser acompanhados de instrumentos jurídicos que garantam sua efetividade. Há aqui uma institucionalização de direitos e garantias a partir de uma positivação (normatização), limitados ao espaço e tempo em virtude dos costumes e especificidades de cada nação (CANOTILHO, 2003).

*Quadro comparativo*

<b>Diretos Humanos</b>	<b>Direitos Fundamentais</b>
- Legítimos para todos os povos/tempos - Inerentes à "humanidade"	- Circunscrevem-se à Cultura de cada Nação - Institucionalmente Garantidos
- Universais - Previstos em caráter Internacional	- Ordem Jurídica Específica - Previstos nas Constituições de cada País
- Caráter Supranacional	- Positivação Estatal

*Fonte: Quadro elaborado pelos autores*

De todo modo, a um sentido geral de "fundamentalidade" que atravessa os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais. A palavra "fundamental" procura referir algo de "necessário", cuja materialidade e presença concreta é determinante para a consecução de outra. Assim, tem-se a fundamentalidade como atributo de todas as coisas que informam a configuração de um dado modo de existir.

A emergência do conceito de Estado de Direito compreende um envio histórico que propugnou pela racionalização do poder, com vistas a coibir a opressão, garantir liberdades civis e econômicas frente ao Esta-

do e reduzir desigualdades sociais. Nesta perspectiva, direitos fundamentais foram reconhecidos a partir das declarações internacionais e reconhecidos em cada país.

Deste modo, o que se considera fundamental e sob quais pressupostos a fundamentalidade é consagrada são questões que encontram distintas matrizes históricas em diferentes contextos. Para o pensamento cosmológico da Grécia antiga, por exemplo, a discriminação era um aspecto fundamental a fim de manter a integridade social da época. Acreditava-se que a existência compreendia uma ordem pré-definida, fonte de toda a verdade e que instituiu atributos para cada indivíduo. Não era permitido a ninguém transgredir a este primado. O Cosmos era a “ordem universal” que governava toda a vida e, por consequência, era o parâmetro imperativo para a conduta humana. O mundo estava posto e o papel de cada indivíduo consistia em desvendar suas qualidades inatas e cultivá-las, a fim de contribuir para a integridade da ordem cósmica (ARRABAL, 2017).

Juntar-se ou ajustar-se ao cosmos, eis, aos olhos dos estóicos, a palavra de ordem de toda ação justa, o princípio mesmo de toda a moral e de toda política. Porque a justiça é primeiramente justeza: assim como um ebanista ou um luthier ajusta uma peça de madeira num conjunto maior, um móvel, ou um violino, não temos nada melhor a fazer além de tentar nos ajustar à ordem harmoniosa e boa. (FERRY, 2010, p. 38-39)

O pensamento medieval herdou a universalidade metafísica grega e a transportou para um Deus criador de toda a existência. Para obter a salvação diante dos pecados mundanos era fundamental render-se ao domínio do Senhor. O determinismo transcendente manteve-se no pensamento judaico-cristão, centrado não mais na ordem universal (Cosmos), mas no criador da ordem universal (Deus). Nesse sentido, “(...) a proteção do ser torna-se uma necessidade originada no fato de ser a vida sagrada por ter sido dada por um Deus único, ou seja, o direito natural advém de Deus da mesma forma que ocorrera em período politeísta mítico” (OLIVEIRA; SANTOS; FARACO NETO, 2014, p. 365).

Observa-se que, desde os gregos, universalidade e imutabilidade são aspectos reconhecidos como legitimadores da verdade, da beleza e da justiça. O humanismo inspirou-se neste modelo e, ao defender as liberdades individuais, o fez sob o fundamento de uma “natureza humana”

caracterizada por uma força emancipadora, contudo, não mais transcendente, mas nutrida pelas vontades individuais racionalizadas.

O humanismo esculpiu os fundamentos de uma ordem normativa mundial pautada em direitos inerentes ao homem, substituindo a hegemonia heterônoma do Cosmos e de Deus pelo domínio autônomo da vontade. Direitos foram declarados na expectativa de estabelecer e concretizar de valores imanentes a humanidade.

Durante muito tempo, a busca de um substrato legítimo aos Direitos do Homem “pautou-se na ilusão da possibilidade de um fundamento universal, absoluto, metafísico e irresistível, ao qual ninguém poderia negar a adesão” (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 707).

Contudo,

(...) os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (BOBBIO, 1992, p. 18)

Assim, a tônica dos direitos fundamentais, compreendidos como os direitos instituídos por cada nação em suas respectivas Constituições, decorreu de um amplo projeto humanístico que, entre outros vetores, consagrou a “autoria” como um aspecto inerente a condição humana.

### **Os direitos de autor como direitos humanos e fundamentais na contemporaneidade**

A vida social é simultaneamente material e simbólica. Disto resulta que a fundamentalidade se orienta e se constitui na complexidade das relações entre as possibilidades materiais e do potencial criativo humano. Por Direitos de Autor ou Direitos Autorais tem-se o espectro de direitos de ordem moral e patrimonial conferidos, em caráter exclusivo e temporário, a todo Autor de obra literária, artística ou científica.

Nesse sentido dispõe o artigo 22 da Lei nº 9610 (BRASIL, 1998): “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Consideram-se direitos morais do autor, entre outros, o

direito de “reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra” e também “ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra” (BRASIL, Lei nº 9610 de 1998, art. 24). Por direitos patrimoniais do Autor considera-se a garantia vitalícia (e septuagenária em favor dos sucessores) de usar, fruir e dispor da obra, em caráter exclusivo (BRASIL, Lei nº 9610 de 1998, art. 28 e 41).

Considera-se que a proteção autoral tem como principal fundamento o progresso da ciência e da cultura, em razão do incentivo econômico dado aos autores, oportunizado pela exclusividade patrimonial conferida ao longo de determinado tempo (CASADO FILHO, 2013, p. 112).

Tais direitos são produtos das possibilidades materiais e dos valores que historicamente atravessam o desenvolvimento dos Direitos Humanos e Fundamentais. A evolução do estado da técnica permitiu que a “atividade criativa” fosse transmutada em artefatos passíveis de apropriação e mercancia. Estas condições foram gestadas já no século XV com o surgimento da imprensa de tipos móveis, em paralelo com a consolidação da palavra escrita como “objeto” da burguesia ascendente.

Importa reconhecer que o livro compreende uma das primeiras mídias que viabilizaram a circulação massiva de ideias em um trânsito que deslocou a palavra do plano divino para o humano.

Por influência do modelo escolástico da alta idade média, levou algum tempo para que o conhecimento difundido pelo letramento tivesse valor econômico autônomo (...) o verbo era domínio de Deus, assim reconhecido e resguardado pela igreja e promovido licenciosamente no âmbito das artes liberais. (ARRABAL, 2017, p. 132-133)

Foi preciso que, além das condições materiais, o “verbo” pertencesse à humanidade, fosse a partir da racionalidade científica, da sedução estética ou do mercado.

Em decorrência das revoluções humanísticas, é possível afirmar que os Direitos de Autor nascem como o retrato sincrético da liberdade de expressão com o direito de propriedade, ambos esculpidos na Declaração de Virgínia (1776), bem como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Quadro comparativo

	Declaração de Virgínia (1776)	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)
<b>Liberdade de Expressão (e imprensa)</b>	XII – Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.	Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.
<b>Propriedade</b>	I – Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.	Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Fonte: Quadro elaborado pelos autores

Mais tarde, dispôs a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seu artigo 27, II que “Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor” (UNESCO, 1998).

Na mesma direção, o Brasil consagrou no artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, e também no inciso XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização (...)”. Sobre o assunto, Costa Netto afirma:

Ao direito de autor interessa não a posição social ou a condição financeira, não a inteligência ou a erudição literária, artística ou científica, mas sim a *criatividade*. E esse é o atributo indissociável da pessoa humana e não depende, necessariamente, de seu grau de acesso mesmo ao acervo cultural de obras anteriores, do mesmo gênero que a sua, ou a recursos sofisticados de ordem material ou técnica. (COSTA NETTO, 1998, p. 60; grifo nosso)

Barbosa (2012, p. 41) observa que “o estatuto jurídico do originador das criações intelectuais tem sido constituído não só como parte dos direitos fundamentais, garantido pelos textos constitucionais, como em muitas hipóteses como direito humano”.

Embora evidencie-se que os Direitos de Autor integram o rol de Direitos Humanos no plano da Declaração de 1948, bem como o capítulo dos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, cumpre observar que a concepção primitiva de *cariz jusnaturalista* destes direitos procurou legitimar, a seu tempo, valores burgueses contra a opressão das instâncias de poder. Assim, a necessidade de conferir “verdade universal” aos ideais de liberdade, igualdade e propriedade, edificou os Direitos de Autor sob uma perspectiva epocal, cujas condições materiais e simbólicas destoam, em parte, da realidade contemporânea. Apregoar uma supra e supervalorização aos Direitos de Autor, é inequivocamente produzir um ambiente de instabilidade, fragilização e, conseqüentemente, uma subvalorização destes mesmos direitos.

Drummond (2011) aponta para a necessária relativização da qualificação “Direitos Humanos” aos Direitos de Autor. Isto porque, afirma ele, os Direitos Humanos têm como principal vetor o conceito de dignidade da pessoa humana, de modo que as prerrogativas autorais nem sempre estão afetas a este conceito. Barreto citado por Drummond (2011, p. 50) afirma que “a dignidade da pessoa humana encontra-se na ordem daquilo que não é demonstrável, mas que existe como pré-condição”. Significa dizer que, do ponto de vista dos direitos patrimoniais, nem sempre a prospeção econômica decorrente do emprego de obras literárias, artísticas ou científicas poderá ser integrada ao espectro dos Direitos Humanos.

Explica ainda Drummond:

(...) o conteúdo protetivo dos direitos humanos [no caso, dos direitos patrimoniais] somente poderia ser considerado uma violação de direitos humanos se ocorresse a violação efetiva da dignidade do criador. Uma simples objeção ou violação de direitos não se configuraria, por si só, numa ofensa à dignidade do ser humano e é esta a questão que se coloca. (...) O que pretendem os direitos humanos é assegurar o mínimo existencial que garanta a sobrevivência com dignidade no ambiente de igualdade em que coabitam os homens livres. (DRUMMOND, 2011, p. 54-55)

Já em relação aos direitos morais do autor, há que se considerar sua estreita aproximação com o que se busca enquadrar a título de dignidade humana. A reputação e credibilidade autoral integra este postulado, considerando que estas garantias se situam no universo dos direitos de personalidade, para os quais a vida individual e social é um bem a ser resguardado. Para a tradição autoralista, a obra representa uma “natural” extensão da pessoa do autor, leitura esta radicada em uma concepção demiúrgica do espírito humano.

No âmbito dos direitos de autor (...) os direitos morais de autor se tornam os mais evidentemente presentes no ambiente protetivo dos direitos humanos. Este fato se dá pela sua condição (direitos morais) de categoria jurídica que tem como objetivo primordial, proteger e amparar a personalidade criativa, como o objetivo de não permitir violações da manifestação da personalidade do criador (em sentido lato) sob pena de, ocorrendo tal incidência, se estar diante da violação de sua dignidade, plasmada na personalidade então protegida. (DRUMMOND, 2011, p. 56)

O reconhecimento dos Direitos de Autor, tanto no plano patrimonial quanto moral merecem tutela, na mesma medida que o seu enquadramento como Direitos Humanos ou Fundamentais pressupõem adequação a realidade social. Se é crível que o desenvolvimento cultural, científico e tecnológico demanda justa retribuição econômica (via exclusividade patrimonial) e crédito moral àqueles que contribuem para o aperfeiçoamento destas instâncias, também é necessário considerar que o acesso e produção de bens culturais não pode ser comprometida, a pretexto de atender interesses estritamente individuais. Por outro lado, há que se reconhecer que os Direitos de Autor consistem também na conformação de um modelo jurídico que resiste à lógica econômica e industrial que prioriza o valor do produto e do mercado, em detrimento do valor do trabalho humano (em especial, aqui, o criativo) como vetor de dignidade existencial.

Nesse sentido, cumpre promover uma abordagem hermenêutica ponderada em relação à qualificação dos Direitos Autorais como Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, de modo a evitar a vulgarização do tema, a qual resulta das persistentes leituras apressadas e pragmáticas de supervalorização destes direitos.

## Considerações finais

A cultura compreende o processo de interação do homem com a realidade que o envolve e o constitui. Arte, ciência e tecnologia são vetores culturais, produtos do diálogo entre a materialidade e o simbólico. Toda realização humana implica atribuir sentido a existência vivida, equacionando o jogo de tensões circundante no espaço das condições de possibilidade e das relações de poder.

O Direito propugna pela consolidação e tutela de valores sociais, ao mesmo tempo que seus estatutos precisam acompanhar as transformações da atualidade. Os Direitos de Autor integram-se ao contexto de interditos jurídicos cujas mudanças, sejam de ordem normativa e/ou hermenêutica, devem ser permeáveis a ponderações frente a complexidade existencial contemporânea. A categorização das garantias autorais como Direitos Humanos e Fundamentais é resultado de uma historicidade que levou (e ainda leva) em conta a expectativa do reconhecimento de cada pessoa como agente transformador da cultura. A diluição da Autoria, seja por força da ostensiva massificação tecnológica, ou de concepções ideológicas que propugnam pela derrocada de toda e qualquer “autoridade intelectual”, encontra na fundamentalidade dos Direitos de Autor uma dialética de resistência.

A facilidade de reprodução e circulação de obras literárias, artísticas e científicas oportunizada pelo avanço tecnológico oferece ao Direito o desafio de lidar com a equalização de pretensões públicas e privadas, com vistas a equilibrar a interdependência constitutiva da relação entre indivíduo e sociedade

O trabalho intelectual criativo constitui valor, cuja significação desdobra-se para além da dimensão estritamente econômica atomizada, o que aponta para a necessidade de fortalecimento dos Direitos Autorais, a partir de uma construção doutrinária madura e refratária ao dogmatismo. Nesse sentido, é preciso dar conta da pluralidade de interesses sociais que permeiam as dimensões subjetiva e objetiva da atividade intelectual, permitindo de as prerrogativas autorais sejam meios efetivos para a consagração da dignidade humana.

## Referências

ARRABAL, Alejandro Knaesel. *Propriedade intelectual, inovação e complexidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. Princípios e regras: uma abordagem evolutiva. *Lex Humana*, v. 1, n. 2, p. 83-105, 2009. Disponível em: <<http://seer.ucp.br>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. Criação e fruição: Os interesses jurídicos na produção intelectual. *Revista Propiedad Intelectual*. Mérida-Venezuela, ano XI, n. 15, p. 36-64, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org>> Acesso em: 3 jun. 2018.

BEDIN, Gilmar Antonio. A doutrina jusnaturalista ou do direito natural: uma introdução. *Direito em Debate*, v. 23, n. 42, p. 245-251, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. *Revista Direito GV*, n. 16, São Paulo, p. 703-724, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br>> Acesso em: 9 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASADO FILHO, Petrucio Lopes. O direito fundamental autoral e a proteção da criação intelectual. *PIDCC*. Aracaju, ano II, n. 04, p. 99-118, out. 2013. Disponível em: <<http://www.pidcc.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

DECLARAÇÃO de direito do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 5 set. 2018.

DECLARAÇÃO de Virgínia de 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 5 set. 2018.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos humanos e direitos de autor: elementos para uma melhor inter-relação temática. *Revista ABPI*, n. 113, p. 47-53, jul./ago. 2011.

FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi; FARACO NETO, Pedro. Jusnaturalismo e função social do direito: a origem mítica do direito natural e a função social sob as luzes no naturalismo. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 37, p. 359-376, 2014. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

SCHIAVON, Giovanne Henrique Bressan. O jusnaturalismo clássico. *Scientia Iuris*, v. 5/6, p. 357-373, 2001/2002. Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

UNESCO. *Declaração universal dos direitos humanos*. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica* 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

## O COMUM: CONSIDERAÇÕES ENTRE O ENCLAUSURAMENTO DO COMUM E O DIREITO

*Mariana Mazuco Carlessi\**

*Gustavo Silveira Borges\*\**

---

---

### **Introdução**

A sociedade vive uma era constante de crise. O capitalismo é empurrado aos conviventes da sociedade, mesmo que seja incapaz de solucionar os problemas e desastres que ele mesmo engrena. Segundo Dardot e Laval (2017, p. 12), “o capitalismo vem destruindo as condições de vida no planeta e conduzindo à destruição do homem pelo homem.

A prática adotada por essa forma de dominação do mundo é tão ofensiva que é nítida a percepção de que o mundo não está dando certo, observadas a escassez de recursos naturais, exploração do trabalho escravo ainda vigente em algumas partes do mundo, a fome e a pobreza extrema que vivem boa parte da população, as quais são reflexos diretos do modo de produção capitalista.

A ideia aqui não é salvar o mundo desse caos, mas, pelo menos, busca, em suas considerações, fazer refletir os desgastes ambientais, a dominação das classes mais desprovidas e obstar as ameaças diretas à humanidade e natureza, tudo a ver com o direito. Fato é que vivemos num só mundo de forma interligada e com relacionamento contínuo e inédito que reflete, por exemplo, na questão ecosférica, “na qual a humanidade é arte e ao mesmo tempo agente transformador” (BERNARDES, 2017, p. 56), e que uma ação de um lado do mundo interfere no modo de sobrevivência do outro lado.

---

\* Mestranda em Direitos Humanos pela UNESCO. Especialista em Direito Processual Cível pela CESUSC. Advogada. E-mail: mmc31895@gmail.com.

\*\* Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Doutor em Direito na UFRGS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC). E-mail: gustavoborges@hotmail.com.

Nesse viés, é que aporta a discussão do comum, comuns, bem ou bens comuns ou mesmo comum, que, atualmente, continua vinculada à militância contra o estabelecimento privado ou contra o capitalismo selvagem, entretanto, esse argumento não pode tornar o assunto desprezível nos dias de hoje, mesmo que boa parte da população evite-o. Isso porque, mesmo que assim seja e pareça ser, o problema do comum diz respeito, conforme aborda Eroulths Cortiano Junior e Rodrigo Luis Kanayana (2016, p. 483) “à relação entre o homem e a natureza e faz repensar a relação entre propriedade e os direitos fundamentais”.

Faz-se, então, os seguintes questionamentos: quais foram e quando se deram os propulsores do comum? Porque o comum está diretamente ligado com o modelo neoliberalista e capitalista, contrapondo-se à ideia do enclausuramento? Por fim, quais ligações que o comum tem com o Direito?

Considerada as questões acima, não é por menos importante refletir e analisar sobre essa temática, já que a ideia do comum vem sendo fortemente apontadas como uma das saídas possíveis da crise econômica mundial, pelo menos no que tange às garantias fundamentais elencadas e discutidas nas questões de direitos humanos. É a partir dessa reflexão que se discutirão os aspectos relativos ao alinhamento da expropriação, inapropriação de bens que afirmam tais garantias.

## **O comum no tempo e no espaço**

Antes de qualquer aceção do que é o comum em seu contexto histórico no tempo e espaço, é de suma importância desvincular do seu conceito a ideia oriunda a partir das experiências comunistas, hipótese comunista ou o comunismo contra o comum, tendo em vista que há dissociação cognitiva entre o ideal de emancipação do comunismo, como movimento social e a realidade do terror do Estado Comunista (Estado-partido), como movimento político (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 63)

O comunismo como forma de controle estatal<sup>1</sup> é uma das três formas de compreensão do comunismo que se desdobram em outros dois

---

<sup>1</sup> Comunismo do Estado ou Estado Partido: Partido Bolchevista: consagrou-se como um partido Revolucionários profissionais que se calçou no modelo do inimigo a ser abatido que tivesse ambição de se tornar o próprio estado. Lenin escreveu 2 cartas em setembro em que

modelos (o comunismo da comunidade<sup>2</sup>, e o comunismo da associação de produtores<sup>3</sup>. É esse terceiro modelo citado que retrata a concepção atual do termo comunismo que deve ser desmistificada do comum (CRUZ, 2017, p. 7).

Por tal motivo, é importante realizar a ressignificação do termo, conforme discorre Márcio de Souza Bernardes:

Certamente que o problema do comum não é uma questão que surge somente em nosso tempo. O comum emerge, de formas e modos diferentes em diversos outros momentos da história. Embora nos interesse mais as formas pelas quais o comum representou processos de resistência a uma concepção de modernidade, e principalmente as condições de possibilidade de compreendê-lo como luta constituinte, não podemos negligenciar a análise de alguns de seus traços presentes em outros momentos históricos, inclusive no que se refere à questão da etimologia do termo. (BERNARDES, 2017, p. 40)

O termo “comum” ganhou destaque a partir dos discursos das lutas e mobilizações mundiais a partir do fim da década de 90 (CRUZ, 2017, p. 3). Contudo, a manifestação acerca do comum teve sua aparição forte ao final dos anos 60, quando Garrett Hardin publicou um ensaio chamado “A Tragédia dos Comuns”, cujo tema era sobre a super-exploração pelos conviventes e consequente extinção dos bens comuns, caso esses não fossem supervisionados por intermédio do controle estatal.

Para elucidar seu pensamento, Hardin faz uso de várias situações que ilustram a constante má gestão dos comuns, incluindo a poluição das águas por dejetos, a destruição dos parques nacionais, os parquímetros

---

pressionava os dirigentes do seu partido em nome dos Sovietes, como partido bolchevista e não pelos próprios soviets (conselho: forma própria de organização dos soldados, camponeses e operários).

<sup>2</sup> Nasce em 1837 e 1840, na França. Pensam que todos os males vem da comunidade e pensam em unidade espiritual e moral. O comunismo deve retomar a unidade do mundo, extirpando da alma humana o egoísmo, o desejo de acumular mais do que temos direito. Marx se opõe a esse comunismo. É um comunismo que privilegia a unidade a tal ponto em que o lugar do individual é problemática. Tudo deve ser comum no sentido de se um (DARDOT; LAVAL, 2017).

<sup>3</sup> Termo novo na época. 1810 e 1820 – San Simon, que marcou todo o pensamento de Marx e Engel. Associação como palavra, os trabalhadores, nos anos de 1840, defendiam as associações (barricadas na França). É livre a associação da produção material de grandes usinas e empresas. Marx considera que é o capital que realiza a primeira forma de associação.

para estacionamento, roubos de banco e de um campo de pastagem. Ele compara a situação com pastores no campo com acesso irrestrito: No início tudo daria certo, entretanto, com o crescimento populacional, o pasto seria rapidamente destruído e esgotado pelo uso individual de cada pastor, na forma de um número crescente de vacas pastando no mesmo campo ao mesmo tempo (CRUZ, 2017, p. 5). Nas palavras de Hardin:

Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada vaqueiro vai tentar manter o gado do maior número possível no terreno comum. Tal mecanismo pode funcionar de modo razoavelmente satisfatório durante séculos, devendo-se às guerras tribais, à caça furtiva, e à doença manter o número de homens e animais bem abaixo da capacidade de absorção do solo. Por último, no entanto, vem o dia do julgamento, ou seja, o dia em que o objetivo a longo prazo desejado de estabilidade social se torne uma realidade. Neste ponto, a lógica inerente do que é comum impiedosamente gera tragédia.

Como um ser racional, cada vaqueiro procura maximizar o seu ganho. Explícita ou implicitamente, mais ou menos conscientemente, ele pergunta: “Qual é a utilidade para mim de acrescentar mais um animal para o meu rebanho?” Esta utilidade tem um componente negativo e um positivo. (HARDIN, 1968, p. 4)

Mariana Cruz (2017 p. 5), em seu artigo sobre o vocabulário do comum, entende que, na verdade, a tragédia do comum diz respeito à própria publicação de Hardin, ao considerar comum como tragédia. Coincidentemente, emplacando o destaque do comum a partir de lutas e mobilizações, no mesmo ano dessa publicação, 1968, houve uma série de protestos contra o sistema capitalista em Paris, Berkeley, Berlin e Rio de Janeiro, como exemplo (CRUZ, 2017, p. 6).

Elinor Ostrom (aclamada economista), em 1990, em “Governing the commons”, desmistifica a visão criada por Hardin sobre os comuns ao analisar pequenas propriedades que aprenderam a cooperar para sobreviver, comprovando que em muitos casos, sociedades são capazes de prosperar vendo alternativas para resolver conflito de interesse, respeitando o semelhante, garantindo sustentabilidade ambiental sem depender de autoridades. Ela utiliza a teoria dos jogos<sup>4</sup> para o confronto, descrevendo que só seria trágico num jogo de não cooperação. A partir do

---

<sup>4</sup> Ramo da matemática aplicada que estuda situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar seu retorno.

trabalho de Ostrom iniciou-se os estudos das cooperações existentes em vários processos bem sucedidos de gestão de bens comuns (CRUZ, 2017, p. 6).

Para Ostrom, ao rebater a crítica da tragédia do comum instituída por Hardin, os pastores, que utilizam o mesmo sempre o mesmo pasto, convergem informações detalhadas sobre suas capacidades regenerativas, e, portanto, “não são dependentes da precisão da informação obtida por um distante oficial do governo sobre suas estratégias”, dando ênfase nas vantagens do conhecimento local desses pastores (CRUZ, 2017, p. 6).

A discussão que envolve o comum encontra respaldo no conceito moderno de propriedade e as suas repercussões na organização do acesso às riquezas e se situa em lutas políticas e ambientais a partir do neoliberalismo (JUNIOR; KANAYAMA, 2016, p. 482 e 487). E, neoliberalismo, a partir da década de 1970, é a ideia da absoluta liberdade de mercado e intervenção mínima do Estado (Estado Mínimo). Para melhor absorver o entendimento sobre o neoliberalismo, é interessante demonstrar o entendimento de Dardot e Laval (2016, p. 07), sobre o que não é o neoliberalismo, ou seja, não é uma ideologia ou uma forma de política econômica, mas sim um sistema normativo cuja influência é mundial na medida em que se torna impossível negar o capitalismo, entretanto, esse assunto será melhor abordado no próximo item.

Para esses últimos dois autores citados, não foram intelectuais que desenvolveram o conceito do termo comum, mas sim lutas e práticas, as quais ganharam atenção especial a partir dos anos 90, que reivindicou o conceito ao dizer que existem âmbitos e formas de vida que devem ser protegidas e defendidas contra a apropriação capitalista (DARDOT; LAVAL, 2017).

O comum, na teoria de Michael Hardt e Antônio Negri, pode ser entendido por meio de duas dimensões, tal como o comum natural, que engloba os bens como água, oceano, solo, ar, minerais, florestas e outros elementos finitos com uso restrito, e o comum artificial oriundos das atividades humanas e relações que nelas se estabelecem como linguagem, ideias, afetos, produções intelectuais, resultantes da interação social e, nessas duas categorias é possível perceber o chamado “enclausuramento do comum” pelo sistema capitalista pelas expropriações e privatizações. (BERNARDES, 2017, p. 41-42), que será melhor abordado nas próximas páginas.

Dardot e Laval entendem que comum se trata de um princípio político do auto governo, segundo o qual o cidadão governa a si mesmo. Equivale ao princípio da democracia, não representativa, mas no sentido mais radical do termo, onde o cidadão participam da geral do público (DARDOT; LAVAL, 2017). em que “os novos ‘comuns’ se apresentam hoje como alternativas concretas à abstração proprietária e à sua extensão universal”. Esses autores entendem que o comum político não tem relação nenhuma com propriedade, uma vez que se um só homem compartilhar com outros homens a capacidade de “pôr em comum”, já existe uma comunidade (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 250).

Pode ser também chamado de comum o mundo digital ou imaterial, como as plataformas dos *creatives commons* ou os *open source* como Linux e Wikipédia, revelam novas fronteiras do pensamento jurídico, demonstrando que os bens comuns não necessariamente possuem barreiras físicas materiais ou concretas, mostrando que o comum não requer base física e essas bases não necessariamente são condições para sua proteção, inclusive jurídica (JUNIOR; KANAYAMA, 2017, p. 489).

Segundo Laval, em entrevista sobre a ideia do comum, teoria e história de um ideal, tese atual sobre o comum é criar um comunismo novo, cujo fundamento firma-se na ideia da organização democrática do comum como ocorre em Barcelona, por exemplo, demonstrando a ideia de que comum não é uma coisa, um espaço ou um conhecimento, apenas mas uma instituição. Pode ser cooperativa de produção, espaço artístico ou até movimentos em praças públicas (LAVAL; DARDOT, 2017).

Etimologia latina demonstra que Comum é “a obrigação que se impõe a todos na medida em que todos participam da atividade deliberação, tomada de decisão e execução da decisão”. Seria, nas palavras de Pierre Dardot, “o princípio do autogoverno, democracia radical, incompatível, em seu próprio fundamento, com qualquer confisco do comum pelo Estado”. Ou sejam o princípio de uma alternativa ao Estado e ao mercado, considerando que o comum é inapropriável (LAVAL; DARDOT, 2017).

Elucidar o comum pelas lentes de Bollier torna melhora a visão do que o novo estudo desse instituído visa pragmatizar, pois, para ele, é possível estudar o comum de quatro formas diversas, quais sejam, como um sistema social de gestão a longo prazo dos recursos com valores compartilhados; sistema de autogoverno por meio de comunidades sem

interferência do Estado ou mercado (ou, se houver, que seja mínima) dos recursos inexauríveis ou renováveis; riquezas coletivas que compreendem os bens da natureza, infraestrutura cívica, culturais, tradições e conhecimentos, e, por fim, um setor da economia que gera valores, geralmente em perigo por conta da aliança entre Estado-mercado (BOLLIER, 2015, p. 187).

Passadas as considerações sobre o termo comum no contexto histórico espaço-temporal, tendo sido demonstrado o seu conceito atual, em especial, na parte em que se demonstra o modelo de comum como princípio político, torna-se necessária a avaliação do seu desenvolvimento e aplicação na era neoliberal.

### **O neoliberalismo e a crise do capitalismo: influência do comum e o seu enclausuramento**

Antes de dar início ao tema, vale refletir sobre a tragédia do comum, discorrida acima, que na verdade é a tragédia do não comum, supondo que o período pós-modernidade, encapsulado pela política de mercado neoliberal, encontra-se em constante caos. A ideia que Cristian Laval e Pierre Dardot trouxeram a partir da leitura da obra “A nova razão do mundo” é no sentido de construir alternativa para sair desse caos, essa crise, sem que seja necessário abortar o neoliberalismo, conquanto seja pensado como um fundamento racional (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17).

O neoliberalismo é uma ideia reformada já do liberalismo e não é apenas isso, é uma forma de política que transformou o capitalismo, que, por sua vez, transformou as sociedades. É “um sistema normativo que ampliou sua influência no mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 7). A ideia trazida é de que com o neoliberalismo, os indivíduos e suas relações passam a se comportar com a mesma competitividade que o mercado opera e por isso Dardot e Laval empregam o termo racionalidade (2017, p. 9 e 16). Naturalmente, as teorias referentes aos bens comuns não tem, necessariamente, por pretensão abolir o mercado e sua competitividade, mas tem intuito de limitar sua expansão desenfreada com restrições tanto no exercício de privatizações estatais eu de bens e serviços de utilidade pública (JUNIOR; KANAYAMA, 2016, p. 490).

Comum, como anteriormente mencionado, é princípio político percebido por meio de movimentos, lutas e discursos dos últimos anos que se opuseram à racionalidade neoliberal pelo mundo, na busca por novas formas democráticas, é os espaços urbanos que a política neoliberal tem por intuito confiscar para (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 19). Mas comum, por se tratar de um termo polissêmico, também é “coisa”, conforme já tratado no item anterior, e, quando a “coisa” não tem dono, no direito, ela é considerada *res nullius* ou *res communis*, que, pela imposição moderna, a primeira, ao ser encontrada por alguém, vira propriedade desse, enquanto a segunda, que são consideradas naturalmente inapropriáveis, podem ser divididas e, então, apropriáveis a partir dessa divisão.

Sobre o tema, interessante transcrever as palavras de Marcio de Souza Bernardes:

O comum representa ao mesmo tempo uma forma de reapropriação das riquezas naturais e daquelas produzidas pelos seres humanos, através da prática das lutas por liberdade, emancipação, formas autônomas de organização político-jurídica e democracia real. (BERNARDES, 2017, p. 55)

Para Laval e Dardot (2017, p. 17), o termo comum designa não o ressurgimento de uma ideia comunista eterna, mas o surgimento de uma forma nova de contestar o capitalismo maneira de dar costas ao comunismo definitivamente. Ocorre que, seguindo as características neoliberais, as coisas “sem dono”, no sentido de bens, passaram a ser tomadas ou pelo setor privado ou público, agregando-se ao patrimônio daquele que tomou, de modo que, pela lógica neoliberal no sistema capitalista, esse que possuiu a coisa se torna mais rico, permitindo acesso mais fácil aos espaços político, social e até jurídico no mundo atual.

Basicamente, vive-se a era em que não existe propriedade que não seja ou de um indivíduo ou do Estado. Ao observar sob essa ótica, percebe-se que o que houve ao longo dos séculos foi o enclausuramento do comum pelo capitalismo “em tentativas sucessivas de expropriação e privatizações tanto do comum natural, como do comum artificial. Essas questões levaram ao surgimento do movimento do comum, principalmente a partir da década de 1990, “denunciando os efeitos devastadores do capitalismo neoliberal e as novas ondas de *enclosures*, que, agora mais nocivos, se estabelecem também sobre as áreas comuns da cultura e da natureza e ameaça, a vida como um todo” (BERNARDES, 2017, p. 87).

O enclausuramento é o processo de privatização e mercantilização de espaços que antes não estavam sob propriedade de ninguém, mas à disposição do público, de todos. E é justamente essa apropriação daquilo que não havia “dono” que se emponderou os movimentos contra o cercamento<sup>5</sup> de bens, em tese, inapropriáveis.

Outra reflexão acerca do enclausuramento, um pouco mais incisiva, pode ser feita por intermédio das palavras de Petter Linebaugh (2014, p, 235), ao entender o termo como indicador privado de propriedade e capital que parece ser uma promessa e individual e produtividade social, mas na verdade o conceito de recinto é inseparável do terror e da destruição<sup>6</sup>. O autor ainda elenca quatro motivos que retomaram a luta contra o *enclosure* no século XXI: a luta liderada pelos zapatistas, em 1994, contra o artigo 27 da Constituição Mexicana; a batalha de Seattle, em 1999, contra a privatização da propriedade intelectual; o terceiro momento foi contra a poluição das águas do planeta e o envenenamento de sua atmosfera e, finalmente, o quarto fator neste discurso renovado foi o colapso da URSS e dos países comunistas da Europa Oriental, o que facilitou a discussão dos comuns sem ser automaticamente suspeito de relação ideológica com o inimigo nacional (LINEBAUGH, 2014, p. 236-238). Bernardes também elenca uma série de lutas contra o cercamento (2017, p, 90) como exemplo o indiano Ram Karutiri, que adquiriu enorme superfície de terras na Etiópia<sup>7</sup>, e correlaciona o enclausuramento de praças, transportes públicos, espaços culturais, lugares de lazer entre outros com o “aumento da concentração de recursos nas mãos de grandes empresas privadas ou de Estado.

Assim, nada mais oportuno que trazer ao contexto a necessidade de trabalhar juntamente com a ideia do comum como inapropriável, a parte que o Direito tem a tratar sobre o assunto.

---

<sup>5</sup> Cercamento é a palavra utilizada por Mariana de Moura Cruz (2017, p. 10) para remeter à enclausuramento tanto aos processos históricos de cercar as terras feudais como explicar processos contemporâneos de privatizações de espaços no governo neoliberal.

<sup>6</sup> *Enclosure indicates private property and capital: it seems to promise both individual ownership and social productivity, but in fact the concept of enclosure is inseparable from terror and the destruction of independence and communit* (LINEBAUGH, 2017, p. 235).

<sup>7</sup> Situação tratada no documentário *Planète à vendre* de Alex Marant.

## A instituição do comum e o Direito

A temática que envolve os direitos fundamentais ao longo de muitos anos sofreu, sofre e sofrerá muitas alterações teóricas em relação ao conceito e fundamento. Dessa feita, os conflitos, os novos problemas e as lutas da sociedade em cada momento histórico, foram se moldando a abrangência dos direitos fundamentais neste início de milênio, projetando novas formas de direitos. Não obstante, as lutas contra a destruição do mundo em razão do modelo capitalista, e por conseguinte a afirmação da ideologia política do comum, tem buscado garantir os direitos essenciais do homem, o que a torna parte do conjunto dos direitos humanos, principalmente porque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 17, instituiu a propriedade privada “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser privado dela, a não ser quando a necessidade pública, legalmente comprovada, o exigir e sob a condição de uma justa e prévia indenização”, e o comum versa justamente sobre a propriedade.

O seu conceito abrange a liberdade de realizar tudo que não for proibido pelas leis ou outros regulamentos, de do que não atente contra a liberdade dos outros, tornando a propriedade exclusiva do proprietário, excluindo, assim, o uso por terceiros (DARDOT; LAVAL, 2018, p. 263).

Aliás, o *link* existente entre o comum e o Direito é justamente a questão da propriedade, que, ficou clara na explicação trazida no trecho abaixo:

Longe de ser uma essência ou uma natureza, a propriedade não é senão um determinado arranjo jurídico de relações sociais que evoluiu com o tempo. O direito de propriedade foi concebido pelos juristas e filósofos do iluminismo como uma liberdade essencial, um meio de ser plenamente “homem”. A propriedade e o patrimônio pessoal são vistos como condições para a autonomia do indivíduo, como meios de emancipação das tutelas e das vassalagens. (DARDOT; LAVAL, 2015, p. 262)

Partindo do ponto de que o comum é visto como fonte de bens essenciais na efetivação das garantias fundamentais à existência humana, fica evidente sua aproximação com o Direito, principalmente quando há intenção de afastar o comum da propriedade privada e/ou do Estado.

Nesse sentido vale a reflexão sobre como era antes da instituição da propriedade privada que envolve proporções históricas, jurídicas e sociais. Nesse momento, trataremos apenas das proporções jurídicas.

Bem comum, enquanto bem de acordo com o Direito Civil, precisa ser distinguido de propriedade privada e propriedade pública. Pode-se dizer que se trata de bens sem propriedade, portanto, “um lugar do não direito”, onde certos bens são impróprios. Eroulths Cortino Junior e Rodrigo Luiz Kanayama afirmam:

O que neles importa é o acesso, e esse acesso é construído de tal maneira que será vedado seu uso exclusivo, com também sua comercialização: como estes bens estão voltados à satisfação das necessidades primárias da coletividade, e assim servem para efetivar os direitos fundamentais, sua *vexata quaestio* não é a da apropriação, mas do seu uso e funcionamento. (JUNIOR; KANAYAMA, 2016, p. 489)

Outra visão que também aproxima muito o comum e o direito vem da tese de que, segundo Junior e Kanayama (2016, p. 487-488), Garrett Hardin, em seu famoso ensaio publicado na revista *Science* no ano de 1968, mencionado no primeiro item, dizia que os bens comuns ocupam uma posição entre jurídico e político ao mencionar que os bens comuns são um instrumento político e constitucional para satisfazer as necessidades e os direitos fundamentais. Sendo assim, os bens comuns devem ter lugar na Constituição como instrumentos que realizam esses direitos e mais, são bens pertencentes ao Estado<sup>8</sup>, mas que interessam todas as pessoas, ultrapassando gerações, razão pela qual falar de bens comuns está se falando de direitos humanos.

A partir dessa ideia de que o comum está contido dentro do plano dos direitos humanos, é talvez seja importante falar, pensar e debater tais direitos fundamentais e humanos em âmbito universal, sem fragmentação, ou seja, como um todo, independente dos limites territoriais, em que pese haja dificuldade para tanto, observada os impactos dos sistemas constitucionais dos países. Esse argumento é de Melina Fachin, que diz:

---

<sup>8</sup> Esse entendimento é de Garrett. O atual entendimento do “comum” não entende que os bens comuns pertençam ao Estado, mas sim instituições inapropriáveis tanto pela propriedade privada como pelo Estado.

O aspecto mitológico do discurso universalista reside justamente na falta de concretização normativo-jurídica de grande parcela dos direitos humanos em benefício dos quais este atributo também deveria abrigar, demonstrando, assim, uma vigência parcial do predicado. Em face da realidade discrepante, ele opera, de certo modo, como álibi da comunidade internacional já que defere a responsabilidade de sua realização integralmente ao Estado – progressivamente e dentro de seus recursos disponíveis – subvertendo os próprios princípios da concepção contemporânea de direitos humanos e transferindo a concretização de parcela substancial desses direitos para um futuro remoto e incerto. (MELINA FACHIN, 2015, p. 110)

Seguindo esse entendimento, Laval e Dardot (2017, p. 13) citam o livro de Harald Welzer chamado *Les Guerres du Climat*, onde fica claro que os efeitos do aquecimento global, por exemplo, ocasionado por atitudes aderidas por alguns países, são sofridos por si e por outros que não tem participação efetiva para tanto, restando inerente ao debate esclarecer a obrigação de estabelecer a universalização do comum, mencionada por Melina Fachin, de modo que os bens comum não devem ter “donos”, não devem ser de indivíduos nem do Estado, mas devem ser controlados pois, a sua qualidade comunal não autoriza entendê-los com bens de acesso descontrolado, negando sua possível escassez. Por assim ser, cabe gerenciar e administrar o acesso, utilização e fruição para não se tornar em bem coletivo. Esse gerenciamento deve ser realizado por entidades interestatais ou ultra-estatais, visando, inclusive, a manutenção dos bens permanente (JUNIOR; KANAYAMA, 2017, p. 488).

No Brasil, a ideia do comum surge na Constituição de 1988, notadamente na parte relacionada à efetividade dos direitos fundamentais com relação à garantia de acesso aos bens. Gustavo Tepedino trata sobre o assunto:

De fato, a Constituição de 1988 inaugurou ordem jurídica que clama por instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais. Nessa esteira, estabeleceu em numerosos dispositivos o ainda pouco explorado direito de acesso, expressamente previsto, por exemplo, no artigo 196, que prevê o “acesso universal e igualitário às ações e serviços” para “promoção, proteção e recuperação” da saúde; no artigo 206, I, o qual estabelece que o ensino será ministrado com base no princípio da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”; no artigo 215, no qual estatuiu que o Estado garantirá a todos “o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”; no artigo 79 do Ato Consti-

tucional das Disposições Transitórias, em que se institui o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza com o objetivo de “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência”. (TEPEDINO, 2018, p. 12)

Ainda, o mesmo autor demonstra no discorrer do seu texto que a jurisprudência brasileira, por meio de decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que não refira-se diretamente a “bens comuns”, utiliza sua noção para “promover a tutela de bens considerados essenciais à coletividade e, por isso, subtraídos da mediação proprietária”, quando examinou a Lei nº 9.433/1997 (Política Nacional de Recursos Hídricos) e estabeleceu que “a água é um bem de domínio público”, afirmando o caráter comum da água, que passou a ser bem de domínio público. Do mesmo modo, o tribunal acima mencionado entendeu que praças públicas, jardins, parques e áreas verdes municipais, não são de propriedade dos municípios, não podendo ser desafetadas para construção de edifícios governamentais ou não (TEPEDINO, 2018, p. 12).

Uma outra modalidade vista entre comum e o direito seria o direito ao uso coletivo de propriedades, como no caso de uma fábrica de revestimentos cerâmicos na Argentina, a qual foi abandonada pelos proprietários e recuperada pelos trabalhadores que a tornaram uma cooperativa de produção. E aí levanta-se uma questão importante, que seria de obrigar, nos termos jurídicos, todos os coobrigados ou coparticipantes (DARDOT; LAVAL, 2015, p. 269-270, 299)

Contrapondo, de certa forma, a ideia de apropriação, Dardot e Laval (2017, p. 245) fazem uma reflexão de que o comum, se for colocado em prática, deve ser inapropriável, não pode ser objeto de direito de propriedade e citam alguns exemplos dos quais afirmam que mesmo a propriedade pública é de todos, que, por ocasião, confirma seu pensamento sobre o inapropriável. Nem a aldeia, que seria a única forma possível à propriedade coletiva se encaixa na hipótese dentro do direito de propriedade, pois, teoricamente, não há proprietário (impossibilitando, por exemplo, o gozo dos direitos de propriedade de uso ou usufruto) (2017, p. 262).

Dardot e Laval (2017, p. 341) compreendem que o direito do comum, do fazer comum é uma espécie de direito consuetudinário, ou seja, que vem dos costumes e discorrem sobre a diferença entre o direito comum do direito do comum, baseando na prática do princípio do comum “que não se reduza à prática do comum apenas pelo seu tempo de exis-

tência”, porque “a longevidade e a antiguidade excepcional não tem razão nenhuma de fundar o direito” e que “a prova do comum não é a prova de duração”, mas sim a prática social.

Assim, claramente que o comum, precisa passar pelo instituto do direito para que seja entendido e aplicável, de forma conivente com a realidade do mundo em que se vive, em uma tentativa de retomar a ideia de bem comum na sociedade pós-moderna.

## **Conclusão**

Como se pode constatar, a ideia do que é o comum e todos os pensamentos que envolvem esse termo passou a ser tratado, principalmente, após a segunda metade dos anos 60, a partir do emblemático texto de Garrit Hardin, que, por ocasião, contextualizou o comum com tragédia, ao descrever sobre a super-exploração pelos conviventes e, então, conseqüente extinção dos bens comuns, se esses não fossem supervisionados. Entretanto, mais tarde, Elinor Ostrom desvendou sua tese, por intermédio da teoria dos jogos, demonstrando diversos movimentos sociais em que o comum deram certo. A partir de então, diversos movimentos sociais passaram a seguir e pulverizar a ideia do comum, contrapondo-se ao modelo neoliberal e capitalista, principalmente no que se refere ao “cercamento” dos bens que, em tese, se tratam de bens inapropriáveis.

Constatou-se que comum é um princípio político, como pensam os autores Dardot e Laval, uma obrigação que se impõe a todos participação na atividade de deliberação, mas também recursos inexauríveis ou renováveis, pelo entendimento de Bollier.

No item dois, situou sobre o neoliberalismo e sua imposição para que ocorressem o chamado enclausuramento dos bens comuns, termo muito utilizado pelos comuneiros, que é um processo de privatização e mercantilização de espaços os quais não deverias estar sob propriedade de ninguém, nem do Estado, nem privado e elencou-se alguns modelos de *enclousure* já ocorridos na história.

Demonstra-se a autonomia dos bens comuns em relação à sua estrutura e à forma jurídica, alternativa à propriedade privada e pública enquanto comum, pode-se concluir que se tratam de bens cuja essencialidade é dar eficácia às garantias fundamentais à sociedade, ao mercado e ao Estado, excluindo qualquer possibilidade de depredação ou escassez

de qualquer natureza que possa afetar o progresso das próximas gerações.

Nesse viés, verificou-se a necessária aproximação da ideia do comum com o Direito, principalmente pela questão do direito de propriedade e expropriação dos bens comuns que se encontram sob detenção do Estado ou Privado, para que seja viável o “fazer comum”.

## Referências

BERNARDES, Márcio de Souza. *A (re)invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na América latina*. Florianópolis 2017. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017.

BOLLIER, David. *Pensar desde los comunes: una breve introducción*. Traducción de Guerrilla Translation. Traficantes de Sueños, 2016.

BOLLIER, David; HELFRICH, Silke. *The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State*. Disponível em: <<http://www.wealthofthecommons.org>>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

CRUZ, Mariana de Moura. O novo vocabulário do comum – Ensaio para uma leitura pós-colonial. In: *XVII Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional*. São Paulo. Desenvolvimento, crise e resistência: quais os caminhos do planejamento urbano e regional, 2017.

DARDOT, P; LAVAL, C. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre, LAVAL, Christian. Propriedade, apropriação social e instituição do comum. *Tempo Social, Revista de sociologia da USP*, v. 27, n. 1, 2015, p. 261-273.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A ideia do comum: teoria e história de um ideal. *Youtube*, 29 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com>>. Acesso em: 05 maio 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum*: ensaio sobre a revolução no século XXI. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

FACHIN, Melina Girard. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

HARDIN, Garret. A tragédia dos comuns. *Revista Science*, vol. 162, N. 3859, p. 1243-1248. Disponível no site: <<http://www.garretthardinsociety.org>>. Acesso em: 05 maio 2018

JUNIOR, Eroulths Cortiano; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Notas para um estudo sobre os bens comuns. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 480-491.

LINEBAUGH, Petter. *Stop Thief! The Commons, Enclosures, and Resistance*. 1ª ed. Oakland: Sacha Lilley, 2014.

OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. New York: Cambridge University Press, 1990.

SILVA, Rafael Afonso da. Entre o “comum” da autoinstituição e o “comum” do capital: 100 anos de Estado e revolução. *Revista Lutas Sociais*, v. 21, n. 38, ano 2017, p. 95-108.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os *commons*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, p. 11-14.

UNESCO. *Declaração universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Portugal, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org>>. Acesso em: 13 maio 2018.

# A CONTRIBUIÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA LATINO-AMERICANO

*Aleteia Hummes Thaines\**

*Marcelino Meleu\*\**

---

---

## Introdução

A presente pesquisa tem por finalidade analisar a recepção do pluralismo jurídico, demonstrando a existência de uma reconfiguração do sistema jurídico na América Latina, especialmente, no que tange à participação dos povos indígenas a partir da análise do sistema jurídico boliviano. No intuito de se verificar uma resposta ao tema proposto, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: É possível realizar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, a partir da participação dos povos indígenas? Nesse sentido, a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, especialmente a partir da implementação do Tribunal Indígena, uma vez que a sociedade latino-americana faz surgir um Novo Constitucionalismo Latino-Americano<sup>1</sup>, colocando em xeque diversos conceitos das teorias clássicas. Esse movimento apresenta em comum, a

---

\* Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS) (CAPES 6), Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS), Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ/RS), Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS) e Administração de Empresas pela Universidade de Passo Fundo (UPF/RS). Bolsista de Estágio Pós-Doutoral (CAPES/FAPERGS). Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito, registrado no CNPQ, realizado na UNISINOS/RS. E-mail: ale.thaines@gmail.com.

\*\* Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS) (CAPES 6). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Atua como Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB/SC). E-mail: mmeleu@furb.br.

<sup>1</sup> “A trajetória de [re]apropriação histórico-cultural das populações indígenas na América Latina provocou uma onda de constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais orientadas agora por uma leitura moral do Direito, voltada para o reconhecimento do outro, acomodando a diversidade etnicorracial e a pluralidade de culturas no discurso do multiculturalismo” (NASCIMENTO, s/data).

introdução, naquelas sociedades, do conceito de diversidade cultural e reconhecimento de direitos indígenas específicos, incorporando um largo catálogo de direitos indígenas, afro e de outros coletivos, em especial como reflexo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>2</sup>, no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Tal cenário propõe a “refundação do Estado”, com reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos e discutindo o fim do colonialismo. Nesse sentido, a Bolívia representa um marco no novo constitucionalismo na América Latina, especialmente por implementar em sua estrutura normativa um Tribunal Indígena. Esse estudo se justifica pela necessidade de implementação de ações sociais dirigidas às comunidades indígenas, de modo a responder juridicamente os anseios desta parcela da sociedade comumente esquecida pelos sistemas políticos e jurídicos, o que leva a diversas disputas, principalmente no que tange ao seu direito de autodeterminação e autonomia. Além disso, este trabalho tem por objetivo geral, discutir a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, a partir do reconhecimento dos povos indígenas. E, por objetivos específicos: a) estudar a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, o que tange a questão indígena e o pluralismo jurídico, e; b) analisar o novo sistema de justiça boliviano e a implementação do Tribunal Indígena a partir da Constituição de 2009. O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, apoiando-se em um método dedutivo. Este trabalho está estruturado em duas partes: na primeira parte será discutida a reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, abordando a questão indígena e sua abertura para o pluralismo jurídico e, num segundo momento, se analisará o novo sistema jurídico boliviano a partir da implementação do Tribunal Indígena.

---

<sup>2</sup> “A Convenção n° 169, sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989, revê a Convenção n° 107. Ela constitui o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. A Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se, também, a povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da população nacional” (OIT, 2011).

## **A reconfiguração do sistema jurídico latino-americano e a sua abertura para um pluralismo jurídico**

A sociedade, em especial, a latino-americana, está reorganizando seus fundamentos, sob o influxo da Declaração das Nações Unidas e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), visando reconhecer, por meio de textos constitucionais, um protagonismo indígena, discutindo sua autonomia, pautado numa concepção pluralista. Por esse motivo, faz-se necessário uma sucinta abordagem do que consiste na ideia de pluralismo jurídico.

Como já mencionado, Antonio Carlos Wolkmer propõe a superação do monismo jurídico por meio da recepção de um pluralismo jurídico comunitário-participativo (CARVALHO, 2010). As concepções pluralistas questionam as instituições estatais, pois entendem que estas são incapazes de dar respostas os novos anseios sociais e a resolver os conflitos de massa, considerando o monismo como verdadeiro obstáculo para a efetivação dos direitos humanos (CARVALHO, 2010).

Por esse motivo, “o pluralismo comunitário constitui um modelo normativo (...) que concebe determinadas condições básicas e ideais para o desenvolvimento de uma nova cultura no direito, plural e participativa” (CARVALHO, 2010, p 29). Essa nova concepção ganha relevância, a partir do momento em que devolve o poder de ação à comunidade, visando efetivar os direitos das minorias, pautada na interpretação plural de fontes (CARVALHO, 2010).

Wolkmer também entende o pluralismo jurídico numa perspectiva de alteridade e de práticas sociais participativas, constituindo um locus privilegiado para a compreensão de elementos multiculturais, ou seja, no intuito de “conceber uma pluralidade de culturas na sociedade, de estimular a participação de grupos culturais minoritários e de comunidades étnicas que se aproxima da temática do ‘multiculturalismo’” (CARVALHO, 2010, p 41).

No âmbito jurídico, essa pluralidade retrata

(...) a coexistência de normatividade diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como intento práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado. (WOLKMER, 2001, p. 222)

Ou seja, o reconhecimento do pluralismo jurídico-ético passa pelo reconhecimento das minorias e dos povos indígenas originários como atores essenciais da integração do desenvolvimento e da consolidação da democracia e da defesa dos direitos fundamentais (DAN; MACIEL, s/data). Tal afirmação reflete a realidade de alguns países da América Latina, onde a demanda por estabelecer autonomias territoriais indígenas, constitui, hoje em dia, uma substantiva relação entre os povos indígenas e os Estados. Atualmente, cerca de seis países incluíram, em suas respectivas Constituições, alguma forma de autonomia territorial indígena ou multiétnica: Panamá (1972), Nicarágua (1987), Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) (GONZÁLES, 2010).

Os regimes autônomos na América Latina não são regras, mas sim exceções. Apesar do Direito Internacional estabelecer e garantir que os povos indígenas tenham uma autonomia, especialmente a territorial, muitos Estados ainda consideram isso uma ameaça aos princípios da integridade e da soberania, e por via de consequência, à norma jurídica e ao monismo (GONZÁLES, 2010, p. 37).

Esses regimes autônomos se caracterizam pela inclusão, na organização estatal, de entidades indígenas, inserindo, assim, mecanismos normativos que reconheçam, constitucionalmente, a autonomia dessas entidades. No caso em que existem autonomias territoriais e regimes autônomos constituídos e funcionando pode-se destacar algumas características comuns. Dentre esses elementos comuns, pode-se enfatizar: a transferência de níveis variados de capacidade na tomada de decisão e competências administrativas pelos indígenas; criação de estruturas políticas que funcionam dentro de uma jurisdição legalmente reconhecida, e, principalmente a delimitação de um território onde se exercem direitos coletivos sobre a terra e os recursos naturais (GONZÁLES, 2010).

Nesse contexto, observa-se que os regimes autônomos formalmente reconhecidos nas Constituições Políticas, como é o caso da Bolívia, com o Tribunal Indígena, e do Equador, são a expressão de novas formas de articulação entre as autonomias como regime de governo e o paradigma do Estado Plurinacional (GONZÁLES, 2010, p. 58), sendo que estes mecanismos protegem e garantem o direito à autonomia e a autodeterminação dos povos indígenas. Direitos esses que vão de encontro ao que disciplina a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho

(OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas.

Esse cenário “(...) de complexidade não nos impossibilita de admitir que o principal núcleo para qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito” (WOLKMER, 1997, p. 168). Tal postura minimiza ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, como aquela oriunda da própria comunidade. “Além de não se revestir da única ordenação jurídica existente, o Estado convive com outras ordenações, ora em relação de coexistência social, ora em relação de luta” (WOLKMER, 1997, p. 173), que não obstaculiza a sua juridicidade<sup>3</sup>.

Tais fatos evidenciam a incapacidade dos atuais sistemas jurídicos de relacionar a pragmática jurídica e a teoria jurídica, apresentando espaços em branco entre a dogmática jurídica e sua incidência social. Por esse motivo, como já tratado, faz-se necessária uma releitura do Direito, especialmente em uma sociedade multicultural, onde há uma maior incidência de complexidades. Exemplo disso foi vivenciado pela Bolívia onde ocorreu uma reestruturação no ordenamento jurídico, por meio de uma nova Constituição, reconhecendo assim, o protagonismo indígena, através da criação de um Tribunal Indígena, a fim de considerar suas raízes e suas crenças. Tal situação estaria revelando que conceitos e estruturas tradicionais merecem uma nova análise com vistas a efetivar o Estado Democrático de Direito que prima pela dignidade da pessoa humana e, assim, efetivando o Direito das minorias, em especial o Direito Indígena.

### **O sistema de justiça boliviano**

A Convenção Internacional mais importante que vem a garantir e reconhecer os direitos dos povos indígenas e tribais respeitando a diversidade étnica e cultural é a Convenção n. 169 da Organização Internacio-

---

<sup>3</sup> Para Wolkmer, “a crise e o exaurimento das estruturas centralizadoras do Estado moderno favorecem o desenvolvimento de limitações a este poder”, com “a reordenação do espaço público comunitário participativo e a consolidação hegemônica do poder de auto-regulação dos sujeitos sociais possibilita a retomada, o alargamento e a difusão de procedimentos de intervenção popular direta na Justiça penal, na Justiça civil e na Justiça do trabalho” (WOLKMER, 1997, p. 278-279).

nal do Trabalho (OIT, 2011). Essa Convenção objetiva garantir aos povos indígenas, o direito à terra e ao território; o direito à autodeterminação e a autorregulação, bem como, o direito à saúde e educação com o reconhecimento de sua língua e a proteção do Estado. Há décadas a Bolívia tinha como projeto integrar os indígenas à sociedade nacional, contudo, inúmeros problemas surgiram e várias dessas políticas indigenistas foram frustradas (DAN; MACIEL, s/data).

Por esse motivo, para se pensar num pluralismo étnico-jurídico, tem-se que superar alguns desafios, um deles é realizar uma releitura da teoria jurídica moderna, a fim de rediscutir conceitos dogmáticos, tais como: princípio da soberania do Estado, conceito de nação (DAN; MACIEL, s/data), bem como, conceito de Direito.

A promulgação da Constituição Boliviana se deu, após intenso e extenso processo constituinte, a qual teve a participação de diversos setores políticos e sociais, incluindo representantes de 16 nacionalidades indígenas, que contrapôs governo e oposição, o que resultou na ratificação de um novo Texto Constitucional, o qual foi aprovado em referendo popular no mês de janeiro de 2009.

A referida Constituição é a mais avançada em termos de incorporação da temática indígena, sendo considerada uma inovação no que tange as novas figuras de autonomia dos povos indígenas. O artigo 2º do referido ordenamento disciplina que, em virtude da existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários camponeses e sua dominação ancestral sobre seus territórios, é garantido a eles a livre determinação que consiste em seu direito a autonomia, ao autogoverno, a sua cultura e ao reconhecimento de suas instituições e a consolidação de sua identidade territorial.

A Carta Magna Boliviana de 2009 se apresenta como um marco ao Constitucionalismo latino-americano e, desde seu preâmbulo<sup>4</sup> deixa clara

---

<sup>4</sup> Preâmbulo da Constituição da Bolívia de 2009. Em tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, dede la profundidad de la historia, inspirado em las luchas del pasado, em la sublevación indígena anticolonial,

a ruptura com a forma de Estado vigente até então, seja colonial, republicano ou neoliberal e funda um Direito plurinacional, uma vez que constitucionaliza o pluralismo étnico e cultural, “assim como sua aplicabilidade no sentido de promover o desenvolvimento econômico e social reestabelecendo a nível jurídico o vínculo entre a mãe terra/natureza com as comunidades humanas” (DAN; MACIEL, s/data). Nesse viés, “o Estado Plurinacional seria a síntese maior de cada identidade que o compõe fundado na pluralidade cultural, jurídica e política” (DAN; MACIEL, s/data), pois “(...) a Bolívia, ao reconhecer-se enquanto Estado pluriétnico e multicultural pôs fim a ficção de Estado enquanto uma única nação” (DAN; MACIEL, s/data).

Além disso, esse novo ordenamento proporcionou uma radicalização democrática da própria estrutura da justiça constitucional, com a previsão de eleições diretas por voto popular para os seus membros, os quais terão um mandato e não serão vitalícios. O Tribunal também passaria a ser plurinacional, pois teria membros eleitos pelo sistema eleitoral ordinário e pelo sistema indígena, uma vez que, o novo Texto Constitucional considera que a soberania se encontra no povo boliviano e se exerce de forma direta e delegada, emanando dela as funções e atribuições dos órgãos do poder público. Tal soberania entende ser inalienável e imprescritível<sup>5</sup>.

---

em la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolívia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia (BOLÍVIA, 2009).

<sup>5</sup> Como se observa do art. 7º da Constituição Boliviana (BOLÍVIA, 2009).

Esse novo contexto prevê o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, que se pretende consolidar por meio da inserção de uma educação democrática, participativa, comunitária e descolonizadora (art. 78, I), entre outras, sendo intercultural e intracultural em todo o sistema educativo (art. 78, II; 91, II, em relação ao Ensino Superior), fomentando o diálogo intercultural, a igualdade de gênero, a não violência e a vigência de Direitos Humanos (art. 79). A erradicação do analfabetismo deve respeitar a realidade cultural e linguística da população (art. 84), e é garantida a liberdade de fé, de consciência, de ensino da religião, “assim como a espiritualidade das nações e povos indígenas campesino originários.” (art. 86). Os saberes, conhecimentos, valores, espiritualidades e cosmovisões tradicionais são reconhecidos como patrimônio nacional (arts. 98, II e 100, I), inclusive com registro de propriedade intelectual (art. 100. II c/c 99, II)<sup>6</sup>.

A nova Constituição boliviana representa um novo “pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas” (WOLKMER, 2013, p. 19) e, que se propõe a um pluralismo, o qual, para de fato se caracterizar, deve englobar “fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no direito” (WOLKMER, 2013, p. 21).

E, nesse contexto, a Carta da Bolívia, ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propõe a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

### **As peculiaridades do Tribunal Indígena**

O novo Texto Constitucional da Bolívia reconhece direitos às nações e povos indígenas originários e campesinos, considerando tal parcela como toda a coletividade humana que compartilha identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, e, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola (art. 30, I) ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do

---

<sup>6</sup> Artigos da Constituição boliviana (BOLÍVIA, 2009).

país, propondo a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

Os inseridos nesta condição gozam de direitos como: a livre existência; o reconhecimento de sua identidade cultural, religiosa e espiritual, práticas e costumes; a livre determinação e a territorialidade; a proteção do Estado no que tange as suas instituições; a criação e administração de sistemas, meios e redes de comunicação próprios; a garantia de que seus saberes e conhecimentos tradicionais, sua medicina tradicional, seu idioma, seus rituais, seus símbolos e vestimentas serão valorizados, respeitados e promovidos; direito de viver em um meio ambiente sadio, com manejo e aproveitamento adequado do ecossistema; direito à propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciências e conhecimentos, assim como a sua valorização, uso, promoção e desenvolvimento; direito a uma educação intracultural, intercultural e plural em todo o sistema educativo; direito a um sistema de saúde universal e gratuito que respeite suas práticas tradicionais; direito ao exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com seus costumes; direito a ser consultados mediante procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições, cada vez que se preveem medidas legislativas ou administrativas que afetem seu povo; respeito e garantia do direito a uma consulta prévia obrigatória, realizada pelo Estado, centrada na boa-fé e no respeito à exploração dos recursos naturais não renováveis no território que habitam; direito a participação e aos benefícios da exploração dos recursos naturais de seus territórios; direito à gestão autônoma do uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis existente em seu território, sem prejuízo aos direitos legitimamente adquiridos por terceiros; e, direito a participação nos órgãos e instituições do Estado (art. 30, II).

Diante deste rol de direitos, se observa que as instituições indígenas passam a integrar a estrutura estatal (art. 30, II, 5), e tais sujeitos passam a exercer seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão (art. 30, II, 14), com plena participação nos órgãos e instituições daquele Estado. A participação cidadã em um sistema de justiça que prima pela independência, imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, proibidade, celeridade, gratuidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, equidade, com harmonia e respeito aos direitos (art. 178). Sendo que naquele contexto, o sistema de justiça é composto por uma jurisdição agroambiental, por uma jurisdição indígena originária

campesina, além de uma jurisdição ordinária (art. 179, I), sem que aja influência de uma sobre a outra, uma vez que, todas gozam de igualdade de hierarquia (art. 179, II), e estão sujeitas apenas ao Tribunal Constitucional Plurinacional.

Assim, as nações e povos indígenas possuem a legitimidade para exercerem funções jurisdicionais que lhes competem, por meio de suas autoridades, com liberdade para aplicarem seus princípios, valores culturais, através de normas e procedimentos próprios (art. 190, I). Tal sistema de justiça deve primar pelo direito à vida, entre outras garantias previstas no texto boliviano, mas, sem dúvida, marca um novo contexto para se repensar o modelo de jurisdição vigente na América Latina.

Importa ainda destacar naquele modelo, que toda a autoridade pública, deve respeitar as decisões oriundas da jurisdição indígena (art. 192, I), sem interferência, a não ser quando seu apoio for solicitado por aquele órgão independente, para fins de viabilizar o cumprimento de suas decisões (art. 192, II), sendo que a jurisdição indígena originária e campesina é exercida no âmbito de vigência pessoal, material e territorial.

A novidade nesse modelo reside, portanto, no fato de sua gestação estar vinculada a uma reordenação do espaço público participativo, através do surgimento de novos sujeitos de direito, “em substituição ao sujeito individual abstrato liberal” (PRONER, 2013, p. 147), de modo a evidenciar uma resignificação na jurisdição, através da participação das comunidades. Nesse contexto, o desafio proposto pelo modelo boliviano, entre outros, consiste em se repensar, em termos de América Latina, “um projeto social e político contra-hegemônico, apto a redefinir os procedimentos clássicos entre os poderes estatal e societário” (WOLKMER, 2010, p. 37), especialmente, no que concerne “as formas tradicionais de normatividade e as manifestações plurais não formais de jurisdição” (WOLKMER, 2010, p. 37), de modo a promover o respeito às diversas culturas existentes nas sociedades que compõe este continente, o que provoca e justifica um repensar do modelo brasileiro, que se constitui como o maior da América Latina, não só em extensão territorial, como em diversidade cultural.

No Brasil, guardadas as devidas proporções, a questão indígena ainda não foi bem tratada, como demonstram os diversos conflitos que ora se apresentam, conflitos esses que dizem respeito, especialmente, a

disputa de terras. Aliás, esses conflitos, em nosso país, provocaram o surgimento de uma ação específica voltada ao etnodesenvolvimento<sup>7</sup>.

A preocupação com a identidade cultural, portanto, ganha relevo, e, nesse contexto, convém destacar que a cultura pode ser observada por meio de diversas perspectivas. Particularmente, no caso brasileiro, o conflito que motivou a implementação do programa de etnodesenvolvimento, reside nos diferentes pontos de vista que possuem, de um lado os indígenas, de outro os agricultores não índios (fazendeiros, pequenos agricultores, etc.). Mas, como se extrai dos diversos modelos analisados, o conflito reside em uma diferença de pontos de vista, e, assim, a cultura para os fins de tratamento de conflitos, que é o ponto que se analisa na presente, deve ser considerada como uma observação escolhida dentre outras possibilidades. Isso permite que, a partir da distinção cultural, se estimule formas de observação reflexivas que indicam a idéia de que o

---

<sup>7</sup> Em 24 maio 2011 foi “lançado no Centro Makunaim, na Terra Indígena São Marcos em Pacaraima (RR), o primeiro Plano Territorial de Etnodesenvolvimento Indígena (Ptei) do Brasil. O Território da Cidadania Terra Indígena Raposa Serra do Sol e São Marcos abrange os municípios de Normandia, Pacaraima, Uiramutã e parte de Boa Vista, onde estão demarcadas duas terras indígenas: São Marcos e Raposa Serra do Sol. O Ptei começou a ser desenvolvido em junho de 2009 pelo Colegiado Territorial do Território da Cidadania Raposa Serra do Sol e São Marcos. O plano tem como objetivo promover o desenvolvimento econômico sustentável da região, a universalização do acesso a políticas públicas de cidadania e o crédito produtivo, priorizando a participação social e a integração das diversas esferas dos governos. A elaboração do plano, estruturado em três partes – histórico e contexto geral dos indígenas, diagnóstico territorial e plano territorial – começou após a região ser inserida no Programa Territórios da Cidadania, iniciativa desenvolvida pelo governo federal em parceria com estados, municípios e sociedade civil. A delegada do Ministério do Desenvolvimento Agrário em Roraima, Célia Souza, destaca que o plano reafirma a identidade, a autonomia e o protagonismo dos povos indígenas da região. “O documento respeita a cultura, a língua e a forma de viver dos índios. O plano foi produzido por eles, para seu território, e isso reflete a postura do governo federal, de não impor uma política pública, mas construir coletivamente”, destaca. Participaram da construção do Ptei o Conselho Indígena de Roraima (CIR), o Conselho do Povo Ingariko (Coping), a Associação dos Povos Indígenas do Estado de Roraima (Apirr), a Aliança de Integração e Desenvolvimento das Comunidades Indígenas de Roraima (Alidicir), a Organização das Mulheres Indígenas de Roraima (Omirr), a Organização dos Professores Indígenas de Roraima (Opirr), a Associação dos Povos Indígenas da Terra São Marcos (APITSM), a Sociedade de Defesa dos Índios Unidos de Roraima (Sodiur), a Sociedade para Desenvolvimento Comunitário e Qualidade Ambiental dos Tau-repang, Wapichana e Macuxi (TWM), as prefeituras municipais de Normandia, Pacaraima, Uiramutã, o governo de Roraima, instituições federais como Funai, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Pesca e Aquicultura, Universidade Federal de Roraima, Embrapa, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entre outros” (BRASIL, 2011). Sobre um desenvolvimento voltado ao respeito étnico consultar Marcelino Meleu e Aleteia Hummes Thaines (2013, p. 30-52).

ponto de comparação é, ele próprio, contingente, porque há sempre a opção de escolher outros pontos de vista, uma vez que comparações culturais estimulam a reflexão e a reflexão da reflexão.

Transitar por outras culturas e ao mesmo tempo manter a sua, como um modo de relacionamento, significa a outorga de liberdade e reconhecimento aos indivíduos. Nessa linha, a Bolívia, ao garantir constitucionalmente a identidade cultural das comunidades indígenas, e, ao mesmo tempo que seus membros possam requerer que tal identidade se registre junto com sua cidadania boliviana nos documentos pessoais, tais como carteira de identidade; passaporte, etc. (art. 30, I, 2 e 3), abre o diálogo com vistas a identificar os requisitos para a implementação de uma efetiva reconfiguração na sua cultura jurídica e a manutenção de um Estado Plurinacional.

Esse novo olhar deve passar pelo diálogo entre outras fontes do Direito, uma vez que na atual conjuntura, não se admite mais o Estado como único produtor do Direito ou a norma jurídica como soberana das fontes do Direito, passando a substituir o monismo jurídico pelo pluralismo jurídico. A efetivação dos direitos dos povos indígenas proposto na Convenção n. 169 da OIT, acarretará num diálogo constante entre o direito interno e o direito internacional, e, nesse sentido, haverá a necessidade de uma redefinição do suporte fático, a fim de consagrar o pluralismo jurídico.

## **Conclusão**

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar, de forma sucinta, o debate a respeito do pluralismo jurídico, trazendo à tona as transformações evidenciadas na América Latina, voltando os olhos para um novo paradigma emergente.

Nesse contexto, procurou-se demonstrar a relevância da reconfiguração da cultura jurídica ocorrida em alguns países latino-americanos, onde os direitos dos povos indígenas ganham destaque, sendo que o Estado passa a assumir um compromisso com a garantia da autonomia e da autodeterminação desses povos. Tal movimento é evidenciado por alguns doutrinadores, como Novo Constitucionalismo Latino-Americano que reconhece e efetiva a diferença como fontes essenciais para a produção do Direito, como ocorre com o Tribunal Indígena da Bolívia.

A reconfiguração observada na Bolívia, após a promulgação da Constituição de 2009, evidencia uma ruptura com a forma de Estado vigente até aquele momento e a preocupação com o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, onde os direitos dos povos indígenas são respeitados. Assim, tal compromisso deve permear a atuação desta Sociedade, seja pelo seu ente político, o Estado, seja pelos órgãos deste, ou pelas instituições.

Na reestruturação da cultura jurídica, os sujeitos envolvidos e as comunidades, especialmente as indígenas, ganham espaço para “dizerem o seu direito”, fato esse que ocorreu com a implementação do Tribunal Indígena na Bolívia, sendo que essa justiça indígena boliviana se sujeita apenas ao Tribunal Constitucional Boliviano. Tal prerrogativa esta inserta no texto constitucional da Bolívia que dentre outros dispõe em seu art. 289<sup>8</sup> que a autonomia indígena consiste em um autogoverno como exercício da livre determinação das nações e dos povos indígenas de origem campesina, cuja população compartilhe território, cultura, história, línguas e organização ou instituições jurídicas, políticas, sociais e econômicas próprias.

A comunidade indígena boliviana ainda goza (art. 30, “16”) do exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão. Isso demonstra uma reestruturação do sistema jurídico-político e da forma de comunicação entre estas comunidades inseridas em seus contextos, com repercussões no próprio desenvolvimento das sociedades.

A ideia de autonomia e autodeterminação esta ligada à existência de condições necessárias para a capacidade autônoma de uma sociedade multicultural, que assim pode se manifestar, definindo e guiando seu desenvolvimento, ou seja, se tornem gestoras de seu próprio desenvolvimento, tanto no campo educacional e de formação técnica, quanto no campo político-administrativo à gestão de seus próprios territórios, e também no campo jurisdicional.

---

<sup>8</sup> Art. 289 – La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias (BOLÍVIA, 2009).

Nesse sentido, percebe-se o avanço do sistema boliviano, especialmente no que concerne ao Tribunal Indígena implementado a partir da Constituição da Bolívia de 2009, o qual rompe com uma tradição excludente e discriminatória em se tratando da questão indígena, e surge como um novo paradigma na América Latina, o qual pode subsidiar outros sistemas com vistas a uma reconfiguração da cultura jurídica.

Aliás, tal subsídio pode auxiliar no debate brasileiro, especialmente para fins de efetivação do Plano Territorial de Etnodesenvolvimento<sup>9</sup> proposto neste cenário em 2011, o qual cria o Território da Cidadania Terra Indígena Raposa Serra do Sol e São Marcos e tem como objetivo promover o desenvolvimento econômico sustentável da região, a universalização do acesso a políticas públicas de cidadania e o crédito produtivo, priorizando a participação social e a integração das diversas esferas dos governos.

Nesse aspecto, o pluralismo jurídico vem respaldar uma reconfiguração do sistema jurídico latino-americano, em especial, na Bolívia, onde essa recepção se concretizou a partir da Constituição de 2009, reconhecendo e efetivando os direitos dos povos indígenas originários e campestres, direitos esses já elencados na Convenção n. 169 da OIT. Tal reconhecimento somente foi possível, em virtude de um novo conceito para as Constituições, ou seja, não se admite mais as Constituições como simples pactos políticos, mas sim, instrumento para efetivação de Direitos Fundamentais, bem como, com um diálogo entre as fontes do Direito.

## Referências

BATALLA, Guillermo Bonfil. *Los pueblos indios, sus culturas y las políticas culturales*. Anuário Indigenista, XLV: 1985.

---

<sup>9</sup> A idéia de “etnodesenvolvimento” na América Latina é desenvolvida por Rodolfo Stavenhagen e Guillermo Bonfil Batalla. Aliás, estes autores consideram que esta idéia está ligada ao “exercício da capacidade social dos povos indígenas para construir seu futuro em consonância com suas experiências históricas e com os recursos reais e potenciais de sua cultura, de acordo com projetos definidos segundo seus próprios valores e aspirações”. Assim, o etnodesenvolvimento pressupõe a existência de condições necessárias para a capacidade autônoma de uma sociedade culturalmente diferenciada, que assim pode se manifestar, definindo e guiando seu desenvolvimento. Nesse sentido consultar Guillermo Bonfil Batalla (1985, p. 129-158).

BOLÍVIA. *Constituição da Bolívia de 2009*. Disponível em: <<https://www.oas.org>>. Acesso em: 11 set. 2014.

BRASIL. Cidadania e Justiça. *Território da Cidadania lança primeiro plano de etnodesenvolvimento indígena do Brasil*. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CARVALHO, Lucas Borges de Carvalho. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In.: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. *A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009*. s/data. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

GONZÁLES, Miguel. Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonômicos (desde El Estado) em América Latina. In: GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. *La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores em Antropología Social – CIESAS: Universidade Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Etnopoiese: o acesso à justiça por meio da efetivação do etnodesenvolvimento nas sociedades multiculturais. In: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). *25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República (Acesso à Justiça I)*. 1ed. Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2013.

NASCIMENTO, Sandra. *Constituição, Estado Plurinacional e Autodeterminação Étnico-Indígena: um giro ao constitucionalismo latinoamericano*. s/data. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2018.

OIT (Organização Internacional Do Trabalho). *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: <<http://portal.iphhan.gov.br>>. Acesso em: 05 out. 2018.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo

democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latinoamericano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (Orgs.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.



## **II - EXPERIÊNCIAS**

## O ENCARCERAMENTO DA POBREZA: A DESUMANIZAÇÃO NO PRESÍDIO DE BLUMENAU/SC

*Ivone Fernandes Morcilo Lixa\**

*Lenice Kelner\*\**

---

---

### **Introdução: experiência e vivência**

Por cerca de vinte anos, a Universidade Regional de Blumenau vem atuando junto ao Presídio de Blumenau desenvolvendo ações vinculadas ao Programa de Extensão Universitária “*Assistência Jurídica aos Presos e Egressos da Comarca de Blumenau*”, desenvolvido por um grupo de professores, pesquisadores e acadêmicos que atuam junto à comunidade carcerária local prestando serviço de assistência jurídica. Como desdobramento das reflexões do grupo foram elaboradas pesquisas institucionais dentre as quais se destaca a realizada sob a coordenação da Profa. Dra. Lenice Kelner que teve como principal objetivo conhecer o sujeito aprisionado e incriminado e as condições de cumprimento da pena que poderiam caracterizar o que no campo do direito denomina-se “pena cruel”, que é constitucionalmente vedada. O trabalho pretendeu ser um dos pontos de partida para problematização e discussão acerca das políticas criminais definidas pelo sistema punitivo hegemônico.

Pela longa convivência no Presídio local, optou-se pelo método etnográfico, que é um procedimento que resulta de interação prolongada entre o pesquisador e o sujeito da pesquisa e a interação cotidiana do pesquisador no universo do sujeito. Assim, a investigação envolve observação densa, criteriosa, detalhada tendo como foco a fala e a interpretação dos sujeitos participantes da investigação e, envolvendo uma visão

---

\* Doutora em Direito Público (UFSC/UPO-Es), com pós-doutoramento pela UFSC/SC. Mestre em Teoria do Direito pela UFSC/SC. Professora, pesquisadora e extensionista do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB.

\*\* Doutora em Direito (UNISINOS). Mestre em Direito pela UNIVALI/SC. Professora, pesquisadora e extensionista do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB.

holística de todo o entorno sociocultural no qual os sujeitos e suas ações acontecem.

A pesquisa de campo etnográfica consiste em estudar o outro e seu meio, de uma forma antropológica, ou seja, permitindo-se viver, de certa forma, esta experiência. Nesse contexto, o pesquisador tem uma visão introspectiva do ambiente no qual se insere, e detém maiores detalhes sobre o meio, o que lhe permite descrever de forma detalhada o cotidiano destas pessoas.

Inserir-se num meio cruel e desumanizador do cotidiano prisional é um tanto quanto desafiador. Ao vivenciar o dia a dia no presídio, é possível diferenciar muitas histórias de vida, circunstâncias, pessoas, e porque não mencionar, exemplos de superação. Da mesma forma, também é possível discernir aqueles que não estão vivendo o propósito estipulado pela instituição e muito provavelmente, terão dificuldades para se inserir novamente na sociedade, o que causa misto de angústia, impotência e desesperança para todos sujeitos envolvidos no trabalho.

### **O aprisionamento em Blumenau/SC**

Reconstruindo brevemente a história da cidade de Blumenau, a fim de conhecer os atores sociais que a compõe e a composição de forças de excluí e punir, é necessário conhecer a cidade. Segundo Samagaia (2010, p. 77-82), Blumenau se construiu a partir de um núcleo de colonização europeia no sul do país (iniciado por volta de 1850), liderado inicialmente pelos alemães, seguidos dos italianos (vindos a partir de 1875) e poloneses, como parte do projeto imperial da época de “embranquecer” o país. Grande parte desses imigrantes provinha de regiões já industrializadas da Europa, o que possibilitou a rápida utilização de equipamentos e de novos maquinários na exploração econômica local. A vinda de imigrantes alemães na época foi provocada pelas condições que então viviam em seu país de origem e por esta razão, a lógica da colonização teve um sentido distinto do restante do Brasil. Na Alemanha, vários conflitos internos, decorrentes da tentativa de unificação, culminaram na Revolução de 1848. Aqui, eram principalmente agricultores e nas suas horas vagas exerciam sua profissão. Parece que o fundador da Colônia, Hermann Blumenau, se preocupou em trazer “gente laboriosa”, para que seus compromissos junto ao Governo Imperial (do qual o fundador recebeu concessão de terras para estabelecer o núcleo colonial) pudessem ser

cumpridos. Propunha, aos que quisessem vir, uma *“vida livre e próspera, liberdade de pensamento e aquisição de um lote de terra, coisas que os alemães em vias de partir não tinham mais”*.

Mais tarde, o processo de industrialização foi construído a partir do conhecimento prévio destes imigrantes e do capital acumulado no próprio desenvolvimento da colônia agrícola. Assim, a acumulação capitalista em Blumenau, deu-se sobre outras bases, diferente da que ocorreu nas grandes lavouras de café no Sudeste do país. A hierarquia econômica e social também não foi tão acirrada como aconteceu em outras partes do Brasil. Desde o início, a cidade já mostrava suas contradições e deixava claro sua relação com o sistema econômico que se estruturava no país. A partir da implantação da indústria, foi obrigada a buscar capitais e tecnologia nacional e internacional (relações desenvolvidas principalmente com a Alemanha), para financiar o seu próprio desenvolvimento industrial. A industrialização propriamente dita inicia-se por volta de 1880, com o surgimento de pequenas firmas no ramo têxtil e de confecções. E vai tomando corpo nos anos de 1890, articulando-se a uma rede regional, culminando com a entrada dos produtos industriais no mercado brasileiro após o término da Primeira Guerra Mundial, e no mercado mundial nos anos 1970.

Como resultado do processo histórico e econômico, Blumenau ficou conhecida nacionalmente por seu desempenho na área têxtil, abrigando, durante muito tempo, um aporte industrial bastante expressivo. Analisando o bom desempenho da indústria local neste ramo, alguns historiadores locais, valorizam *“o caráter pioneiro e espírito empreendedor”* dos imigrantes alemães na implementação dos primeiros negócios e posteriormente da indústria. Samagaia ressalta os traços culturais do imigrante europeu, principalmente o alemão, como um dos fatores principais na construção de um *“modelo econômico catarinense”*: branco, ideologicamente liberal e protestante.

Ao longo dos anos, o desenvolvimento da indústria têxtil garantiu à cidade uma grande projeção no cenário nacional. Até a década de 1980 do século passado, a cidade mantinha-se nesta posição. Nos anos 1990, as mudanças ocorridas em função da globalização da economia, dos avanços tecnológicos e principalmente da forma de gestão destes processos, vão atingir também a realidade local, resultando numa reconfiguração da economia local, diminuindo o setor industrial com aumento de outros se-

tores como comércio e serviços, ainda que não na mesma proporção, e também sujeitos aos efeitos destas mudanças.

Desde fins da década de 90 se foi assistindo uma precarização das condições de vida dos trabalhadores locais e suas famílias, o que, de certa maneira, passou a ser rotulada, ao menos provisoriamente, como “nova pobreza”, principalmente se for considerado, segundo Samagaia (2010, p. 74) o fato que grande parte dos trabalhadores nascidos na cidade ou os que para ela migraram, até a década de 80 ocupavam postos de trabalho na indústria geralmente por longos anos e com a certeza de aposentadoria. O rompimento das condições de trabalho e das perspectivas sociais asseguradas por um bem-sucedido modelo de desenvolvimento econômico até então, acabou por colocar os trabalhadores em permanente situação de insegurança e vulnerabilidade, redefinindo uma nova realidade social, fato agravado pela entrada de um novo fenômeno criminal com a expansão do tráfico de drogas e também uma nova forma de criminalização e violência a que esses trabalhadores e seus familiares passaram a conviver.

Mas é nessa Blumenau, que se orgulha de ser “branca” e construída por “gente que trabalha”, assim como em outras partes do país, descobre-se que o criminoso tem cor e é espacialmente “localizável”, tem residência, o que facilita as políticas públicas de estigmatização e controle punitivo, aplicando-se para estes sujeitos a Teoria da Vulnerabilidade de Zaffaroni (2014, p. 103). Os vulneráveis, os que pertencem à população mais empobrecida é a que está mais sujeita a violência do Estado e seus agentes, e sobre os quais se constrói o estereótipo do criminoso. Dessa forma, a espiral de perversidades se expande sobre estes que são os mais fragilizados e vão sendo definidas as práticas judiciais de controle e de “ordem”.

Carlos Siegfried Wahle (1974, p. 114) relata que ao lado da antiga prefeitura de Blumenau ficavam a cadeia pública e o escritório de delegacia, ambos ocupavam o mesmo prédio, porém em salas separadas. A cadeia pública ficava com as grades viradas para o lado do ribeirão Garcia, e todas as pessoas que utilizavam da ponte para se deslocar de um lado para outro do rio, visualizavam as pessoas encarceradas. Nesta época, conforme constam os registros históricos, os encarcerados da Cadeia Pública de Blumenau eram as pessoas consideradas desordeiras e festeiros de boates e raramente se recebia criminosos de grande periculosidade, os

“indesejáveis” eram os “não eram laboriosos”. Também consta dos dados históricos que várias pessoas foram encarceradas no período de nacionalização, quando a língua alemã foi proibida de ser falada publicamente. Porém, como Blumenau foi uma das cidades que recebeu um grande número de imigrantes alemães, não podia ser diferente, pessoas que eram flagrados falando a língua alemã em via pública eram presos, criando neste período, problemas de superlotação carcerária.

O Presídio Regional de Blumenau foi inaugurado em 02 de outubro de 1991, e naquela oportunidade, com disponibilidade de 60 vagas, sendo que, a partir daí, a população carcerária só cresceu e a estrutura física não, sempre sendo improvisadas mais celas, mais galerias, mais “puxadinhos”, sempre em condições físicas precárias e em total desrespeito às condições mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana.

Destaca-se que na época da pesquisa etnográfica (julho de 2015 a janeiro de 2016), o presídio abrigava novecentos e sessenta detentos, condenados e não condenados, somente homens.

Refletir acerca do sistema prisional brasileiro é necessário lembrar as impressões de Loic Wacquant (2001) quando conheceu o sistema brasileiro afirmou que se pareciam mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção, enfim: —O sistema penitenciário brasileiro acumula, com efeito, as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levada a uma escala digna do primeiro mundo, por sua dimensão e pela indiferença do político e do público (WACQUANT, 2001, p. 11). Essa é exatamente a impressão de quando se conhece de perto o Presídio de Blumenau.

Na ótica de Felipe Lazzari da Silveira (2016), o que causa espanto no caso brasileiro é que, mesmo após a consolidação de um imenso arcabouço de instrumentos protetivos dos direitos humanos em nível mundial, as violações no sistema prisional seguem ocorrendo em níveis extremamente elevados e em moldes que nos remetem ao passado, como às práticas punitivas medievais e as barbáries nos campos de concentração nazistas.

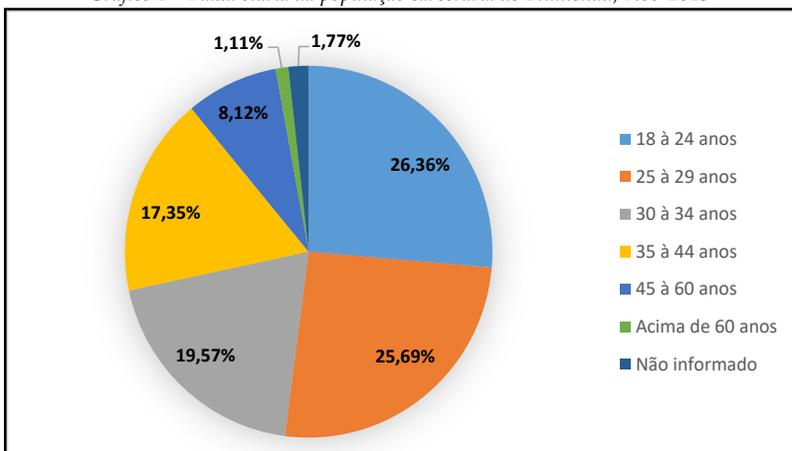
Aspecto importante para a leitura do ambiente prisional é detalhar as rotinas de ingresso dos presos. Assim, ao serem “conduzidos” ao Pre-

sídio Regional de Blumenau, os encarcerados são, num primeiro momento, alocados em celas denominadas provisórias. Trata-se de um compartimento quadrado de tijolos e cimento, com pequenos elevados sob os quais são distribuídos pedaços de espuma, para serem utilizados como camas. É um ambiente de dor onde a tristeza fica estampada em escritos e gravuras nas paredes das celas, que formam uma exposição de arte do medo e do sofrimento experimentados pelos rejeitados pela sociedade que são confinados e obrigados a uma coabitação sem privacidade, sem recursos, sem bens e serviços de caráter pessoal e, separados da família, são submetidos a um regime violento, asfixiante e torturante.

Com a finalidade de visibilizar o preso de Blumenau, assim como o perfil da população prisional brasileira, traçado com base nos dados da INFOPEN (Superintendência do Sistema Penitenciário – 2015), que apontou a conjuntura das pessoas presas como majoritariamente de jovens, de baixa escolaridade e de baixa renda, a população prisional do Presídio Regional de Blumenau, concentra sua maioria num público cuja faixa etária não ultrapassa os 45 anos.

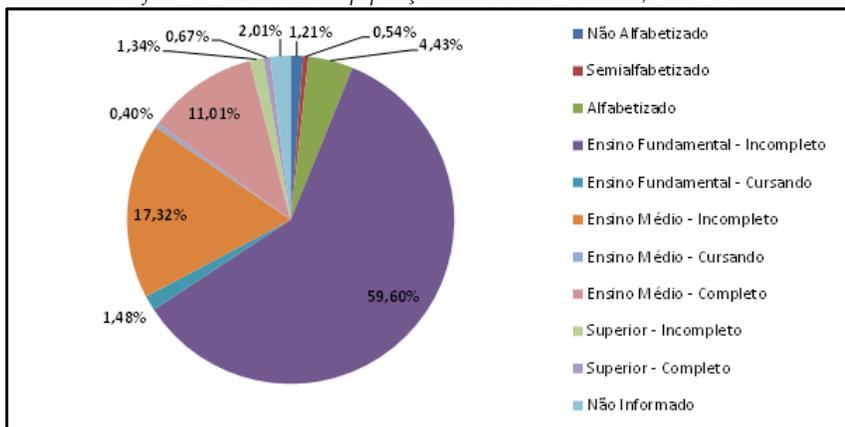
Conforme o gráfico 1, cerca de 26% dos apenados reclusos no complexo prisional de Blumenau são menores de 25 anos, outros quase 27% são menores 30 anos, o que, por si só, possibilita concluir que mais da metade dos privados de liberdade encarcerados em Blumenau tem menos de 30 anos. Este índice é bastante pertinente se comparado a média nacional, cujo percentual se assemelha.

Gráfico 1 – Faixa etária da população carcerária de Blumenau, Nov-2015



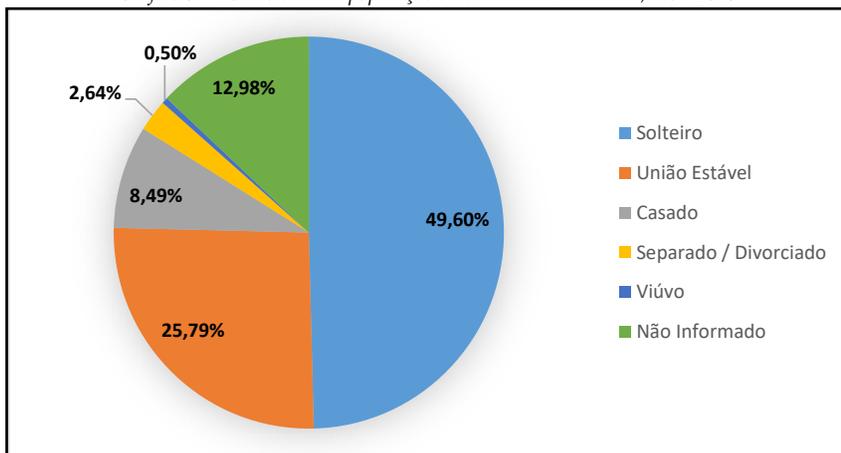
No que diz respeito à escolaridade, é possível notar que a população carcerária de Blumenau possui, em sua maioria, o ensino fundamental incompleto. E, conforme o gráfico 2, cerca de apenas 2% cursa o ensino superior ou já o concluiu.

Gráfico 2 – Escolaridade da população carcerária de Blumenau, Nov-2015



Os dados em relação ao estado civil da população prisional de Blumenau são apresentados no gráfico 3.

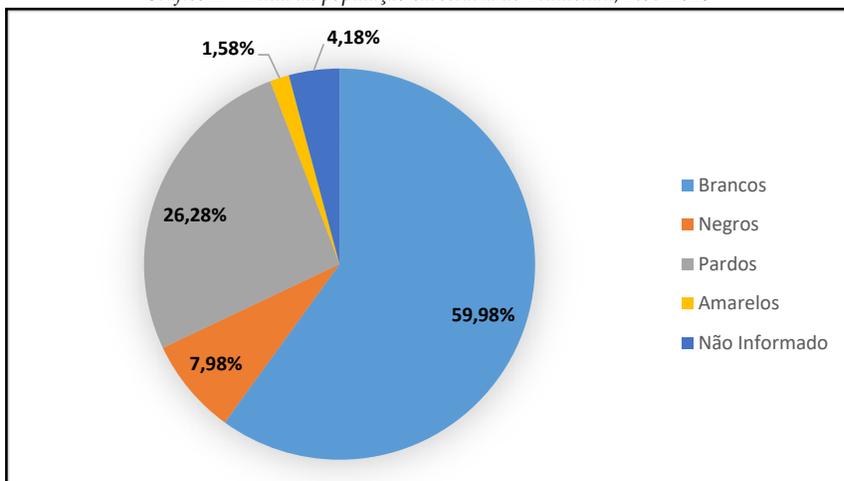
Gráfico 3 – Estado civil da população carcerária de Blumenau, Nov-2015



Novamente, o índice se assemelha a média nacional. Da amostra pesquisada, quase 50% denomina-se solteiros, índice este que pode ser explicado pela faixa etária dos reclusos, o que evidencia uma população prisional jovem.

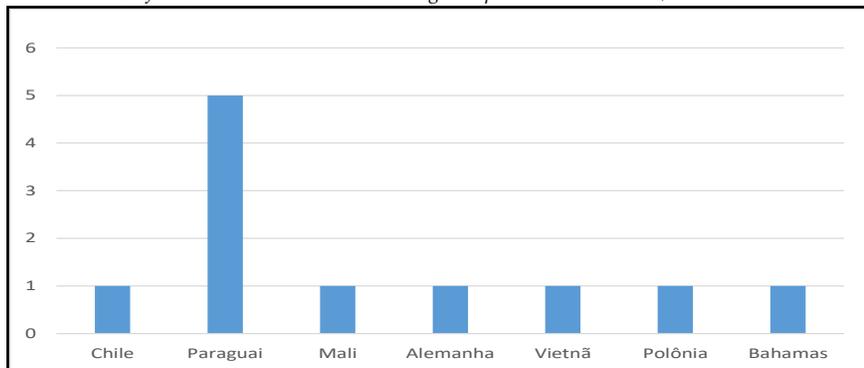
No que diz respeito à cor, raça e etnia, quase 60% dos presos é branca. Seguramente diferenciado dos dados nacionais pela própria trajetória histórica local e o processo de colonização diferenciado, mas que merece uma observação: comparando com os dados nacionais, 51% da população brasileira é de negros/pardos e temos nos cárceres brasileiros uma média de 67%, portanto, em Blumenau se encarcera muito mais negros que a média nacional, uma vez que na região Sul do Brasil, apenas 21% da população é de negros e pardos, e estão nos cárceres catarinenses 33%, então, pode-se afirmar, em uma análise superficial, no Presídio Regional de Blumenau temos mais negros e pardos do que a média estadual e nacional, na ordem de 34,26%, conforme dados da pesquisa etnográfica. Quanto aos demais presos 7,98% são negros e 26,28% definem-se pardos, então temos entre negros e pardos 34,26%.

Gráfico 4 – Etnia da população carcerária de Blumenau, Nov-2015



Outro dado que chamou a atenção quanto à população prisional da instituição em referência, é quanto à presença de pessoas de outras nacionalidades. Foram constatados apenas de outras 7 nacionalidades. Obviamente pela proximidade, foram identificados, conforme gráfico 5, 5 apenados paraguaios, e outros 6 detentos naturais do Chile, de Mali, da Alemanha, do Vietnã, da Polônia e de Bahamas, sendo 1 de cada nacionalidade.

Gráfico 5 – Nacionalidade dos estrangeiros presos em Blumenau, Nov-2015



Em relação à ocupação dos apenados antes de serem reclusos pelo sistema prisional, a população carcerária de Blumenau apresentou dados bastante dispersos. No entanto, um dado que chamou bastante a atenção, foi o grande número de pessoas desempregadas (129) à época da detenção. As características em relação à ocupação dos apenados poderia nos auxiliar na definição do perfil da população prisional em relação à renda, que geralmente trabalha informalmente, sem registro em carteira e sua renda é muito baixa, sempre próximo ao salário mínimo vigente no país.

Visto o grande número desempregados, e a concentração de certa maioria em funções denominadas primárias e tendo ainda como base a incidência de grande parte da população do presídio ser jovem e solteira, pode-se embasar que o perfil da população prisional do Presídio Regional de Blumenau se assemelha a maioria nacional.

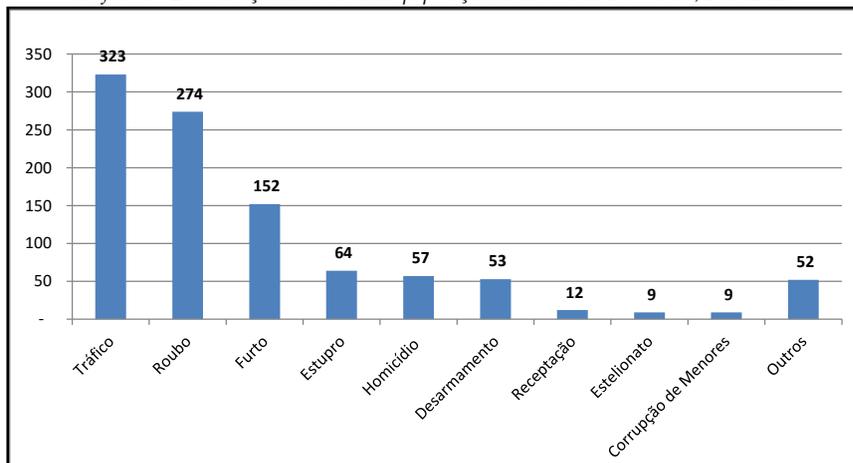
Os encarcerados em Blumenau em sua grande maioria são sujeitos empobrecidos, sem condições de pagar um advogado para sua defesa. Indivíduos que quando presos deixam às famílias à míngua, carentes inclusive de auxílio reclusão, em virtude da ausência de registro em carteira de trabalho, à época de sua prisão, daí justificando-se a assistência prestada pela Universidade Regional de Blumenau através de seus projetos de intervenção.

Tabela 1 – Profissão da população carcerária de Blumenau, nov – 2015.

Profissão	Quantidade	Profissão	Quantidade
Desempregados	129	Mecânico	18
Servente de Pedreiro	80	Agricultor	12
Pedreiro	65	Eletricista	9
Pintor	56	Tecelão	9
Serviços Gerais	44	Frentista	8
Auxiliar de Produção	41	Pescador	7
Vendedor	39	Empresário	7
Motorista	35	Garçom	7
Estudante	26	Aposentado	6
Autônomo	25	Metalúrgico	6
Carpinteiro	18	Outras profissões	189
Operador de Máquina	19	Não informado	43

O gráfico 6 faz referência à distribuição dos crimes registrados em Blumenau.

Gráfico 6 – Distribuição dos crimes da população carcerária de Blumenau, Nov-2015



Conforme o gráfico acima é possível concluir que o maior número de registros se refere a crimes ligados ao tráfico e ao patrimônio, demonstrando a forma seletiva e estigmatizante como funciona o direito penal, a reproduzir as desigualdades sociais de classe, gênero, cor etc. É uma forma de maniqueísmo, onde somente uma parte da sociedade pratica crimes, solidificando os estereótipos que marcam quem comete crimes.

## “Pena Cruel” desde a voz aos encarcerados

A seguir se passa a reproduzir parte da pesquisa realizada que teve como principal objetivo foi de colher e registrar o conceito de pena cruel na descrição de alguns dos presos entrevistados, selecionando-se os mais representativos, nos exatos termos dos depoimentos, preservando-as falas individuais para obter-se a melhor descrição do dia a dia, com a riqueza dos detalhes com que enxergam e sentem o cumprimento da pena a partir da resposta à pergunta: O que é uma pena cruel para você?

C.M.C.: —É aquela que acaba com os sonhos da gente, que retira tudo, a esperança de um dia sair melhor, a prisão dá depressão, sufoca, e isso é cruel, perder a vontade de viver.
C.J.: —Uso medicamento pra ansiedade, pois sou usuário de maconha e pedra desde os 10 anos de idade, e pra mim pena cruel é ser esquecido aqui dentro, aqui dentro nós não somos nada, a sociedade tem nojo da gente, não veem que somos pessoas iguais a todos, que temos saudade, que choramos, que se arrependemos, que ficamos triste e que amamos. Pena cruel é perder tudo, perder a dignidade, perder o respeito aqui dentro e lá fora.
A.L.C.: É isso aqui dentro, aqui é cruel, na cadeia você entra inocente e sai assassino, aqui você apanha por nada, não dá pra dizer nada, não dá pra falar da comida, de nada, que já vem chute nas costas. Cruel é estar inocente aqui dentro e apanhar, sinto muita revolta. Tenho saudade da minha mãe.
M.C.S.: —Cruel é fazer o que fazem com a gente, a gente fica ocioso aqui dentro, quer trabalhar, mas dizem que não tem trabalho pra todo mundo, daí a gente enlouquece, ficar sem fazer nada a gente pira, só pensa merda, desculpa, só pensa besteira, os dias não passam, as noite não passam. Já falei pro médico.
P.T.S.: —Sempre ouvi falar que a cadeia é depósito de gente, mas agora eu vejo que é pior, acho que colocam a gente aqui pra ver se a gente morre, isso aqui acaba com o amor próprio, a gente perde a identidade, pois somos tratados todos iguais, como bandidos. Quando eu sair daqui vou escrever um livro.
E.T.: —Isso aqui é um inferno, só sabe quem está aqui dentro. O dia não passa, a noite não passa. Tenho medo da polícia, já apanhei muito, esses parafusos na minha cabeça foi de uma surra, com pontapés na cabeça, quase morri. Sempre pensei que uma cadeia deveria ser como um hospital, onde receberíamos tratamento, remédio, médico, psicólogo. Sou soro positivo.

Não é difícil perceber que os presos entendem por tratamento cruel as condições gerais a que estão expostos, como superpopulação de presos, inadequada assistência médica, precárias condições de ventilação e iluminação das celas e pouco ou nenhum horário de sol, sujeira com até permanência de ratos, má qualidade na alimentação, tortura, humilhações, agressões físicas (com visíveis cicatrizes no corpo do encarcerado), agressões psicológicas (observado pela depressão, stress psicológico, tóxico dependência, tentativas de suicídio e a certeza de que as marcas do

cárcere acompanharão os detentos depois do período do cumprimento da pena) um intenso fervilhar de situações que não oferecem um mínimo de respeito à dignidade da pessoa detida na instituição prisional.

Apontaram ainda, a humilhação por que passam e que gera um sentimento de vergonha, fortalecendo cada vez mais os traumas psíquicos e impedindo qualquer tentativa de reinserção ou de papel positivo da pena, revelando-se apenas como acréscimo à punição decretada.

Enfim, os presos relataram como maus-tratos e crueldade das penas o sentido geral dado por Zaffaroni (1991, p. 135) que afirma que o preso é ferido na sua autoestima de todas as formas imagináveis, pela perda da privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc. A isso se juntam as condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária, etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades.

Pela voz dos encarcerados no Presídio Regional de Blumenau é cruel e infamante receber tratamento desumano ou degradante, através de uso de violência física, rebaixamento moral e abalo psicológicos, através de tratamento humilhante, tortura, opressão e abuso de autoridade, tudo somado à superlotação e às condições materiais deficientes da prisão.

Nesse Sistema Punitivo predomina a seletividade e avultam as desigualdades de classe, de gênero e de discriminação racial que se manifestam por fórmulas e funcionalidades aplicadas tanto pelos meios formais (o legislador, o Ministério Público, a polícia, ou juízes) quanto pelos informais (escola, família, mídia, mercado de trabalho, religião). Sem dúvida, os discursos emanados de vozes defensoras desse arcaísmo jurídico fortalece a ideia de que “pessoas de bem” devem ser preservadas da criminalidade representada pelo “inimigo”, e que o cárcere é visto como o neutralizador da ação de pessoas e de grupos sociais excluídos que, de forma endêmica e seletiva, patrocina o extermínio de “excedentes descartáveis”.

Nesse sentido, Pavarini (2012), ao fazer menção à crença de que em uma sociedade preocupada apenas em produzir e consumir o sistema punitivo corresponde às relações produtivas, considera que a relação cárcere-fábrica foi substituída pela relação cárcere-guerra contra inimigos. Para ele, o discurso do crime trocou o saber criminológico || pela racional-

lidade operativa dos sistemas. Essa mudança tem por objetivo gerir a criminalidade como risco da vida cotidiana, através de um método que não se preocupa em descobrir as causas pessoais ou sociais da criminalidade, mas reduzir o risco de criminalidade pela “neutralização seletiva de inimigos” (terrorista, pedófilo, delinquente habitual etc.).

Com efeito, o sentido político do paradigma punitivo brasileiro, em Blumenau em particular, visto pelo horizonte emancipador e crítico, é parte integrante do universo colonizador alinhado a um tipo de poder destituído de qualquer identidade com os interesses internos, já que se formou com a incorporação do aparato burocrático e profissional lusitano. Os elementos trazidos pela coroa portuguesa avançaram até se constituírem numa forma de poder legitimada pelos senhores da terra, os donos locais do poder.

Nessa esteira, ensina Zaffaroni (2013), que o modelo punitivo europeu se tornou o instrumento de poder colonizador que, por possibilitar a verticalização social (dando à sociedade europeia desde os séculos XII e XIII uma estrutura corporativa), conferiu, sobretudo à Península Ibérica, liderança na dominação e conquista e, quase simultaneamente, foram elaborados os discursos legitimadores desse modelo dominador em ascensão.

O modelo punitivo, verticalizador das sociedades colonizadas e ao mesmo tempo seletivo e discriminador considerando o nativo puro como biologicamente inferior e o mestiço como uma degeneração, chega ao século XXI celebrando um modelo de controle social punitivo estatal (formalizado ou institucionalizado no sistema penal) resultado de uma engenharia maniqueísta e moralista assentado de uma simplista lógica binária (justo/injusto; legal/ilegal; bom/mau).

Este padrão punitivo —escolhe os sujeitos que entram e sair desse perverso universo autorizado que se opõe à separação entre os artífices da seleção e aqueles que devem ser apartados. Na esteira do pensamento de Vera Regina de Andrade (2012), o controle social penal é uma longa e continuada produção de separações, lógicas adversariais, faturamento nas subjetividades por meio da qual o próprio ser humano é partido em mil pedaços (homem e mulher; branco e negro, proprietário e não proprietário, rico e pobre, cristão e ateu e também em cidadão e criminoso). Ao mesmo tempo divorciado de outros seres vivos (humanos, animais e vegetais) sob o aval de um saber técnico científico instrumental, tecnicista e monodisciplinar.

O resultado tem sido a convivência com uma profunda angústia social e violência difusa que se retroalimentam, delineando um cotidiano paranoico convertido em medo, patologia social e política alimentada pelo poder midiático. Essa angústia coletiva tem servido para deformar o consenso democrático inculcando a lógica que o Estado de Polícia é o único capaz de colocar fim ao – estágio hobbesiano primitivo do “*homo homini lúpus*”.

### **Considerações Finais**

Como empiricamente já conhecido a pesquisa revelou que o sentimento de medo e ansiedade dos encarcerados, tornam a prisão num mundo inseguro e incerto, cheio de punições, castigos, privações, decididos ao alvedrio da própria administração, sem controle ou defesa dos presos que assim se sujeitam a toda sorte de abuso.

Neste quadro, a prisão em Blumenau é o microsistema, tal qual define Foucault (1987). Os encarcerados são observados e vigiados num ambiente controlado, que serve ao “adestramento” e à despersonalização do detento, “coisificado”, despojado de seus pertences, submetido a revistas corporais ultrajantes e moralmente agredido.

Os habitantes do microsistema prisional blumenauense se constituem da parte mais vulneráveis da população do município. A maioria é de homens, jovens não brancos, desempregados à época da prisão, ou que trabalhavam em atividades de baixa remuneração, levando a crer que a criminalização é inerente à pobreza, crença que alimenta e retroalimenta o preconceito contra os excluídos socialmente que Bauman (2005) acertadamente nomeou de refúgio humano. A situação a que se sujeita a população do PRB é exemplo da seletividade apontada por Andrade (2012) para quem a seletividade é a função real do sistema penal em sociedades capitalistas patriarcais, com controle seletivo classista, sexista e racista. Seletividade, sabidamente, intrínseca ao sistema penal e que afronta o princípio constitucional da igualdade.

Em síntese, o sistema local reproduz e garante a aplicação de um modelo de pena cruel em sua essência que desde os primórdios históricos do país foi instrumento de manutenção de privilégios dos grupos dominantes e permanece sendo.

## Referências

- ANDRADE, V. R. P. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes: 1987.
- PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Curitiba: LedZe Editora, 2012.
- SAMAGAIA, Jacqueline. *Globalização e Cidade: Reconfigurações dos Espaços de Pobreza em Blumenau/SC*. Tese Doutoral. UFSC. 2010.
- SILVEIRA, Felipe Lazzari. *Como um anjo no inferno: sobre o papel do juiz na execução penal*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- WAHLE, S. C. *Cadeia Pública de Blumenau: Curiosidades de uma época*. In. Blumenau em Cadernos: Arquivo Histórico Ferreira da Silva, 1974.
- ZAFFARON, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- ZAFFARONI, Raul E. *A palavra dos mortos – Conferências de Criminologia Cautelar*. Coordenação e Revisão da tradução Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva. Coleção Saberes Críticos. 2014.

## CIDADE E CIDADANIA NAS FAVELAS

*Israel Bachi\**

*Leonardo da Rocha de Souza\*\**

---

---

### **Introdução**

As favelas têm representado um desafio social e jurídico, principalmente nas grandes cidades. São realidades que envolvem a escassez do básico para a dignidade humana, envolvendo saneamento básico, segurança, alimentação e educação. O Direito garante aos moradores das favelas esses e outros direitos, mas a Administração Pública costuma ter dificuldades para solucionar a exclusão social proveniente dessa realidade.

Há um abismo entre o que é e o que deveria ser. Das dicotomias entre demagogia e democracia, clientelismo e políticas públicas, especulação imobiliária e habitação digna, mercado e Estado, sobra para os moradores das favelas as consequências (e dificilmente os frutos). Da confusão entre público e privado, tem havido um grupo seletivo que usa e abusa dos recursos públicos, perpetuando a diferença abissal de classes.

Neste texto, pretende-se realizar uma breve reflexão sobre a realidade das favelas, envolvendo aspectos conceituais e as consequências sociais e jurídicas, principalmente em relação ao Direito à Cidade e à Cidadania. Como recorte epistemológico, a proposta é verificar, brevemente, como ocorreu a formação das favelas no Brasil, para contextualizá-las no tempo e no espaço. Assim, o passado, o presente e alguns conceitos são essenciais para saber os motivos pelos quais se chegou no quadro atual, isto é, mostrar o ciclo viciado e cancerígeno da produção de favelas desse país que impedem o exercício da cidadania aos mais pobres.

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bacharelado em Engenharia Geológica (UFPEL).

\*\* Pós-doutor em Direito (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor Efetivo da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Vice-líder do grupo de pesquisa CNPq/FURB 'Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça.

## Urbanização e a origem das favelas

O processo de urbanização no Brasil espelhou o restante do mundo. Ocorreu a partir do século XIX com a industrialização. A partir de 1930, com o avivamento da indústria, é que podemos considerá-lo efetivamente como um processo urbano. Um fator de relevância foi a mecanização da agricultura: o êxodo rural, fato que gerou o desemprego no campo, forçando tais pessoas, imigrantes e escravos, a procurar nas cidades um porto seguro. A década de 1960 marcou a primeira inversão populacional da história do país, ou seja, o perímetro urbano ultrapassou o número de habitantes da área rural. Hoje, mais de 80%<sup>1</sup> da população nacional é marcada pela vida nas grandes cidades, isto é, além de serem, predominantemente, encontradas nas cidades, elas vivem em grandes centros. Pode-se extrair, então, além da rápida urbanização, um processo de metropolização – a concentração das populações nas grandes cidades (SANTOS, 2012).

O tamanho das cidades, o número de habitantes, o avanço econômico e a oferta de infraestrutura, são fatores logicamente ligados ao histórico e formação das mesmas. Para falarmos do processo histórico de urbanização, trazemos o que diz Maricato, que relaciona também a industrialização com o processo urbanizador:

O Brasil deixou o século XIX com aproximadamente 10% da população nas cidades. Considerando o universo das Américas, o Brasil já apresentava cidades de grande porte desde o período colonial, mas é somente a partir da virada do século XIX e das primeiras décadas do século XX que o processo de urbanização da sociedade começa realmente a se consolidar, impulsionado pela emergência do trabalhador livre, a proclamação da república e uma indústria ainda incipiente que se desenrola na esteira das atividades ligadas à cafeicultura e às necessidades básicas do mercado interno. (MARICATO, 2011. p. 16-17)

---

<sup>1</sup> Conforme números mais precisos do IBGE: “A taxa de urbanização, medida pela proporção de pessoas que viviam em áreas urbanas, passou de 82,7% em 2004 para 85,1% em 2014, no Brasil. O aumento na taxa de urbanização não foi muito expressivo para o Brasil na década, mas na Região Norte houve o principal aumento, passando de 71,0% para 75,9%. Em 2014, a Região Nordeste apresentou a menor taxa de urbanização, 73,7%. Os Estados do Maranhão (59,2%), Piauí (67,5%), Pará (70,1%) e Alagoas (71,7%) apresentaram menores taxas, enquanto Rio de Janeiro (97,3%), São Paulo (96,6%), Distrito Federal (95,6%) e Goiás (92,2%) concentraram parte significativa de sua população em áreas urbanas” (SOARES, 2015).

Nessa relação, urbanização e industrialização, destacamos o pagamento de baixos salários feito pelos industriais da época, e mais: não propiciavam insumos, para que os trabalhadores construíssem suas moradias. A falta de planejamento levou tanto os desgarrados imigrantes, como os escravos livres, que eram a mão-de-obra usada na época, à miserabilidade sem a menor infraestrutura. Em ambos os casos, a situação foi imposta: a falta de planejamento foi crucial ao aumento da exclusão, com sequelas vistas ainda hoje. Essa realidade refletiu diretamente na formação das favelas.

“Falar de favela é falar da grande cidade no Brasil desde a virada do século XX” (SILVA, 2009, p. 26), o que aponta para uma íntima relação da formação das médias e grandes cidades, do processo de exclusão social próprio destas áreas. A cidade é também a favela, e a favela é também a cidade.

Queroiz Filho (2011) aponta que, se as favelas estão relacionadas à precariedade da habitação, elas teriam surgido já na vinda dos portugueses ao Brasil. No entanto, a palavra favela está mais associada, historicamente, à cidade do Rio de Janeiro do século XIX. No Rio de Janeiro, essas instalações eram denominadas cortiços, estalagens ou casas de cômodos. Eram associadas à insalubridade, proliferação de epidemias e antros de promiscuidade pelo grande número de habitantes que ali residiam. Elas foram responsáveis pelo abrigo dessa população mais pobre oriunda do campo que duplicou num curto prazo de tempo a população do Rio de Janeiro entre 1870 e 1890 (QUEIROZ FILHO, 2011, p. 34). Pela grande demanda habitacional, proprietários de lotes e casas centrais viram a possibilidade de lucro fácil, ofertando (construindo novos ou locando antigos quartos) cortiços (KOWARICK, 1988, p. 49-50) para suprir tal procura.

Nesse sistema, os proprietários cediam seus imóveis (térreos, sobrados, quintais e terrenos) a terceiros que investiam pequenas economias na construção de casinhas ou na subdivisão das existentes. Os proprietários pertenciam muitas vezes à nobreza, e os arrendatários eram pequenos comerciantes, geralmente portugueses, que produziam casinhas e exploravam também a venda ou a taverna anexa à estalagem. (...) Os aluguéis eram, em geral, exorbitantes e os rendimentos, fabulosos. Construir habitações coletivas tornou-se uma prática comum entre os proprietários e arrendatários de imóveis. (QUEIROZ FILHO, 2011, p. 35)

Os cortiços são considerados a “semente das favelas”, porque os agentes públicos da época, no intuito de erradicá-los da área central em nome da ciência (higienização), expulsaram as famílias carentes sem, em contrapartida, fornecer um local apropriado, o que culminou na procura, por essas famílias, de áreas até então “fora do comércio”. Ao transferirem o problema de lugar, os agentes automaticamente promoveram as primeiras ocupações em áreas que, até então, não eram propícias à moradia: encostas de morros, banhados, mangues e outros. Em termos conceituais, houve os primeiros casos de gentrificação na história do Brasil. Sempre em nome de uma “causa justa” a expropriação dos mais pobres, desde lá, vem diuturnamente acontecendo.

A favela tem sua toponímia ligada à chamada “guerra de Canudos”. Terminara a luta na Baía. Regressavam as tropas que haviam dado combate e extinguíram o fanatismo de Antônio Conselheiro. Muitos soldados solteiros vieram acompanhados de “cabrochas”. Elas queriam ver a Côrte... Esses soldados tiveram de arranjar moradas. Foram para o antigo morro de S. Diogo e, aí, armaram o seu lar. As “cabrochas” eram naturais de uma serra chamada Favela, no município de Monte Santo, naquele Estado. Falavam muito, sempre da sua Baía, do seu morro. E aí ficou a Favela nas terras cariocas. Os barracões foram aparecendo, um a um. Primeiro, na aba da Providência, morro em que já morava uma numerosa população; depois, foi subindo, virou para o outro lado, para o Livramento. Nasceu a Favela. (QUEIROZ FILHO, 2011, p. 36)

Parafrazeando Ralquel Rolnik, pode-se dizer que desde aquela época o apartheid à brasileira é promovido pela clara divisão de classes, fator que segrega a estrutura espacial das cidades. De um lado os mais ricos, de outro (a maior parte) os pobres: Em suas palavras:

Os espaços da cidade são política e socialmente diferenciados de acordo com os grupos sociais que nela habitam, de tal modo a definir “territórios” distintos. A grosso modo, os pobres amontoam-se em bairros precários e os ricos espalham-se em espaços monumentais. Ao mesmo tempo que há separação e recorte, ocorre um processo de identificação e reconhecimento internamente a cada região. Confinados em determinadas zonas da cidade, os grupos sociais acabam de certo modo controlando seus respectivos territórios e sobretudo identificando-se com eles. Assim o bairro segregado não é apenas um lugar no espaço da cidade, mas é o próprio grupo social que o ocupa e com ele se identifica. (ROLNICK, 1997, p. 69)

A concepção da favela traz um estigma negativo que não corresponde ao rico espaço urbano que representa. Em artigo, “O que é favela, afinal?”, diversos autores debruçam-se sobre o tema, dando uma nova roupagem:

Nós compreendemos que as favelas constituem moradas singulares no conjunto da cidade, compondo o tecido urbano, estando, portanto, integrado a este, sendo, todavia, tipos de ocupação que não seguem aqueles padrões hegemônicos que o Estado e o mercado definem como sendo o modelo de ocupação e uso do solo nas cidades. Estes modelos, em geral, são referenciados em teorias urbanísticas e pressupostos culturais, vinculados a determinadas classes e grupos sociais hegemônicos que consagram o que é um ambiente saudável, agradável e adequado às funções que uma cidade deve exercer no âmbito do modelo civilizatório em curso. (SILVA, 2009, p. 21)

É possível perceber algumas referências particulares constituintes desse território que ora integra, ora não, o contexto da cidade: a falta de investimentos, tanto estatais como privados (principalmente imobiliário, financeiro e de serviços); preconceito socioespacial para com seus moradores; edificações, em quase sua totalidade, feitas por autoconstruções, sem orientação das normas estatais técnicas; territórios ocupados predominantemente para fins de moradia com um alto nível de densidade habitacional; níveis de educação, econômicos e ambientais, abaixo da média, se levarmos em conta o restante da cidade; informalidade e subempregos marcando as relações empregatícias nessas regiões; ocupação de áreas com restrições ambientais; grande concentração de habitantes de origem negra, parda e indígena (dependendo da região do país); grau de soberania do Estado inferior ao restante da cidade, isto é, um estado ausente; altos índices de violência; e uma grande afetividade entre seus vizinhos, destacando uma socialização e valorização de espaços comuns (SILVA, 2009, p. 50).

### **A busca pela cidade**

Mesmo a cidade sendo fruto da necessidade de convivência e do desejo de um local pacífico, a elite dominante é quem dita e controla informalmente como é distribuído e organizado seu espaço, expulsando e deixando de fora dos muros – de seus planos – a maioria. Assim como antigamente esses muros serviam para afastar os malfeitores, assaltantes

e controle de entrada de camponeses desempregados, hoje, o traçado imaginário afasta da cidade (lugar com a maioria dos serviços e infraestruturas) aqueles que não têm recursos para comprar uma moradia nos termos impostos pelo Estado. Na história, o espaço urbano sempre foi utilizado como poder dos “verdadeiros donos do direito de morar” e manter seus domínios e privilégios além dos direitos normais dos comuns. “Nunca houve preocupação em definir um projeto de cidade, a curto, médio e longo prazos, mais abrangente, que contemplasse todos os aspectos do desenvolvimento e indistintamente todas as classes sociais” (RECH, 2007, p 131).

Harvey pondera que a urbanização, desde o início, foi uma concentração de renda (excedente de capital) e de pessoas; então, sempre foi um fenômeno de classes. Essa situação persiste sob o capitalismo, pois com a mobilização do excedente, emerge uma estreita conexão entre o capitalismo e a urbanização. O saldo do reinvestimento ininterrupto “é a expansão da produção de excedente a uma taxa composta, daí a curva lógica (dinheiro, produto e população), ligada à história da acumulação de capital, paralela à do crescimento da urbanização sob o capitalismo” (HARVEY, 2008, p. 77).

As condições de vida na favela podem gerar um empecilho para seus moradores no exercício do Direito à Cidade.

As pessoas com menor poder aquisitivo, dessa forma, investem mais do seu salário (proporcionalmente) em relação aos que têm maior poder aquisitivo na manutenção das condições básicas de vida. Além dessa desigualdade relacionada à proporção, podemos acrescentar a necessidade que o pobre tem de gastar mais para manter-se em virtude das condições de vida que lhe são impostas. Até mesmo os direitos dos pobres, mesmo que sejam em igual número em relação aos direitos dos ricos, podem ter menos força, por que a hipossuficiência dos pobres torna esses direitos insuficientes e dificulta o acesso. (SOUZA, 2014, p. 189)

A população das favelas não costuma estar lá por sua livre escolha (SOUZA, 2014, p. 189). Face à imposição, no Brasil a suburbanização e as ocupações periféricas, além da óbvia promoção pela inércia pública, são inversamente proporcionais à concentração de riquezas: quanto menor os salários, maiores serão as chances de habitá-las. Isso parece uma constante na história do Brasil, envolvendo descaso público, baixos salários, além de:

precariedade da organização espacial (ruas estreitas, de traçados irregulares, não carroçáveis, dificuldade de circulação de pedestres); dificuldade de acesso a partir do entorno urbanizado e circulação interna precária; precariedade de infra-estrutura (redes de água e esgoto não oficiais ou inexistentes; coleta indireta de lixo; inexistência de varredura das vias e limpeza de cursos d'água; drenagem inexistente ou insuficiente); precariedade e/ou dificuldade de acesso a equipamentos coletivos (escolas, creches, centros sociais, postos de saúde, praças e quadras de esporte); precariedade das construções residenciais e comerciais (materiais construtivos, insolação, aeração, falta de telhado, revestimento externo); falta de regularização fundiária (títulos formais de propriedade); ausência de regularização urbanística (normas e fiscalização sobre o uso e ocupação do solo e sobre posturas, alvarás de funcionamentos de estabelecimentos, denominação oficial de logradouros, habite-se das edificações, irregularidade fiscal (imóveis não constam dos cadastros imobiliários, não são tributados, não pagam tarifas pela prestação de serviços públicos); e, imóveis habitados, predominantemente, por população de baixa renda. (SILVA, 2009, p 26)

Hegel quando trata da metáfora do senhor e do escravo, nos ajuda a compreender como ocorre o processo de não-reconhecimento entre os considerados cidadãos e os moradores de favelas. O senhor está para o cidadão, assim como o escravo está para o morador da favela. Kojève ensina:

A relação do senhor e do escravo não é, portanto, um reconhecimento propriamente dito. Para melhor compreender, analisemos o ponto de vista do senhor. O senhor não é o único a ser considerado como senhor. O escravo também o considera como tal. Logo, o senhor é reconhecido por alguém que ele não reconhece. E nisso está a insuficiência – e caráter trágico – de sua situação. O senhor lutou e arriscou a vida pelo reconhecimento, mas só obteve um reconhecimento sem valor para si. Porque ele só pode ficar satisfeito com o reconhecimento por parte de alguém que ele reconhece como alguém digno de reconhecer. A atitude do senhor é, pois, um impasse existencial. (KOJÈVE, 2002, p. 23)

Kojève, ao interpretar a dialética do senhor e do escravo em Hegel, percebe a problemática dessa relação por sua própria condição. Para o autor, fica claro quando Hegel usa a metáfora frente à natureza, a falta de harmonia social que gera tal situação. Aparentemente, é saudável a relação do escravo com ela – a natureza -, pois tem a consciência dos seus limites; e o senhor, ao abdicar-se dela e do trabalho de transformá-la, perde a noção de sua dimensão. Então o escravo, que a domina, pode tam-

bém criar meios adequados para emancipar-se e alcançar sua autonomia. Mas é agora que se centra a questão. Não consegue, pois não tem a plena liberdade para tal, isto é, autonomia necessária de si, tendo em vista que vive no imaginário vazio e sem reconhecimento dos senhores/cidadãos.

### **A busca pela cidadania**

A mesma relação se dá com a cidadania. O morador da favela, pela necessidade, acaba por criar uma certa consciência cidadã de alteridade com o próximo, interagindo em suas comunidades, lutando por direitos, utilizando juntos o transporte coletivo, isto é, são forçados a conviver com o próximo mais próximo. Logo, por bem ou por mal, sua relação com o outro é mais viva, rica, real e necessária. Mesmo assim, apesar do contato com o outro e a possível identificação, a ausência de liberdade pela própria condição indigna torna precário seu sentido. Um processo que empobrece ainda mais o sentido de ser, até mesmo, contra-dialético, pois, tanto um lado como o outro saem enfraquecidos da relação (KOJÈVE, 2002, p. 28). Em suma, enquanto um espera reconhecimento, o outro não o reconhece.

Há ainda um fator que deixa mais danosa a ótica em relação ao outro, tornando essa visão ainda mais estrábica. A alienação é um conceito marxiano que em decorrência do capitalismo torna a percepção do outro, por consequência, a de si mesmo, um processo ainda mais deturpado (SCARPI, 2012, p. 189). Os indivíduos são demarcados como coisa, num processo de bestialização e mercantilização de si mesmos.

Como mercadoria, a vida lhe é usurpada, valores são transformados em preços, tudo lhe é estranho e sem sentido, pois somente será alguma coisa, nunca um ser consciente de si. Dentre inúmeros exemplos que poderíamos citar escolhemos Freire que ensina sobre o termo ao tratar de um caso corriqueiro no senhorio brasileiro:

O ser alienado não procura um mundo autêntico. Isto provoca uma nostalgia: deseja outro país e lamenta ter nascido no seu. Tem vergonha da sua realidade, Vive em outro país e trata de imitá-lo e se crê culto quanto menos nativo é. Diante de um estrangeiro tratará de esconder as populações marginais e mostrará os bairros residenciais, porque pensa que as cidades mais cultas são as que têm edifícios mais altos. Como o pensar alienado não é autêntico, também não se traduz numa ação concreta. (FREIRE, 1981, p. 19)

As palavras ‘alienado’ e ‘estrangeiro’ passam a sensação de afastamento e distância que a alienação causa entre os seres. Mesmo próximos, os indivíduos estão longe, mas não somente entre eles, estão longe de si mesmos. Afastados de sua própria vida, da realidade. Estrangeiros de si mesmos. É um eterno sentimento de não pertencer a lugar nenhum pela falta de identificação. E, enquanto “coisas”, somente podem existir, logo ser, se se negociam com o outro, numa troca utilitária de coisas por coisas. Por isso que vivemos tão “bem” numa sociedade de consumo. Tratar o outro como mercadoria para ser tratado como uma, afastando o indivíduo da sua condição real de ser e da sua interação na polis como participante político, gozando de direitos, mas obrigado também a cumprir certos deveres à vida comum.

Ademais, o termo estrangeiro é interessante, pois amplia tanto a análise de Marx como Hegel e do próprio Freire nas percepções dialéticas com o mundo. Ora, ao tratar das relações e essas ao se darem de diversas formas de percepção do outro, de si e do mundo, ganham tantas quantos forem tais relações.

Camus encaixa-se nessa ótica. Ao escrever o livro “O Estrangeiro” (1942) descreve um indivíduo alheio à vida, alienado. A narrativa do livro relata um personagem que não consegue ter sensibilidade em relação à vida e sua condição. Mas ele é consciente de si e das relações de dominação social, o personagem principal protagoniza e espelha uma forma de alienação consentida, e simplesmente ignora o próprio sentido de ser de tal situação. O personagem não leva em consideração, isto é, não lhe causa nenhuma sensação, mesmo a par de fatos que o colocam em tal situação. Desdém traduz bem tal alienação. Contudo, no final do livro, o autor dá pistas de como transcendê-la. Esboça uma saída na concepção do absurdo da existência, sintetizando sua visão de sentido na vida.

O absurdo está justamente em tudo, na vida propriamente concebida pelo absurdo, mas percebê-lo é também transcendê-lo, assim encontrando um sentido do ser no próprio absurdo da existência. A liberdade da percepção como ferramenta à emancipação. O absurdo é a transição e passagem necessária à percepção do real. Aplicado no contexto da favela, podemos dizer que é perceber, por exemplo, que o sentido está na própria busca por identidade – a luta pelo sentido como espaço-outro.

Podemos dizer que o diferente – o outro – acaba por enriquecer o indivíduo, as próprias teorias por ele feitas e, lógico, enriquecer a vida na

urbe. Ocorre algo semelhante em termos biológicos quando a perda da variabilidade genética se reduz ocasionando baixa na capacidade adaptativa das populações. Em sentido oposto, analogamente, ocorre o mesmo com o isolamento alienado do enclausuramento condominial.

O diálogo e as trocas sociais são fundamentais para evitar o atrofiamento e compreender melhor a vida, pois é somente assim que o diferente é assimilado e incorporado ao indivíduo, tornando-o mais apto e rico para enfrentar as adversidades da vida.

Enfim, como vimos, diversas problemáticas podem ser elencadas quando falamos do olhar sobre/da favela. Quando pensamos na condição do morador da favela e como ele vê, se vê e é visto no contexto da cidade. Ou seja, tentamos mostrar outra faceta da ausência, vista na relação entre os indivíduos. A ausência de si, do outro e, principalmente, ausência da cidade.

### **Considerações finais**

O direito à cidade é um direito coletivo, no qual o coletivo (todos da cidade) é responsável pelo processo urbanizador. É um direito que garante a inclusão, e por isso precioso e dos mais negligenciados. Quando todos têm o direito de participar na construção de nossas cidades, é assegurado um equilíbrio e uma distribuição mais justa dos ônus e bônus inerentes do processo aos envolvidos. Por suas características, então, é um dos principais direitos humanos, já que a cidade é a obra que representa seus moradores.

Nesse contexto, as favelas, apesar de suas várias qualidades humanas e espaciais, representam a ausência, tanto do direito à moradia quanto o direito à cidade. Caracterizam-se pela falta do título de propriedade, irregularidades nas vias de circulação e do tamanho e forma dos lotes, e a carência de serviços públicos essenciais (como coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública). Representam também a precarização de direitos, ou quando há a igualdade de direitos, pela sua condição de vulnerabilidade, pois os moradores desses locais despendem mais recursos para ter acesso a tais direitos.

É necessário, por isso, a integração entre cidade e favela. Dar dignidade preservando suas idiossincrasias e espaços e suprimindo as carên-

cias, é dever não só da Administração Pública, mas de todos os moradores da cidade.

## Referências

CAMUS, Albert. *O Estrangeiro*. Trad. Antônio Quadros. 1942.

FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1981.

HARVEY, David. The right to the city. *New Left Review*, n. 53, 2008, p. 23-40. Disponível em: <<https://newleftreview.org>>. Acessado em 14/10/2018.

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Contraponto/EdUERJ, 2002.

KOWARICK, Lúcio; ANT, Clara. Cem anos de promiscuidade: o cortiço na cidade de São Paulo. In: KOWARICK, Lúcio. *As lutas sociais e cidade: São Paulo passado e presente*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades*. Alternativas para a crise urbana. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

QUEIROZ FILHO, A. P. de. Sobre a Origem das Favelas. *Mercator*, Fortaleza, v. 10, n. 23, p. 33-48, set./dez. 2011.

RECH, Adir Ubaldo. *A exclusão social e o caos nas cidades: Um fato cuja solução passa pelo direito como instrumento de construção de um projeto de cidade sustentável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2007.

ROLNICK, Raquel. *A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo*. São Paulo: Studio Nobel, Fapesp, 1997.

SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão*. 7 ed. São Paulo: EDUSP, 2012.

SCARPI, Vinícius. A questão concreta da cidadania e a centralidade da teoria da alienação de Marx. *Revista Direito e Práxis*, vol.3, n.5, 2012, p. 188-217.

SILVA, Jailson de Souza de. *O que é favela, afinal?* Rio de Janeiro: Observatório de Favelas do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2PyTf71>>, acessado em 14/10/2018.

SOARES, Barbara Cobo. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2015*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br>>. Acesso em: 07/06/16.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. Democracia Deliberativa e Justiça Ambiental. *Revista Internacional de Direito Ambiental* – vol. III – nº 08, p. 187-207, maio-agosto de 2014.

**O CONFLITO ENTRE AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO  
PERMANENTES E O DIREITO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO:  
10 ANOS DO DESASTRE DAS ENCHENTES DE NOVEMBRO 2008  
OCORRIDAS NO VALE DO ITAJAÍ/SC**

*Nicolau Cardoso Neto\**

---

### **Introdução**

O Brasil vem passando por alterações no seu sistema jurídico ambiental, no ano de 2012 foi sancionada nova lei Federal sobre a proteção da vegetação nativa (Lei 12.651/12) que revogou o Código Florestal Brasileiro de 1965 (Lei 4.771/65). Muito foi discutido sobre a importância das Áreas de Preservação Permanente – APP e novos parâmetros foram definidos para estas áreas a serem protegidas pelos proprietários de terra.

Estes parâmetros de APP estão historicamente causando conflitos de interesse entre aqueles que querem utilizar e ocupar o solo e a necessidade de proteção das margens dos cursos de água, encostas e topo de morro, segundo critérios definido em lei. Assim, este conflito expõe o interesse da sociedade pelo direito fundamental à moradia e a necessidade de proteção das áreas de preservação. O choque destes interesses tem provocado diferentes mazelas para a sociedade e para o meio ambiente, como foi possível perceber no evento climático que aconteceu no Vale do Itajaí no estado de Santa Catarina no Sul do Brasil em novembro de 2008.

Esta exposição do conflito atenta para o conceito de Sociedade de Risco de Ulrich Beck que determina que as sociedades que se organizam

---

\* Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) convênio Edital n. 002/2013 (DINTER UNISINOS/FURB) CAPES AUXPE/PROEX 595/2014 Processo 23038.009170/2012-70, Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade de Blumenau (FURB), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Ambiental pela Fundação Boiteux (UFSC). Professor da Universidade de Blumenau (FURB) Blumenau/SC. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Diferenciação, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Advogado. E-mail: nicolau@scambiental.com.br.

buscando a inovação, a mudança, e a ousadia, pretendendo tornar previsível e controlável o imprevisível, tentando controlar o incontrollável e sujeitando-se aos efeitos negativos destas decisões podem expor a sua sociedade a riscos.

Esta discussão pela definição de novos parâmetros de proteção florestal passa necessariamente por uma pergunta: O Direito Fundamental à Moradia pode estar enfrentando um conflito, criando um paradoxo entre o conceito e a aplicação de Áreas de Preservação Permanentes e o Direito de uso e ocupação do solo?

Assim, o objetivo geral deste estudo será analisar o reflexo do conceito de Área de Preservação Permanente e o uso e ocupação do solo como direito fundamental à moradia frente ao conceito de Sociedade de Risco de Ulrich Beck.

Já os objetivos específicos serão: demonstrar a evolução do conceito de Área de Preservação Permanente e dos parâmetros definidos para as faixas marginais de qualquer curso de água; analisar a Teoria de Sociedade de Risco; e, expor o conflito existente entre a aceitação dos parâmetros de proteção e o uso dos espaços de risco no caso das enchentes do Vale do Itajaí de 2008.

### **Conceito de área de preservação permanente**

Há algum tempo o legislador Brasileiro vem trabalhando o conceito de floresta e a definição de áreas especialmente protegidas. Um dos primeiros instrumentos legais que procurou trabalhar este tema foi o Decreto 23.793/34 que trouxe quatro classificações para o conceito de Floresta, sendo elas: “protectoras, remanescentes, modelo e de rendimento”.

As florestas protetoras, conforme o artigo 4º do Decreto, eram aquelas que serviam para os seguintes fins: conservação do regime das águas; impedir a erosão pela ação de agentes naturais; fixar dunas; auxiliar na defesa das fronteiras; garantir as condições de saúde pública; proteger sítios de beleza impar; e asilar espécies raras da fauna nativa (BRASIL, 1934).

As florestas remanescentes, segundo expõe o artigo 5º do Decreto 23.793/34, eram aquelas que formavam parques nacionais, estaduais ou municipais. As que abundavam e se cultivavam espécies valiosos, ao

qual a conservação era considerada importante por interesses biológicos e estéticos, ou aquelas em que o poder público quisesse reservar para pequenos parques e bosques para uso e gozo público (BRASIL, 1934).

Já, as florestas modelo, definidas pelo artigo 6º, eram as aquelas artificiais que eram compostas apenas por uma, ou por limitado número de espécies nativas ou exóticas. As demais florestas que não foram citadas eram consideradas de rendimento, conforme prevê o artigo 7º do Decreto 23.793/34 (BRASIL, 1934).

O Código Florestal de 1934 não definia parâmetros numéricos de referência para áreas de proteção no entorno de corpos de águas, encostas, morros e outros. A percepção da época ainda não fazia com que houvesse a necessidade de definir limitações a propriedade, fossem elas rurais ou urbanas, trabalhava-se apenas a conceituação dos tipos de florestas confirme seus usos.

Por sua vez, o Código Florestal de 1965, que revogou o decreto de 1934, apresentou inovação ao definir parâmetros numéricos para as faixas marginais de qualquer curso de água que foram alterados posteriormente pelas Leis 7.511/86, 7.803/89 e pela Medida Provisória 2.166-67 de 2001.

Em 2012, após grandes discussões e intervenções políticas, foi sancionada a Lei 12.651/12 que revogou o Código Florestal de 1965 e foi chamada, em sua ementa, de Lei de Proteção da Vegetação Nativa. Em ambas as leis, o conceito de Área de Preservação Permanente – APP foram definidos e são muito semelhantes, para a Lei atual APP, segundo o artigo 3º, é:

Área de Preservação Permanente – APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (BRASIL, 2012)

Já para o Código Florestal de 1965 o conceito de APP, válido até o dia 27 de maio de 2012, era:

Área de Preservação Permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e

flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas. (BRASIL, 1965)

É possível perceber que o conceito para ambas as leis são praticamente os mesmos, o que difere são pequenas alterações na redação, mas que não alteram o sentido e a compreensão final do que são e qual sejam os objetivos destas áreas, estando elas cobertas ou não por vegetação nativa. As APPs possuem uma função ambiental bem definida do qual tutelam a proteção dos recursos hídricos, paisagem, estabilidade geológica, biodiversidade, fluxo gênico, proteção do solo e por fim a proteção das pessoas humanas.

Em ambos os conceitos é possível perceber que a grande intenção de proteção das áreas de preservação permanente tem a finalidade ambiental, mas com a intenção de proteção da dignidade da vida humana.

Nestes diferentes instrumentos legais distintos foram os parâmetros definidos para a proteção das faixas marginais de qualquer curso de água desde a primeira versão da Lei 4.771/65, suas alterações e a nova Lei. Para facilitar a análise foi organizada uma Tabela apresentada a seguir que mostra a evolução do parâmetro numérico conforme foram definidas pelas leis e suas alterações. As colunas da Tabela 01 trazem os parâmetros definidos pelas leis levando em consideração o menor para o maior parâmetro de proteção.

<b>Tabela 01 – Evolução Federal dos Parâmetros de APP nas faixas marginais de qualquer curso d'água natural</b>			
<b>Lei 4.771/65 Primeiro Parâmetro</b>	<b>Lei 7.511/86 1º Alteração</b>	<b>Lei 7.803/89 2º Alteração</b>	<b>Lei 12.651/12</b>
5m para rios com menos de 10m de largura	de 30m para os rios de menos de 10m de largura	de 30m para os cursos d'água de menos de 10m de largura	30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura
igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 m a 200m de distância entre as margens	de 50m para os cursos d'água que tenham de 10 a 50m de largura	de 50m para os cursos d'água que tenham de 10 a 50m de largura	50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura

de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros	de 100m para os cursos d'água que meçam entre 50 e 100m de largura	de 100m para os cursos d'água que tenham de 50 a 200m de largura	100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura
	de 150m para os cursos d'água que possuam entre 100 e 200m de largura	de 200m para os cursos d'água que tenham de 200 a 600m de largura	200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura
	igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200m	de 500m para os cursos d'água que tenham largura superior a 600m	500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros
			Exceções Das Áreas Consolidadas em Áreas de Preservação Permanente (Art. 61-A)

Fonte: Do Autor.

Esta evolução histórica dos parâmetros exhibe que houveram alterações significativa do parâmetro de 1965 para 1986 e depois para 1989 que foram mantidos pela Lei de 2012, mas o que mais chama a atenção são as exceções que foram apontadas na Lei 12.651/12 no seu artigo 61-A, Tabela 02, onde a intenção do legislador foi proteger as áreas ditas como consolidadas para os imóveis rurais de forma a oferecer parâmetros numéricos menos restritivos que os apresentados no artigo 4º da Lei de Proteção da Vegetação Nativa.

<b>Tabela 02 – Exceções Artigo 61-A</b>		
Imóveis rurais com área consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d'água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em: (independente da largura do curso d'água)		
de até 1 (um) módulo fiscal		5 (cinco) metros
entre 1 (um) e 2 (dois) módulos fiscais		8 (oito) metros
entre 2 (dois) e 4 (quatro) módulos fiscais		15 (quinze) metros
entre 4 (quatro) e 10 (dez) módulos fiscais	20 (vinte) metros	Vetado
	nos demais casos	em extensão correspondente à metade da largura do curso d'água, observado o mínimo de 30 (trinta) e o máximo de 100 (cem) metros

Fonte: Do Autor.

Percebe-se a intenção do legislador em resguardar a integridade econômica e financeira das pequenas propriedades, contudo chama-se a intenção para a possibilidade de um tratamento desigual aos iguais. Como este não é o foco principal deste artigo, o tema não será aprofundado, a intenção é mostrar que existem parâmetros que foram definidos historicamente e que por tanto deveriam ter sido respeitados pelos proprietários de terras, sejam elas urbanas ou rurais, quando estivessem utilizando e ocupando o solo próximo a qualquer curso de água natural.

### **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck**

A questão do risco nas sociedades atuais deve ser vista como resultante das decisões, dos fatos, dos fenômenos, que após serem definidos como soluções para os problemas estruturais das sociedades industriais, acabam apresentando ameaças sociais em razão das consequências futuras inesperadas, imprevistas ou mesmo aceitas como responsabilidades da sociedade por assumirem os riscos de viver em uma determinada conformação social.

Douglas (1996) afirma que os indivíduos assumem os riscos a partir do momento que aceitam conviver com os hábitos de uma determinada forma de sociedade. Os indivíduos assumem as responsabilidades e os riscos ao viverem e usufruírem os resultados da industrialização a partir do momento que aceitam partilhar de uma determinada forma de sociedade contemporânea. Tal forma de estruturação social expõe o indivíduo a determinados riscos, sendo estes muitas vezes conscientes e determinados, mas que em várias situações não podem ser determinados ou medidos.

A partir do momento em que se aceita conviver com esta indeterminação consumindo e dispondo desta emergência do capitalismo industrial, assumem-se as responsabilidades e as consequências de seus atos. Tais riscos acabam sendo absorvidos e aceitos como necessários à manutenção da vida deste modelo de sociedade, passando a fazer parte do convívio e da realidade diária das pessoas e da natureza.

Um exemplo deste comportamento é a ocupação das matas ciliares e zonas úmidas, tendo como consequência enchentes, assoreamento do rio, problemas de abastecimento de água, eutrofização dos rios, problemas sociais, estiagem etc. Estes problemas originados pelo convívio do cidadão com os riscos e vulnerabilidade que a sociedade contemporânea

oferece em troca das facilidades, comodidades, benefícios e produtos industrializados, que a emergência do capitalismo industrial oferece, constituem-se no grande dilema da civilização moderna. Este modelo de exploração dos recursos economicamente apreciáveis se organiza em torno das práticas e dos comportamentos potencialmente produtores de riscos. Nossa sociedade e o modelo capitalista de organização acabam submetendo e expondo o meio ambiente e a população ao risco de forma progressiva e constante (DOUGLAS 1996).

O conceito de risco caracteriza as sociedades que se organizam buscando a inovação, a mudança, e a ousadia, pretendendo tornar previsível e controlável o imprevisível, tentando controlar o incontrolável e sujeitando-se aos efeitos negativos destas decisões. A proliferação das ameaças imprevisíveis, invisíveis, para as quais os instrumentos de controle falharam é típica do novo modelo de organização social caracterizado pelo encontro com a fase do desenvolvimento da modernização, onde as transformações produzem consequências que expõe as instituições de controle e prevenção das indústrias a críticas, fato que constitui para Beck (1998) a Sociedade de Risco.

O conceito de Sociedade de Risco segundo Beck (1998) aborda exatamente a transformação das ameaças civilizatórias da natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas do sistema e é este desafio do presente e do futuro que justifica o conceito de Sociedade de Risco. Beck (1998) ainda suscita sobre a contradição de continuar vivendo o risco conhecendo e/ou reconhecendo os perigos, sendo este um ponto em torno do qual surge a importância do debate acerca das medidas e dos valores limitantes das consequências a curto e longo prazo.

A lógica da produção industrial, do progresso técnico e econômico dominam a lógica da produção de riscos e a Sociedade de Risco deveria reverter esta situação. A consequência da modernização se pauta em ameaças irreversíveis à vida das plantas, dos animais e dos próprios seres humanos.

O efeito secundário da socialização da natureza é a socialização das destruições e ameaças sofridas pela natureza com a sociedade; estas por sua vez transformam-se em conflitos econômicos, sociais e políticos impostos pelos efeitos sofridos em função da destruição e uso inadequado do meio ambiente. O resultado não poderia ser outro que não a ameaça à saúde, à vida em sociedade e à economia. Esta cadeia de eventos a-

tinge a todos fazendo nascer um novo desafio, o da globalização dos problemas originados pelas políticas de super industrialização (BECK, 1998).

A incapacidade das políticas de segurança somada às falhas na gestão dos perigos, a quantidade de acidentes de proporções ímpares e a previsão dos riscos das decisões relativas ao desenvolvimento econômico e a frequente inovação tecnológica, antes confiada ao resultado de juízos de valores de probabilidade estatística, expõe ao público a falência dos programas institucionais de cálculo dos efeitos adversos das decisões destes processos, sendo esta a ideia central das sociedades de risco (LEITE, 2004).

Há a necessidade de o homem começar a prestar mais atenção nas atuações em prol do coletivo e desvencilhando-se do pensamento individualista. O momento é de pensarmos em conjunto a favor do meio ambiente de forma sustentável, ou seja, consumindo apenas o necessário e trabalhando na manutenção da qualidade da vida da Terra em prol da natureza.

A natureza deve ser pensada como fonte de recursos limitados, os diferentes ciclos responsáveis pela manutenção da qualidade de vida devem ser preservados, assim como as Áreas de Preservação Permanentes, que são tão importantes para a vida dos rios, da terra e dos seres vivos. Devemos respeitar estas peculiaridades e devemos trabalhar em prol da dignidade da vida humana.

### **Breve caracterização do desastre das enchentes no Vale do Itajaí de novembro 2008**

Os eventos de novembro de 2008 levaram a região do Vale do Itajaí no estado de Santa Catarina, sul do Brasil, aos estados de Calamidade Pública e de Situação de Emergência. Quatorze (14) municípios decretaram Calamidade Pública e sessenta e três (63), Situação de Emergência. Segundo informações da Defesa Civil de Santa Catarina, foram um total de cento e trinta e cinco (135) óbitos, dois (02) desaparecimentos, setenta e oito mil seiscentos e cinquenta e seis (78.656) desabrigados ou desalojados. O universo de pessoas atingidas foi de um milhão e meio (1.500.000) de pessoas, sendo cento e três mil (103.000) apenas na cidade de Blumenau. A quantidade de pessoas atingidas em Blumenau representa mais de um terço da população total que é estimada em duzentos e noventa e

dois mil novecentas e setenta e duas (292.972). Todos estes números demonstram a magnitude da catástrofe e sua importante abrangência (COMISSÃO TÉCNICA TRIPARTITE ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE, 2009).

Do ponto de vista econômico, alguns dados dão ideia da dimensão do desastre. A perda da indústria catarinense foi estimada em R\$860 milhões, os prejuízos para as micro e pequenas empresas catarinenses giram em torno de R\$520 milhões, os investimentos na recuperação de pontes, viadutos e rodovias estaduais e federais foram alçados em R\$ 360 milhões. Os custos da recuperação da infraestrutura pública de Blumenau foram estimados em R\$193,8 milhões (COMISSÃO TÉCNICA TRIPARTITE ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE, 2009).

Somente no mês de novembro de 2008 choveu 1.001,7 milímetros. Levando-se em consideração que a média anual da cidade de Blumenau que é de 1.600 milímetros, é fácil perceber que a quantidade de chuva foi muito além da normalidade para a região. Quanto aos fatores predisponentes do desastre é possível identificar os seguintes: a morfologia do terreno, a geologia de solos profundos, os cortes e aterros, os desmatamentos e práticas de agricultura em encostas íngremes e em margens de rios, enfim, áreas ambientalmente frágeis. Esse fenômeno não se limita às áreas rurais. Nas áreas urbanas constata-se igualmente o modelo de ocupação em áreas de risco, de movimento de massa e de inundações (COMISSÃO TÉCNICA TRIPARTITE ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE, 2009).

Inundações bruscas, localmente denominadas de enxurradas, ocorreram em muitos rios e ribeirões afluentes do Rio Itajaí-açu. Seus efeitos violentos decorreram da instalação de benfeitorias e da urbanização de margens de rios e várzeas, áreas estas que legalmente são protegidas e destinadas à preservação permanente (COMISSÃO TÉCNICA TRIPARTITE ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE, 2009). Percebe-se que a atividade humana teve uma grande parcela de responsabilidade na origem dos desastres, pois, através de alterações do meio de forma a descaracterizá-lo e a interferir na dinâmica do sistema ambiental, o homem acabou por criar condições que propiciaram ou agravaram a ocorrência dos eventos catastróficos.

Para a população da região do Vale do Itajaí, o final do ano de 2008 será lembrado como uma época de caos, tristeza e medo. Todavia, a tra-

gédia poderia propiciar um movimento de transformação no processo de urbanização das cidades da região. Seria o momento de se refletir sobre o que aconteceu, não apenas para lembrar dos mortos e do sofrimento do povo, mas também para analisar as questões que envolvem os conflitos entre leis, bem como a forma de se planejar a cidade e o uso e ocupação dos espaços urbanos e rurais.

A chance de que o caos seja retomado de tempos em tempos é grande, pois os fenômenos climáticos não podem ser menosprezados e remediados. Há que se repensar a cidade investindo em uma boa estruturação e adaptação dos espaços para o confronto com os momentos extremos, sob o risco da sociedade não mais perceber a vulnerabilidade a que está exposta. A aceitação do risco como dinâmica social, econômica, ambiental e política demonstra a falência das políticas de urbanização. Passado o momento crítico, fica exposta a dificuldade em se estabelecer relações de causalidade e em se imputar responsabilidades.

As áreas de preservação muitas vezes são associadas unicamente à impossibilidade de uso do solo para o cultivo, criação de animais e construção. Não se percebe a necessidade destas para a manutenção dos recursos hídricos e para a estabilidade de seu sistema, bem como não se compreende o motivo pelo qual tais áreas devem existir e ser preservadas. Conceito este de proteção que já era trabalhado pelo Código Florestal de 1934, como também pelo de 1965 e suas alterações, como também pela lei atual, Lei 12.651/12.

É frequente que se ignore o fato de que os rios são ambientes vivos e em transformação, suas margens não são fixas e o regime hídrico é variável, de forma que muitas pessoas constroem e praticam atividades de cultivo em Áreas de Preservação Permanente de beira de rio, da mesma forma nas demais áreas de preservação como nas encostas e topos de morro, onde o solo é instável e frágil.

Faz-se necessário que a sociedade incorpore a noção de que as áreas de preservação não são espaços que foram criados para prejudicar o uso econômico do solo, mas possuem a função de preservação e manutenção do meio ambiente, como também, têm o objetivo de defender os espaços urbano e rural, assim como os cidadãos que neles habitam.

Como os eventos climáticos críticos ocorrem de tempos em tempos, a falta de memória das pessoas faz com que venham a ocupar Áreas

de Preservação Permanente, que muitas vezes também são conhecidas como áreas de risco, pois estão vulneráveis a sofrerem efeitos em momentos climáticos extremos. O que chama a atenção é a grande parcela da população que ocupam tais áreas não possuem condições econômicas de habitar áreas que não sejam de risco. Contudo, a pressão social e a falta de alternativas as levam a morar em áreas irregulares.

No evento ocorrido em novembro de 2008 na região do Vale do Itajaí, foi possível perceber que os atingidos pelas inundações e pelos deslizamentos de lama não foram apenas os desfavorecidos socialmente. Desta vez, as diferentes camadas sociais foram atingidas, foram identificados problemas em casas simples e em residências consideradas de alto padrão.

O curioso é que a legalidade permeava grande parte das residências e ocupações, já que as municipalidades da região do Vale do Itajaí, alegando conflito de interesse e competência legislativa constitucional, definiram como áreas de ocupação, através de seus planos diretores ou leis orgânicas, aqueles espaços determinados pelo Código Florestal como de preservação permanente.

O resultado da ocupação das áreas de preservação foi sentido por diferentes famílias atingidas de diversas formas. Algumas perderam entes queridos e seus bens por estarem habitando áreas de inundação, e outras, por estarem ocupando áreas de risco em encostas e morros. Há que se reforçar que as áreas de preservação, que eram definidas pelo Código Florestal (Lei 4.771/65) possuem a função de preservar o meio ambiente, da mesma forma que indicam os locais com maior risco de inundação e deslizamento.

O parâmetro definido na lei Federal serve tanto para a preservação do meio natural como do artificial, uma vez que aponta as áreas vulneráveis que oferecem risco à ocupação humana.

A irresponsabilidade organizada acabou produzindo efeitos nocivos sobre a sociedade do Vale do Itajaí, uma vez que se considerava “legal o ilegal”, ou seja, áreas liberadas legalmente para moradia pelos municípios, mesmo oferecendo risco, tornaram-se palco de mortes e perdas econômicas ainda não contabilizadas, da mesma forma muitas estruturas públicas que utilizavam estas áreas de proteção também tiveram prejuízos.

A análise do desastre de 2008 possibilita caracterizar as populações das áreas atingidas no Vale do Itajaí como sociedade de risco (BECK, 1998), pois conviviam, de forma consciente, com a possibilidade de riscos. A aceitação do risco como dinâmica social, econômica, ambiental e política demonstra a falência das políticas de urbanização e expõem a coletividade a catástrofes naturais recorrentes. Portanto, urge a necessidade de repensar a ocupação dos espaços buscando evitar ou minimizar os efeitos de desastres naturais.

### **Os conflitos de uso e ocupação do solo com o conceito de área de preservação permanente**

O tratamento da questão ambiental não se esgota no âmbito do estabelecimento da colaboração através do apelo à boa vontade dos atores sociais. As atividades de educação, conscientização e mobilização para práticas ambientalmente responsáveis são muito importantes, porém, via de regra, insuficientes para dar conta das mais significativas implicações ambientais indesejáveis nos modelos de desenvolvimento (ACSELRAD, 2006).

Isto porque toda política de meio ambiente lida quase sempre com conflitos sociais que tomam os recursos ambientais por objeto. Uma vez que, os diferentes agentes sociais e econômicos, ao longo de suas práticas correntes, tendem a configurar interesses, projetos e usos conflitantes no que diz respeito à base material de existência da sociedade.

Assim, as políticas ambientais comprometidas com a construção democrática, neste contexto, são, em particular, aquelas que não ignoram, não obscurecem, nem subestimam os conflitos ambientais que constituem o campo por excelência da ação política na área do meio ambiente, notadamente daquela voltada para assegurar-lhe o caráter de bem público de uso comum do povo (ACSELRAD, 2006).

Os efeitos da degradação ambiental são desigualmente distribuídos entre os diferentes grupos sociais segundo classes de renda e capacidades diferentes de se fazerem ouvir nas esferas decisórias. Os danos ambientais do desenvolvimento tendem, assim, a atingir em particular as camadas mais destituídas da população. Portanto, ao contrário do que sugerem as aparências, a desigualdade social reproduz-se também na esfera ambiental, expondo com particular intensidade as populações de

menor renda aos riscos presentes nos locais de trabalho, de moradia ou nos ambientes em que circulam.

Além das incertezas do desemprego, do risco social, da precarização do trabalho a maioria da população brasileira encontra-se exposta aos riscos decorrentes do trabalho com substâncias perigosas, da falta de saneamento básico, da moradia em encostas perigosas e em beiras de cursos de água sujeitos a enchentes, na proximidade de depósitos de lixo tóxico, vivendo sobre gasodutos ou sob linhas de transmissão de eletricidade. Os grupos sociais de menor renda, em geral, são, por sua vez, também os que têm menor acesso ao ar puro, à água potável, ao saneamento básico e ao solo não contaminado, estando mais expostos ao deslocamento compulsório de seu local de moradia por razões de construção de grandes empreendimentos e obras de infra-estrutura ou, no campo, pela expansão das monoculturas (ACSELRAD, 2006).

Estas questões são resultado direto de um conceito vinculado à Sociedade de Risco de Ulrich Beck, qual seja, a irresponsabilidade organizada, que trata sobre as formas e instrumentos utilizados pelos sistemas políticos e judiciais, que de maneira intencional ou mesmo involuntária, conseguem ocultar a existência e por muitas vezes a origem e os efeitos dos riscos ecológicos (LEITE, 2004).

A racionalidade da irresponsabilidade organizada é a face mais negativa da sociedade de risco, pois a partir do controle das políticas de conhecimento e produção do saber sobre os riscos, sonogando o acesso à informação focando o silêncio, a omissão, o anonimato e o ocultamento institucionalizado. A irresponsabilidade organizada descreve a falência dos padrões institucionais das sociedades modernas na regulação de macroperigos, oriunda de procedimentos de legitimação e legalização burocrática dos riscos na modernidade (LEITE, 2004).

É possível perceber, no caso do conflito entre as Políticas Públicas, que a irresponsabilidade organizada representa justamente a forma pela qual o Poder Público Municipal e Estadual organiza os mecanismos de explicação e justificação dos riscos nas sociedades contemporâneas (LEITE, 2004). Os desastres de 2008 que assolaram Blumenau expõem o risco como um produto de um conflito de pretensões, estes gerados por um estado de ignorância social que nega a existência de riscos ou sonoga informações sobre eles. Esta racionalidade perversa conduzida pela buro-

cracia institucional, nega a existência dos riscos ou oculta os efeitos, tendo como resultado mais riscos acumulados e produzidos.

Segundo Beck (1998, p. 12) “o que causa a catástrofe não é um erro, mas os sistemas que transformam a humanidade do erro em forças destrutivas incompreensíveis”. Portanto, percebe-se que o resultado do desastre de novembro de 2008 foi uma somatória de diferentes ações e omissões acumuladas ao longo do tempo e que não foram perceptíveis pela sociedade que acabou assumindo o risco e sofrendo as consequências da irresponsabilidade organizada.

As legislações em conflito, devido a interesses econômicos e sociais, esboçam a fragilidade do sistema urbano. O desencontro entre ocupação ilegal, na concepção da Legislação Federal, e legal, sob a ótica Estadual e Municipal, expõe a sociedade e a natureza a um risco constante. Da mesma forma, é possível perceber, que a destruição não foi apenas consequência natural provocada pelas chuvas. É bem verdade que houve um nível impressionante de chuva, entretanto, o homem possibilitou o agravamento dos danos e, desta forma, assumiu o risco por não respeitar suas próprias leis e as da natureza.

Existe a necessidade de se repensar o planejamento das cidades, levando-se em consideração o interesse social, econômico e a vontade do meio ambiente, que, quando possuído do ímpeto de retomar o que é seu, não pede licença, chega na calada da noite e recupera suas áreas a fim de manter o extravasamento da calha, a estabilidade e a dinâmica dos rios e das encostas.

Faz-se urgente estudar, de forma conjunta, o planejamento das cidades com o plano de bacia hidrográfica e as diferentes políticas de proteção do meio ambiente existentes nas esferas do estado federativo. É necessário analisar o regime hídrico e hidrológico para a execução de engenharia de ocupação e expansão do espaço municipal. Questões técnicas de retirada de vegetação devem ser levadas em consideração, pois a retirada de forma equivocada, como acontece atualmente, pode causar grandes prejuízos em um futuro próximo.

O livro *Vulnerabilidade Ambiental. Desastres naturais ou fenômenos induzidos?* (SANTOS, 2008) já apontava para a possibilidade de caos, apoiado no Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), o qual destaca a consequência das ações antrópicas

sobre a elevação da temperatura global, tendo como resultado a aceleração do ciclo hidrológico, gerando intensificação de eventos extremos. Como resultado, deslizamentos de terra, inundações e vendavais podem afetar com mais frequência e de forma mais intensa o País, especialmente as regiões sul e sudeste.

Estamos vivendo um período de transformação, e são destes momentos de caos que surgem as grandes possibilidades de mudanças. Devemos aproveitar a adversidade para repensar o processo de ocupação das áreas urbanas e rurais. O conceito de Área de Preservação Permanente deve ser ampliado em relação ao conceito tradicional que expõe a necessidade de preservação ambiental, pois quando se respeitam estas áreas de preservação definidas pela legislação federal, também estão sendo defendidas as populações e a economia das regiões.

Os eventos que estão acontecendo em Santa Catarina expõem a fragilidade do Estado e de suas Políticas Públicas, já que as consequências provocadas pelos eventos estão levando tanto o Estado como seus cidadãos, a situações de risco e vulnerabilidade. Os prejuízos econômicos e sociais são incalculáveis. Vivemos a necessidade de repensar as Políticas Públicas de forma que estas sejam articuladas e proporcionem maior comprometimento do Poder Público. Portanto, Políticas Públicas de Desenvolvimento Econômico não devem ser pensadas de forma apartadas das políticas de uso dos recursos naturais e ocupação do solo.

### **Considerações finais**

As questões em conflito, devido a interesses econômicos e sociais, esboçam a fragilidade do sistema urbano da região do Vale do Itajaí. O desencontro entre ocupação ilegal, na concepção da Legislação Federal, e legal, sob a ótica da população, expõe a sociedade e a natureza a um risco constante. Da mesma forma, é possível perceber que a destruição não foi apenas consequência natural provocada pelas chuvas. É bem verdade que houve um nível impressionante de chuva, entretanto, o homem possibilitou o agravamento dos danos e, desta forma, assumiu o risco por não respeitar suas próprias leis e as da natureza.

A irresponsabilidade organizada acabou produzindo efeitos nocivos sobre a sociedade do Vale do Itajaí, uma vez que se considerava “legal o ilegal”, ou seja, áreas liberadas legalmente para moradia pelos mu-

nícipios, apontadas como de preservação permanente por Lei Federal tornaram-se palco de mortes e perdas econômicas ainda não contabilizadas. O caso em questão expõe que as pessoas não respeitaram as Áreas de Preservação Permanente definidos em Lei Federal, nem mesmo o Poder Público os respeitaram, o que acabou provocando uma série de prejuízos para a população no momento crítico de enchente que ocorreu em novembro de 2008 no Vale do Itajaí.

Existe a necessidade de se repensar o planejamento das cidades, levando-se em consideração o interesse social, econômico e a “vontade” do meio ambiente, que, quando possuído do ímpeto de retomar o que é seu, não pede licença, chega na calada da noite e recupera suas áreas a fim de manter o extravasamento da calha, a estabilidade e a dinâmica dos rios e das encostas.

Grande parte das pessoas associa as áreas de preservação tão somente à impossibilidade de uso do solo para o cultivo, criação de animais e construção. Não percebem a necessidade destas para a manutenção da dinâmica ambiental. As áreas de preservação não são espaços que foram criados para prejudicar o uso econômico do solo, possuem a função de preservação e manutenção do meio ambiente e também o objetivo de defender os espaços urbano e rural, bem como o cidadão e a coletividade. Como é possível depreender do conceito de APP previsto na Lei 4.771/65 que foi revogada pela Lei 12.651/12 que prevêem que as APPs possuem função ambiental e também social.

Estamos vivendo um período de transformação, e são destes momentos de caos que surgem as grandes possibilidades de mudanças. Devemos aproveitar a adversidade para repensar o processo de ocupação das áreas urbanas e rurais. O conceito de Área de Preservação Permanente deve ser ampliado em relação ao conceito tradicional que expõe a necessidade de preservação ambiental, pois quando se respeitam estas áreas de preservação definidas pela legislação federal, também estão sendo defendidas as populações e a economia das regiões.

Os eventos que aconteceram em Santa Catarina expõem a fragilidade do Estado e de suas Políticas Públicas, já que as consequências provocadas pelos eventos estão levando, tanto o Estado como seus cidadãos, a situações de risco e vulnerabilidade. Os prejuízos econômicos e sociais são incalculáveis. Vivemos a necessidade de repensar as Políticas Públicas de forma que estas sejam articuladas e proporcionem maior compro-

metimento do Poder Público. Portanto, políticas públicas de desenvolvimento econômico não devem ser pensadas de forma apartada das políticas de uso dos recursos naturais e ocupação do solo.

Diante do exposto é possível perceber que o Direito Fundamental à Moradia deve levar em consideração as limitações impostas pelas normas ambientais de forma a possibilitar e garantir o direito de uso e ocupação do solo. As leis ambientais e de uso do solo não devem conflitar entre si, ao contrário, devem ser utilizadas como caminho para que o cidadão alcance o seu direito fundamental de morar com qualidade e a com a devida segurança. Do contrário, o paradoxo entre eles comprova o conceito de Sociedade de Risco de Ulrich Beck a partir do momento que a sociedade assume riscos e vulnerabilidade na tentativa de alcançar o Direito Fundamental à Moradia.

## Referências

ACSELRAD, Henri. *Mapa dos conflitos ambientais no estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CD ROOM, 2006.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Madri: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

BRASIL. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, *Aprova o Código Florestal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, Lei que institui o Código Florestal, *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de setembro de 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 7.511, de 07 de julho de 1986, Lei que altera dispositivos do Código Florestal, *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 08 de julho de 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989, Lei que altera redação do Código Florestal, *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 20 de julho de 1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, Altera redação do Código Florestal, *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

COMISSÃO TÉCNICA TRIPARTITE ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE – CTTEMA/SC. *Caminhos da recuperação: orientações para a recuperação ambiental dos municípios atingidos pelo desastre ambiental de novembro de 2008 em Santa Catarina*. Florianópolis: CTTEMA/SC, 2009

DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Tradução de Victor Abelardo Martínez. Barcelona: Editorial Paidós, 1996.

LEITE, José Rubes Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 2ª ed.

SANTOS, Rozely Ferreira dos (org.). *Vulnerabilidade Ambiental. Desastres naturais ou fenômenos induzidos?* Brasília: MMA, 2007. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 18 de novembro de 2008.

# A FUNÇÃO DO DIREITO EM RELAÇÃO AOS DESASTRES A PARTIR DA RESILIÊNCIA JURÍDICA DOS PLANOS DIRETORES DAS CIDADES DA BACIA DO ITAJAÍ

*Kátia Ragnini Scherer\**  
*Lenon Doege Tamanini\*\**

---

---

## **Introdução**

O presente capítulo apresenta uma pesquisa da gestão dos Direito em relação aos riscos de Desastres aplicada aos Planos Diretores das cidades polo que integram a Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí.

Nesta delimitação a investigação concentra-se na adequação dos Planos Diretores das cidades de Rio do Sul, Blumenau e Itajaí à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil- Lei nº 12.608/2012que alterou o Estatuto das Cidades para inclusão da gestão jurídica dos seguintes elementos: a) parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo; b) mapeamento das áreas suscetíveis a desastres; c) planejamento de ações de intervenção preventiva e realocação de população de áreas de risco de desastres; d) medidas de drenagem urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; e) diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares e; f) previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e outros instrumentos de política urbana.

---

\* Doutora em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos-UNISINOS (2017). Professora do Departamento de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB (1996-actual. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: 1- (Cnpq- FURB): Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça na linha de pesquisa: sustentabilidade socioambiental, Ecomplexidade, Políticas Públicas Sanitárias. Pesquisadora na temática de gestão de riscos climáticos pelo Direito. Professora extensionista do Projeto “Atmosfera”: Prevenção e mitigação de desastres ambientais na Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí. E-mail: katia@furb.br.

\*\* Estudante de graduação em Direito. Pesquisador bolsista do PIBIC-Cnpq e aluno extensionista da Universidade Regional de Blumenau-FURB. E-mail: lenon.doege@hotmail.com.

A estruturação da temática inicia pela contextualização da Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí como um território histórica e ambientalmente vulnerável a desastres ambientais. A seguir aborda as formas jurídicas de gestão dos desastres pelo Direito no contexto jurídico nacional e, ao final, analisa reflexivamente a adequação dos Planos Diretores das cidades polo da Bacia à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil como forma de concretude de uma política de consecução do compromisso intergeracional de meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **A bacia hidrográfica do Rio Itajaí: um território vulnerável**

Os critérios geográfico e histórico apresentam a Bacia Hidrográfica<sup>1</sup> do Rio Itajaí ou somente Bacia do Itajaí, como um território cuja ocupação teve início a partir do município de Itajaí, mas estruturou-se economicamente a partir do município de Blumenau e que leva o mesmo nome do maior curso hídrico denominado Rio Itajaí Açu<sup>2</sup>.

A fundação da Colônia Blumenau, em 1850, e posteriormente da Colônia Brusque, em 1860, foram os primeiros passos para a formação da Rede Urbana do Vale do Itajaí, pois foi o seu desenvolvimento que possibilitou a consolidação das povoações de Itajaí e do Baixo Vale, e que alavancou a ocupação do Alto Vale do Itajaí, esta última mais recente. Isto mostra que o relevo condicionou fortemente a ocupação dessa região, o que permitiu uma forte identificação com o Vale (SIEBERT, 1996).

A Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí, por conseguinte, contém área total de cerca de 15.000km, correspondendo a 16,15% do território catarinense, com relevo que indica grande diversidade e complexidade geológica, suscetível à dinâmica dos processos erosivos e da fragilidade ambiental. Divide-se naturalmente em sete sub-bacias hidrográficas, que levam o nome do rio principal, abrange 52 municípios e corresponde a, a-

---

<sup>1</sup> Uma bacia hidrográfica é um curso de água que devido ao relevo e a geografia, faz com que a água da chuva escorra para um rio principal e seus afluentes. A forma das terras na região da bacia faz com que a água corra por riachos e rios menores para um mesmo rio principal, localizado no ponto mais baixo da área. Trata-se de um conceito dinâmico (OLIVEIRA, 2018).

<sup>2</sup> O maior curso d'água da bacia hidrográfica é o rio Itajaí-açu, formado pela junção dos rios Itajaí do Oeste e Itajaí do Sul, no município de Rio do Sul.

proximadamente, 18,6% da população do Estado de Santa Catarina (PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS DA BACIA DO ITAJAÍ, 2010, p. 16).

Em Santa Catarina a bacia hidrográfica do Rio Itajaí organiza-se em torno de três cidades, respectivamente, Rio do Sul no Alto Vale do Itajaí, Blumenau no Médio Vale do Itajaí e o município de Itajaí no Baixo Vale do Itajaí ou foz. Os mesmos guardam entre si fortes relações de interdependência em função, preponderantemente, de uma estruturação comum a partir do Rio Itajaí-Açu, denominadas de “cidades polo” do respectivo território da Bacia (SIEBERT, 1996, p. 177).

Em um contexto histórico de desastres, o território da bacia guarda vulnerabilidades geográficas que se agravaram com a forma de expansão urbana não planejada, especialmente nas três cidades, assim como pela falta de uma gestão sistemática para enfrentamento dos inúmeros eventos catastróficos que marcam seu histórico (FRANK; SEVEGNANI, 2009).

Desde a primeira grande inundação que se tem registro em 1880, atingindo a altura de 17,10m na cidade de Blumenau, uma série de eventos se sucederam e deram início a processos de gestão que classificam em quatro grandes fases, que ora se antecipavam e ora se sucediam às grandes enchentes que assolaram o território da Bacia do Itajaí (COMITÊ DE GERENCIAMENTO BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO ITAJAÍ, 2018).

O primeiro processo se situa entre 1850-1899, marcado especialmente pela distribuição de donativos e construção de obras emergenciais após as enchentes de 1880 (COMITÊ DE GERENCIAMENTO BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO ITAJAÍ, 2018).

O segundo processo se delimita entre 1900 a 1949 e refere-se às ações ocorridas após as grandes enchentes em 1911 e 1927. Vários atores sociais, especialmente autoridades públicas estaduais concluíram que a construção de barragens não seria a única solução, devendo-se proibir que as casas fossem construídas nas áreas mais baixas. Diante de tal constatação em 1940 que se inicia o primeiro monitoramento de previsão de cheias realizado por uma companhia de Força e Luz (COMITÊ DE GERENCIAMENTO BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO ITAJAÍ, 2018).

A terceira fase abrange o período entre 1950 a 1999, marcado por grandes enchentes com danos ambientais e econômicos devastadores para a região. Em 1957 cria-se um primeiro grupo de trabalho por iniciativa do governo federal para estudar a situação econômica da Bacia Itajaí di-

ante dos impactos das enchentes e, após dois anos, propõe a construção de sete barragens no rio, acrescentando que o rápido escoamento do rio não deveria ser adotado para não agravar os danos ambientais e a erosão das margens do rio Itajaí. (COMITÊ DE GERENCIAMENTO BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO ITAJAÍ, 2018). Estes anos ficam caracterizados pela construção de obras e melhoramentos no rio com a promessa de que com as barragens Oeste, Sul e Norte, construídas entre 1964 e 1992 não mais assolariam as três grandes cidades no vale. Contudo não foi isto que ocorreu e nos anos de 1983 e 1984 duas grandes enchentes, de proporções catastróficas atingiram o Vale do Itajaí (COMITÊ DE GERENCIAMENTO BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO ITAJAÍ, 2018).

Por fim, um quarto e último período percorre os anos de 2000 até 2018 caracteriza-se pelo trabalho do Comitê de Bacias na elaboração do Plano de Redução de Desastres que foi inserido no Plano de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica, com apoio da Universidade Regional de Blumenau-FURB ao Comitê da Bacia do Itajaí.

Contudo, o ano de 2008 é paradigmático para os processos de gestão de desastres, considerando que no final de novembro daquele ano, após a combinação de uma série de fatores ambientais, climáticos, territoriais, vulnerabilidades decorrentes da falta de planejamento da ocupação urbana e rural, entre outros, ocorre uma combinação de eventos hidrológicos (enxurradas com inundações bruscas)<sup>3</sup> e geológicos (escorregamentos de encostas)<sup>4</sup>, caracterizando uma grande catástrofe ambiental (SEVERO, 2009, p. 74-75). Estes eventos trouxeram uma gama de danos sócio ambientais, econômicos, perdas de vidas humanas e não humanas e de biodiversidade cujas irreversibilidades até hoje não foram valoradas na sua totalidade.

---

<sup>3</sup> Inundações bruscas são aquelas provocadas por chuvas intensas e concentradas em locais de relevo acidentado, ou mesmo nas áreas planas, caracterizando-se por rápidas e violentas elevações dos níveis das águas. No evento hidrometeorológico de novembro de 2008 no Vale do Itajaí, houve a ocorrência de inundações bruscas em grandes extensões dos cursos d'água (TACHINI; KOBİYAMA; FRANK, 2009, p. 94-97).

<sup>4</sup> Os movimentos de massa acontecem naturalmente. No entanto o uso e a ocupação do solo, realizada de forma desordenada e inadequada, aumenta a sua frequência bem como a extensão da área mobilizada e da área atingida. A ocupação de áreas ambientalmente frágeis, como margens de rios, encostas íngremes, topos de morros e vales em forma de "V" fechado, aumentos significativamente as possibilidades de movimentos de solo, de pedras e de detritos no desastre de 2008 (AUMOND; SEVEGNANI, 2009, p. 86).

Assim, como reação, em 2010 é elaborado e aprovado o Plano de Recursos Hídricos, fazendo com que a Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí seja a única do estado a incluir neste tipo de plano setorial um planejamento sobre a gestão de desastres, com prospecção de cenários de prevenção e mitigação dos riscos de desastres (SANTA CATARINA, 2017, p. 15).

Entre os anos de 2015 e 2018 a Defesa Civil do Estado, com recursos da União e do próprio Estado, apresenta mais dois novos projetos para construção de contenção de cheias nos rios incidindo, mais uma vez, sobre apenas sobre as variáveis naturais do problema, ou seja, o rio (SANTA CATARINA).

Assim, o histórico dos processos de gestão de desastres na Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí aponta para uma descontinuidade de planejamento, por vezes impactada pelos oportunismos de governos locais nas decisões administrativas e outras vezes por conjunturas políticas nacionais e estaduais que envolveram altos investimentos e poucos resultados (SANTA CATARINA, 2018).

Por outro lado, as medidas de gestão estiveram preponderantemente delimitadas a melhoramentos pluviais e construção de barragens em detrimento de estratégias mitigatórias e preventivas como, por exemplo, o planejamento urbano municipal para enfrentamento dos desastres e a necessária preservação de partes estratégicas de territórios geográficos. Este contexto demonstra a falta de uma integração da gestão de desastres com outras políticas públicas no âmbito da bacia hidrográfica.

Recentemente, com a edição da Lei nº 12.608/2012 que trata da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil,<sup>5</sup> retomou-se a necessidade de inclusão do mapeamento de risco de desastres na elaboração ou revisão dos Planos Diretores municipais como se verá no decorrer da abordagem que segue.

### **As formas jurídicas de gestão dos desastres pelo direito**

A complexidade que envolve os estágios dos desastres pode ser exposta e determinada por multifatores entre os quais se destacam as

---

<sup>5</sup> A partir desta citação a expressão Política Nacional de Proteção e Defesa Civil será representada pela sigla PNPDEC.

condições econômicas modernas; o crescimento populacional e tendência demográfica; as decisões acerca da ocupação do solo; a infraestrutura verde e construída e as mudanças climáticas (FARBER *et al*, 2010, p. 09).

Estes fatores, por sua vez, amplificam o risco de desastres e podem ainda ser potencializados por outros dois que são comuns e subjacentes à maioria dos desastres, ou seja, a vulnerabilidade e a resiliência que derivam da incursão teórica do risco na modernidade (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 55).

A vulnerabilidade e a resiliência são fatores transversais na análise sobre desastres ambientais e climáticos, atuando como conceitos mediadores quando se trata de gestão jurídica de catástrofes (SCHERER, 2017, p. 83).

Apesar de existirem vários ensaios teóricos relevantes sobre vulnerabilidade aos desastres, em várias áreas do conhecimento científico, o UNDP adota a concepção da vulnerabilidade como a condição humana ou processo resultante de fatores físicos, sociais, econômicos e ambientais, que determinam a probabilidade e escala dos danos causados pelo impacto de um determinado risco. Destaca-se aqui que nesta concepção se compreende a vulnerabilidade como condição humana ou processo (UNDP, 2004).

No Brasil, diante da dimensão do seu território, da gama de desastres ambientais/ climáticos e da diversidade como se distribuem nas diversas regiões, o estudo integrado das vulnerabilidades específicas das comunidades atingidas merece relevância. Ao se levar em conta a sobreposição de variáveis relacionadas à vulnerabilidade física e social, desde a geografia até o clima, do nível de renda, de educação, de raça e de idade e da ocupação humana do país, é possível construir uma análise integrada entre vulnerabilidade e o caso concreto. Tal contexto instiga e gera expectativas para que o Direito apresente respostas por meio de legislação e das decisões judiciais (SCHERER, 2017, p. 91), como se pode verificar no caso da adequação dos Planos Diretores ao Plano de Bacia que orientam as principais cidades da Bacia do Itajaí que são Rio do Sul, Blumenau e Itajaí.

Para a gestão dos riscos de desastres de dimensões catastróficas é preciso considerar a resiliência enquanto processo criativo que, num contexto de complexidade, provoca experiências que tornam pessoas e co-

munidades mais aptas para enfrentar situações altamente desestabilizadoras. Nesta perspectiva, a resiliência converge para a concepção de um processo que conduz a um resultado desejado e se conecta à decisão e às responsabilidades futuras dela decorrentes.

No âmbito do Direito, uma compreensão mais abrangente sobre a concepção de resiliência jurídica pressupõe, igualmente, a consideração da capacidade para enfrentar desafios de forma construtiva e confiável na interpretação da legislação e na construção de decisões judiciais. A ideia se vincula, portanto, a um resultado processual de superação de certo resultado de desequilíbrio. É algo a ser continuamente avaliado, mas também é algo a ser desenvolvido e perseguido (FLORES, 2014, p. 141).

Assim, tão fundamental quanto prevenir é garantir que uma localidade se recomponha e por esta razão se pode dizer que a maior ou menor capacidade de reestruturação ou volta ao *status quo ante* denomina-se “resiliência” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 60).

Cada desastre apresenta uma combinação única de problemas que nem sempre é solucionada com uma só resposta, mas muitas vezes com uma combinação ou conjunto delas. Assim é necessário um adequado planejamento para solução de tal conflito sem, contudo, deixar de se acautelar e preparar para o pior, o que eleva a percepção da resiliência como forma que permeia o momento do pós-desastre, orientando a possibilidade de preparação para eventos futuros (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 59-60).

No contexto jurídico nacional, a resiliência jurídica se reflete a partir de legislações como o Estatuto das Cidades que conforma a Política Urbana, o Código Florestal, A Política de Recursos Hídricos a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, mais recentemente o Estatuto da Metrópole, entre outros. Estes ordenamentos, especialmente as políticas públicas ambientais foram se sobrepondo e/ou se adaptando à Constituição Federal de 1988 e a outras comunicações sociais, apresentando algumas possibilidades de respostas jurídicas de estabilização aos desastres.

A de políticas públicas ambientais nacionais, estaduais e municipais trouxe por exigência o planejamento das mesmas e a determinação de instrumentos administrativos que passaram a assumir um espaço de diferenciação funcional crescente para o Direito.

Por tais razões, os planos setoriais constituem-se em instrumentos jurídicos, cujo sentido jurídico é o de planejar as ações em curto, médio e longo prazo, a partir de diagnósticos e circunstâncias predeterminados, bem como de apresentar e acompanhar procedimental e dinamicamente o desenvolvimento de um determinado setor. Assim, são exemplos dos planos setoriais, o Plano Diretor (Lei nº 10.257/2001), Plano Diretor de Bacia Hidrográfica (Lei nº 9.433/97), o Plano de Contingência e Defesa Civil (Lei nº 12.608/2012), Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (Lei nº 13.089/2015) dentre outros.

Contudo, para fins de construção de cidades resilientes aos desastres ambientais, torna-se necessária a integração dos planos setoriais que simultaneamente existem em uma gama de legislações em relação aos espaços regionais como é o caso das bacias hidrográficas e locais como os municípios, denominados como planos setoriais.

Os planos setoriais, por sua vez, enquanto resultado de políticas públicas, devem ser democraticamente elaborados e assumem o caráter de pacto que devem ser cumpridos. Os mesmos precisam ser construídos levando em consideração a indissociabilidade entre o conhecimento técnico e o envolvimento participativo da coletividade que será alvo do respectivo instrumento (BRASIL, 2012).

A capacidade legal dos entes federativos atingidos por desastres climáticos, por conseguinte, constitui-se na habilidade de regulamentação do solo urbano por meio da (re) formulação do Plano Diretor e do poder de normatização para também prever restrições (temporárias e/ou definitivas) e realizar seu monitoramento/fiscalização.

O Plano Diretor consiste em um instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, elaborado por meio de lei municipal específica, integrante do planejamento territorial do município e deve abranger todo o território municipal. Trata-se de um instrumento que regula as atividades e empreendimentos a serem executados no território de um dado município, com a finalidade de ordenar e orientar os usos e ocupação do solo cujo objetivo maior é o bem-estar de seus habitantes (CARVALHO, 2017, p. 378).

Ao município, a Constituição atribuiu a competência exclusiva para legislar em matéria de ordenamento territorial apenas quando se tratar

de interesse local (BRASIL, 1988), sendo complementar em casos pertinentes a Direito Urbanístico.

Na PNPDEC o município assumiu destaque como instrumento jurídico de planejamento e desenvolvimento de cidades resilientes. Em termos constitucionais administrativos o artigo 30, inciso VIII (BRASIL, 1988), atribui competência<sup>6</sup> ao município para promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Já no capítulo sobre Política Urbana o Plano Diretor é instrumento legal, aprovado pelas Câmaras Municipais, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, como subsídio básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, com vista à ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988).

Somente treze anos depois da promulgação da Constituição Federal, com a Lei nº 10.257/2001 (BRASIL, 2001) o plano diretor passou a agregar a possibilidade de ser construído como um documento normativo não só de perfil técnico, mas, também, como materialização do resultado de um processo político, dinâmico e participativo. O que se pretendeu foi uma mobilização da sociedade para discussão e estabelecimento de um pacto sobre o projeto de desenvolvimento dos municípios (BRASIL, 2006). Foi com o Estatuto das Cidades (BRASIL, 2001) que se definiu a obrigatoriedade, prazos para elaboração, revisão e penalidades.

Contudo uma avaliação realizada pelo Ministério das Cidades ainda em 2013 identificava os problemas nos planos diretores municipais, destacando-se as seguintes dificuldades como as mais comuns encontradas entre a norma e sua operacionalidade: a) baixa aplicabilidade direta, ou seja, remissão constante à legislação complementar; b) pouca conexão com o território, contendo diretrizes muito genéricas e desvinculadas do zoneamento municipal e; c) incompatibilidade do Plano Plurianual com os orçamentos municipais o que significa que o Plano Diretor não avança na definição de investimentos prioritários e estratégicos. Esta incompati-

---

<sup>6</sup> Trata-se de competência relativa e não absoluta, uma vez que a delimitação da ordenação territorial e a ocupação do solo, orientada pelos Planos Diretores, deve observar as diretrizes gerais fixadas em lei - Competência concorrente da União e do Estados, na forma do artigo 24, I da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018).

bilidade implica na impossibilidade de se evoluir na definição de investimentos prioritários/ estratégicos dos municípios (BRASIL, 2013).

Estes obstáculos e desafios representam a compreensão de que este é um processo que necessita evoluir muito, no sentido de assimilação do PD como um dos planos setoriais com função jurídica de planejamento do território a ser valorado operativamente na legislação e nas decisões judiciais.

No que diz respeito à capacidade legal a ser construída ressalta-se que a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil- Lei nº 12.608/2012 inseriu diretrizes como a integração com outras políticas públicas, como à urbana e acrescentou à regulamentação nacional da Política Urbana novas exigências para elaboração dos Planos Diretores dos municípios, voltadas à prevenção e à necessária gestão de desastres pelo Direito.

### **O caso dos planos diretores das cidades polo da Bacia do Itajaí**

O Plano de Recursos Hídricos e o Plano Diretor guardam a necessidade de interconexões, considerando que as três cidades se constituem em cenários de inundações com vulnerabilidades históricas, geográficas e sociais. Estes dois instrumentos precisam se compatibilizar hidrológica e hidraulicamente, evitando a transferência das inundações e seus efeitos de uma cidade para a outra.

Segundo a PNPDEC os municípios inscritos<sup>7</sup> no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos – CEMADEN<sup>8</sup> – deverão elaborar ou revisar o Plano Diretor para inclusão dos seguintes elementos: a) parâmetros de parcela-

---

<sup>7</sup> Atualmente pela Lei nº12.608/12 a inscrição não é obrigatória e depende de regulamentação.

<sup>8</sup> O CEMADEN é um órgão vinculado à Secretaria de Políticas e Programas de Pesquisa e Desenvolvimento do Ministério da ciência, Tecnologia e Integração. Tem por objetivo desenvolver, testar e implementar um sistema de previsão de ocorrência de desastres naturais em áreas suscetíveis de todo o território brasileiro. Atualmente monitora 957 municípios que tem histórico de registros de desastres naturais em todas as regiões brasileiras. A condição básica para um município ser monitorado pelo CEMADEN é possuir um mapeamento de suas áreas de risco de deslizamentos em encostas, de alagamentos e de enxurradas, solapamentos e terras caídas, além da estimativa da extensão dos prováveis danos decorrentes de um desastre natural. O maior número de municípios monitorados estão nas Regiões Sudeste e Nordeste, seguidos pela Região Sul, Norte e Centro-Oeste (BRASIL, 2018).

mento, uso e ocupação do solo, de forma a promover a diversidade de usos e a contribuir para a geração de emprego e renda; b) mapeamento contendo as áreas suscetíveis à desastres; c) planejamento de ações de intervenção preventiva e realocação de população de áreas de risco de desastre; d) medidas de drenagem urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; e) diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares e; f) previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, onde o uso habitacional for permitido (BRASIL, 2012).

Por seu turno a identificação e o mapeamento de áreas de risco precisa levar em conta a Carta Geotécnica de Aptidão Urbanística. Já os conteúdos do Plano Diretor devem manter compatibilidade com o disposto no Plano de Recursos Hídricos.

O processo de adequação legal dos Planos Diretores é analisado neste estudo tomando como universo as cidades polo da Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí, todas cadastradas no CEMADEM, considerando as modificações que a PNPDEC realizou no Estatuto das Cidades.

Os parâmetros comparativos nas três cidades levaram em conta, portanto, o uso e a ocupação do solo, o mapeamento contendo as áreas suscetíveis à desastres, o planejamento e a intervenção em caso de ocorrências, a drenagem urbana e a compatibilidade do texto normativo do Plano Diretor com o Plano de Recursos Hídricos, dentre outros.

No caso do Alto Vale do Rio Itajaí, a cidade de Rio do Sul tem a redação atual do seu Plano Diretor na Lei Municipal Complementar nº 163/2006 (RIO DO SUL, 2006), ou seja, anterior à PNPDEC. Ressalta-se que como reação aos desastres geológicos e hidrológicos de 2008 e a inundação de 2011, respectivamente, foram inclusas no Plano Diretor outras exigências relativas a taxa de impermeabilização nas construções de lotes urbanos (RIO DO SUL, 2015).

Até o momento,<sup>9</sup> o processo de realização do zoneamento das áreas de risco para inserção no Plano Diretor não começou. O que existe é o mapeamento de áreas de riscos de desastres já existe por parte da Defe-

---

<sup>9</sup> A análise dos dados da pesquisa foi concluída em 31 de julho de 2018.

sa Civil por meio do Decreto nº 4.725/2015 (RIO DO SUL, 2015), mas não por política pública antidesastre.

Em Blumenau, no Médio Vale do Itajaí, até março de 2018 o Plano Diretor vigente era o da Lei Complementar municipal nº 615/2006 (BLUMENAU 2006), anterior à PNPDEC e que continham atualizações pontuais como as restrições de uso após um estudo geológico de todo o território do município por meio de um Decreto Municipal (BLUMENAU, 2010). Este decreto foi revogado posteriormente por Lei Complementar sobre Zoneamento (BLUMENAU, 2010), Uso e Ocupação do Solo. Houve no texto do Plano Diretor também algumas alterações pontuais de mapeamentos de risco no Plano Diretor, após o desastre de 2008.

Contudo, após 02 de abril a Lei Complementar nº 1.181/2018 (BLUMENAU 2018), passou a ter vigência um novo Plano Diretor que incluiu no texto os requisitos elencados no artigo nº 42-A da PNPDEC, inovando a política pública municipal e constituindo-se em referência no cenário dos demais municípios da Bacia, pois é a única cidade que está neste estágio legislativo.

Ademais o Plano Diretor de Blumenau, em seu capítulo III, inclui no rol de políticas públicas municipais a Política Municipal de Prevenção de Desastres e nela o texto traz a abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação destinadas a evitar ou minimizar os riscos de desastres. Nesse sentido, traça objetivos, os quais são os mesmos da PNPDEC, ou seja: a) monitorar, identificar e avaliar os eventos potencialmente causadores de desastres e reduzi-los; b) prestar socorro e assistência às populações atingidas; c) estimular o ordenamento da ocupação do solo; d) estimular a moradia da população em local seguro; e) incorporar a redução do risco de desastre e as ações de proteção e defesa civil entre os elementos da gestão territorial (BLUMENAU, 2018).

Além da previsão de uma política própria para gestão de desastres entre os artigos 37 e 39, a LC nº 1.181/2018 ao tratar da Política de Desenvolvimento Urbano, na Seção XVII do Capítulo III, apresenta uma relativa integratividade entre o parcelamento do solo urbano e a prevenção de risco de desastres geológicos. Isto porque ao criar áreas de acordo com características físicas, sociais, econômicas e ambientais na Subseção I, artigo 50, I, alínea “c” o texto legal traz a possibilidade de controle e restri-

ção da ocupação do solo em áreas vulneráveis. Isto tem o escopo de disciplinar o desenvolvimento da cidade sob a ótica de proteção dos recursos naturais, principalmente em áreas mananciais, as sujeitas a instabilidades geológicas, de cotas baixas e de inundações periódicas (BLUMENAU, 2018).

No que diz respeito ao município de Itajaí, na foz do Itajaí, da mesma forma que Rio do Sul, o Plano Diretor vigente é o da Lei Complementar municipal nº 94/2006 (RIO DO SUL, 2006), ou seja, anterior a PNPDEC e inclui apenas alguns dos requisitos elencados no artigo 42-A do Estatuto das Cidades e, mesmo assim, desconectados de uma política pública específica de prevenção ou mitigação aos desastres. O processo de revisão do Plano Diretor neste município encontra-se, atualmente, em fase inicial de alteração e/ou atualização que, por meio de processo licitatório, será conduzido por uma empresa especializada com estimativa de conclusão de nove meses (ITAJAÍ, 2018).

Por fim, torna-se necessária a prospecção de estratégias aptas a sensibilizar e capacitar atores sociais sobre a necessidade de construção desta forma de resiliência jurídica, enquanto política pública de prospecção mitigatória e preventiva de cenários catastróficos futuros, mesmo em um território vulnerável historicamente aos desastres e em crescente susceptibilidade face à intensificação, recorrência e severidade de eventos catastróficos.

## **Conclusão**

Os processos históricos de gestão de desastres na Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí apontam para uma descontinuidade de planejamento, com ações limitadas aos melhoramentos pluviais e construção de barragens, em detrimento de estratégias mitigatórias e preventivas como o planejamento urbano municipal e a inclusão da infraestrutura natural.

Por seu turno, na gestão dos riscos de desastres é preciso considerar a resiliência jurídica enquanto processo criativo que, num contexto de complexidade, deve provocar experiências que tornem pessoas e comunidades mais aptas para enfrentar situações altamente desestabilizadoras, conectando decisões às responsabilidades futuras delas decorrentes.

Nesse sentido os planos setoriais se apresentam como instrumentos jurídicos, cujo sentido jurídico é o de diferenciação funcional e acom-

panhamento procedimental e dinâmico do desenvolvimento de um determinado setor. O Plano Diretor é um deles, com função jurídica de planejamento do território a ser valorado operativamente na legislação e nas decisões judiciais.

No caso de gestão de desastres na Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí é fundamental uma simetria entre o Plano de Recurso Hídricos e o Plano Diretor, compatibilizando a geologia e a hidrologia no planejamento urbano, evitando a transferência das inundações bruscas de uma cidade para a outra.

Entre as três cidades polo que integram a Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí, Blumenau é a única que se apresenta como referência ao incluir no seu Plano Diretor uma política pública de prevenção de desastres e, portanto, atende as exigências contidas no artigo 42-A da Lei nº 12.608/12. Esta legislação contempla também a integração da gestão de desastres com o parcelamento do solo urbano, muito embora somente em relação à prevenção de riscos geológicos (deslizamentos) e de enchentes.

O município de Itajaí encontra-se em fase inicial de alteração/adaptação do seu Plano Diretor com opção de terceirização da condução do processo mediante licitação com empresa privada. Em Rio do Sul o Plano Diretor vigente e o de 2006 e o mapeamento de áreas de risco está disposto em Decreto Municipal, em qualquer indicação de qualquer outra forma jurídica de gestão de desastres.

Assim, a desatualização dos Plano Diretor que ocorre em duas das cidades polo da Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí em relação à PNPDEC reflete a baixa percepção sobre sua inclusão como uma temática a ser gerida pelo Direito, enquanto política pública municipal, tornando necessária a prospecção de estratégias de sensibilização e capacitação de atores políticos e jurídicos na construção desta forma de resiliência jurídica.

## Referências

BLUMENAU. *Decreto nº 9143 de 29 de março de 2010*. Dispõe sobre outorga onerosa do direito de construir, transferência do potencial construtivo e alteração do uso do solo. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BLUMENAU. *Lei Complementar nº 1.181 de 02 de abril de 2018*. Dispõe sobre o plano diretor do município de Blumenau. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2018

BLUMENAU. *Lei Complementar nº 615*. Dispõe sobre o plano diretor do município de Blumenau. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 03 mar. 2018

BLUMENAU. *Lei nº 500 de 23 de março de 2010*. Dispõe sobre o código de zoneamento, uso e ocupação do solo no município de Blumenau e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BLUMENAU. *Projeto de Lei Complementar nº 1.744 de 24 de outubro de 2017*. Dispõe sobre o Plano Diretor do Município de Blumenau.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Ciência Tecnologia, inovações e comunicações. *Centro nacional de monitoramento e alertas de desastres naturais*. Disponível em: <<http://www.cemaden.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. Ministério das Cidades. *Plano Diretor participativo*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos. Departamento de Políticas de Acessibilidade e Pla-

nejamamento Urbano. *Workshop financiamento de Municípios – ABDE*. Rio de Janeiro, 18 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.abde.org.br>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Planos de Gestão de resíduos sólidos: manual de orientação*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/ICLEI-Brasil, 2012. p.31-46. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COMITÊ DE GERENCIAMENTO BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO ITAJAÍ. *Histórico das ações voltadas à gestão de riscos de desastres na Bacia do Itajaí*. Disponível em: <<http://www.aguas.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

FARBER, Daniel A. et al. *Disaster law and policy*. 2 ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Resiliência jurídica: para pensar a Inovação do Direito a partir de uma perspectiva sistêmica*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (org.). *Desastre de 2008 no vale do Itajaí. Água, gente e política* (Orgs.). Blumenau: Agência de água do Vale do Itajaí, 2009.

G1 SANTA CATARINA. *Revisão do Plano Diretor de Blumenau está na reta final*. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

ITAJAÍ. Secretaria Municipal de Urbanismo. *Inicia o processo público de revisão do Plano Diretor*. Disponível em: <<https://itajai.sc.gov.br>>. Acesso em: 01 ago.2018.

OLIVEIRA, GLAUBER. *O que é uma bacia hidrográfica*. Disponível em: <<http://www.servicemap.com.br>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS DA BACIA DO ITAJAÍ. Defesa civil. *Governador Colombo entrega Carta Consulta aos dirigentes do Banco Mundial*

nos EUA para prevenção às cheias. Disponível em: <<http://www.defesacivil.sc.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS DA BACIA DO ITAJAÍ. Defesa Civil. *Projeto de Prevenção de Desastres na Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí*.

PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS DA BACIA DO ITAJAÍ. *Lei nº 6.502 de 11 de dezembro de 1984*. Determina providências para prevenção de cheias e auxílio aos atingidos. Disponível em: <<http://www.leisestaduais.com.br>>. Acesso em 24 mar. 2018.

PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS DA BACIA DO ITAJAÍ. *Para que a água continue a trazer benefícios para todos*. Caderno síntese/Comitê do Itajaí. Blumenau: Fundação Agência de Água do Vale do Itajaí, 2010.

PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS DA BACIA DO ITAJAÍ. Tribunal de Contas de Santa Catarina. *Auditoria operacional na Defesa Civil*: relatório resumido. Florianópolis: TCE/DAE, 2017.

RIO DO SUL. Decreto nº 4.725 de 27 de maio de 2015. *Delimita áreas de risco no território do município de Rio do Sul e estabelece medidas para prevenção de desastres naturais*. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

RIO DO SUL. *Lei Complementar nº 163 de 12 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre o Plano Diretor de Rio do Sul. Disponível <<https://leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

RIO DO SUL. *Lei Complementar nº 300 de 24 de março de 2015*. Altera, acrescenta e revoga dispositivos da Lei Complementar nº163, de 12 de dezembro de 2006, que dispõe sobre o plano diretor do município de rio do sul". Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

SCHERER, Kátia. *A função do Direito na gestão do risco climático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SIEBERT, Claudia Freitas. *Estruturação e desenvolvimento da Rede Urbana do Vale do Itajaí*. Blumenau: FURB, 1996.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAME- UNDP. *Reducing disaster risk: A Challenge for Development*. Global Report, New York: UNDP- Bureau for Crisis Prevention and Recovery, 2004.

