
ORGANIZAÇÃO

ÁLVARO SANCHEZ BRAVO

JACSON ROBERTO CERVI



REFLEXÕES |
CONTEMPORÂNEAS
| **SOBRE**
DIREITOS HUMANOS

© 2016, by URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Campus Santo Ângelo, RS.
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
MESTRADO E DOUTORADO

R332 Reflexões contemporâneas sobre direitos humanos /
Organização : Álvaro Sanchez Bravo, Jacson
Roberto Cervi. - Santo Ângelo : FuRI, 2016.
388 p.

ISBN 978-85-7223-423-8

1. Direitos humanos I. Sanchez Bravo, Álvaro
(org) II. Cervi, Jacson Roberto (org.) III. Título.

CDU: 342.7

Responsável pela catalogação
Bibliotecária – Fernanda Ribeiro Paz – CRB-10/1720

Organizadores
Álavro Sanchez Bravo
Jacson Roberto Cervi

Editoria e formatação
Débora Patricia Seger

Revisão
Álavro Sanchez Bravo
Jacson Roberto Cervi

Capa
Débora Patricia Seger

Publicação
FuRI – Fundação Regional Integrada – Campus de Santo Ângelo
Rua Universidade das Missões, 464 – 98802-470
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55) 3313-7900

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
MESTRADO E DOUTORADO

Reitor

Luiz Mario Silveira Spinelli
Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Giovani Palma Bastos
Pró-Reitora de Ensino
Arnaldo Nogaro
Pró-Reitor de Administração
Nestor Henrique de Cezaro
URI – Campus de Santo Ângelo
Diretor-Geral
Gilberto Pacheco
Diretor Acadêmico
Marcelo Paulo Stracke
Diretora Administrativa
Berenice Beatriz Rossner Wbatuba

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
MESTRADO E DOUTORADO

Coordenação Acadêmica
João Martins Bertaso
Coordenação Executiva
André Leonardo Copetti Santos

Conselho Editorial

Dra. Graciela Beatriz Rodríguez (Universidad Nacional de Rosario - Argentina)
Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC – SC)
Dr. Augusto Jaeger Junior (UFRGS – RS)
Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (PUC-SP)
Dr. José Russo (UFAM – AM)
Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior (UFRGS - RS)
Dr. Leopoldo José Bartolomé (ARG)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF-RS)
Dra. Marta Rosa Vigevano (ARG)
Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa (UFPE – PE)
Dr. Roberto Carlos Abinzano (UNaM – AR)
Dr. Vicente de Paulo Barreto (UERJ – RJ)

SUMÁRIO

DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA Y MEDIO AMBIENTE: CRISIS AMBIENTAL, INJUSTICIA Y POBREZA A LA LUZ DE LA ENCÍCLICA LAUDATIO SI.....	15
---	-----------

Álvaro A. Sánchez Bravo

A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE TRATAMENTO ADEQUADO FRENTE AOS CONFLITOS DA SOCIEDADE COMPLEXA.....	39
--	-----------

Alini Bueno dos Santos Tabora

O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL PRESENTE NOS MÉTODOS NÃO ADVERSARIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO.....	49
--	-----------

Camila Stangherlin

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO AL AGUA DULCE COMO UN DERECHO HUMANO AUTÓNOMO EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL.....	61
--	-----------

Clovis Gorczewski

Elisângela Furian Fratton

THE LAW IN THE PHILOSOPHY OF JEAN-PAUL SARTRE, EL DERECHO EN LA FILOSOFÍA DE JEAN-PAUL SARTRE. LE DROIT DANS LA PHILOSOPHIE DE JEAN-PAUL SARTRE.....	79
---	-----------

Enán Arrieta Burgos

ESTADO DE DIREITO E SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL DO SÉCULO XXI: RÁPIDOS APONTAMENTOS SOBRE O GARANTISMO PENAL COLOCADO EM XEQUE.....	115
---	------------

Gabriel Antinolfi Divan

LIBERDADE SINDICAL: OS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DE BRASIL, ESPANHA E PORTUGAL.....	129
---	------------

Gilberto Stürmer

DERECHOS HUMANOS: EL ARTE COMO MEDIACIÓN.....	147
--	------------

Hernando Blandón Gómez

CONSTITUIÇÃO, COMUNIDADE RESPONSIVA E ESPAÇO LOCAL.....	159
--	------------

Jacson Roberto Cervi

A TRAJETÓRIA DE WARAT E A INFLUÊNCIA DE KELSEN PARA UMA CONCEPÇÃO DE MEDIAÇÃO NA OBSERVAÇÃO DO DIREITO.....	173
--	------------

Leonel Severo Rocha

Sheila Marione Uhlmann Willani

SOBRE O CONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE UM DIREITO AMBIENTAL TRANSNACIONAL.....187

Liton Lanes Pilau Sobrinho
Jaqueline Moretti Quintero

A DIGNIDADE HUMANA E O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE FILHO SOCIOAFETIVO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: ESTUDO DE CASO.....203

Marcos Costa Salomão

NOÇÕES INTERATIVAS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS IDEIAIS DA SUSTENTABILIDADE: COMPREENDENDO A INGERÊNCIA ENTRE OS INSTITUTOS COMO RESPALDO DO DIREITO À VIDA DIGNA.....215

Juliete Ruana Mafra Granado
Marcos Leite Garcia

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CASOS DE CONFLITOS FAMILIARES NO ÂMBITO EXTRAJUDICIAL & JUDICIAL IRÁ COLABORAR COM A AUTOCOMPOSIÇÃO?.....227

Mauro Gaglietti

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO: REPARAR O QUÊ?.....245

Natália Formagini Gaglietti

ALGUNOS DILEMAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL ABOGADO: EL CONFLICTO DE INTERESES.....259

Nuria Beloso Martín

LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO.....277

Paulo César do Amaral De Pauli

LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....291

Rafael Báez Serrano

MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIREITO COMPARADO.....313

Taciana Marconatto Damo Cervi

CIBERTRANSPARENCIA: INFORMACIÓN PÚBLICA EN RED Y EL LÍMITE CONSTITUCIONAL DE LA INTIMIDAD - UN PLANTEAMIENTO A PARTIR DE LA DOCTRINA DE ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO.....325

Têmis Limberger

A INTERNET COMO UM NOVO ESPAÇO DE REPRESENTAÇÃO E RECONHECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES, DA DEMOCRACIA E DA CIDADANIA.....333

Thami Covatti Piaia

**ACORDO TRIPS E BIODIVERSIDADE: PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA
PROPRIEDADE INTELECTUAL OU APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS
NATURAIS E DO CONHECIMENTO TRADICIONAL?.....345**

Thiago Luiz Rigon de Araujo

**OS IMIGRANTES HAITIANOS E A BUSCA POR UMA VIDA DIGNA NA
TERRA PROMETIDA.....357**

Thiago Roberto Gebert Garcia

**INSTRUMENTOS LEGAIS E POLÍTICOS DE GERENCIAMENTO DO RISCO
DE INUNDAÇÕES EM CIDADES DA AMAZÔNIA BRASILEIRA.....369**

Viviane Passos Gomes

INSTITUIÇÕES PARCEIRAS.....389

APRESENTAÇÃO

A problemática relativa aos direitos humanos merece, mais do que nunca, uma atenção especial. Vive-se em constante mutação, a sociedade da informação e do consumo necessita de controle em virtude do uso nocivo que muitas vezes se faz das novas tecnologias sob a égide do poder econômico, os quais distorcem e promovem graves violações aos direitos humanos, na forma individual quanto coletiva. Ulrich Beck nos fala de uma sociedade de risco, onde as ameaças são transtemporais, com suas repercussões e alcance global, no sentido de ser uma sociedade potencialmente catastrófica.¹

Como assinala Antônio-Enrique Pérez Luño, os direitos humanos consistem em um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, refletem as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser positivadas pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (PÉREZ LUÑO, 2008, p. 24).

De alguma forma, essas questões são abordadas nesta obra, coordenada por Jacson Roberto Cervi, da URI e Álvaro Sánchez Bravo, da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla, Espanha, presidente da Associação Andaluza de Direito, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e Diretor dos Encontros Hispano-Brasileiros de Filosofia do Direito e Direitos Humanos.

Trata-se de temática atualíssima, consubstanciada por aspectos políticos, jurídicos, sociais e ecológicos, mas que repercutem e comunicam-se transversalmente, e, assim, expressam a qualidade da pesquisa ora entregue à comunidade acadêmica. A obra consiste em trabalhos apresentados por professores e alunos investigadores no VII Encuentro Hispano-Brasileño de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, realizado nos dias 30 de Novembro e 1º de Dezembro de 2015, o qual reuniu representantes de universidade brasileiras, espanholas e latinoamericanas.

Neste sentido, parabenizamos a todas as Instituições parceiras: Universidade de Sevilha, Universidade de Passo Fundo (UPF), Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Universidade de Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Universidade de Burgos-ES,

¹ BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage, 1992.

Universidade de Vigo-ES, Universidade Pontifícia Bolivariana-Bolívia. Especialmente, a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo, por sua colaboração, esforço, compromisso e dedicação para a edição desta obra. A todos os colaboradores desta destacada rede de cooperação científica, agradecemos pela amizade, apoio e carinho ao longo destes anos, e por tantos projetos e atividades que ainda haveremos a desenvolver juntos.

O rico sumário onde consta a relação dos co-autores da obra já esclarece o alcance de temáticas de imensa relevância política, social e intelectual.

Assim, para melhor enfrentar essa problemática, surge essa rede de Instituições, numa parceria acadêmica e científica, com o propósito de viabilizar aos seus pesquisadores, os meios necessários para acontecer a reflexão coletiva, que de forma qualificada, é materializada na presente obra. A coletânea possui relação direta com as linhas de pesquisas dos programas de mestrado e doutorado participantes, derivada de pesquisas institucionais e de grupos de investigadores, com caráter inovador e significativo potencial de impacto sobre a área jurídica. Além das Universidades implicadas, a obra conta com o apoio da *Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, na editoração, publicação e na premiação anual de pesquisadores, sendo que no ano de 2015 foi reconhecido o destacado trabalho da Dra. Nuria Belloso Martín, da Universidade de Burgos-Espanha.

Enfim, a obra é dedicada a todos que, de uma forma ou de outra, ainda não perderam a capacidade de se indignar com todo tipo de injustiça, em especial àquelas que afetam os direitos humanos fundamentais e que, apesar de tudo, seguem acreditando num mundo melhor para todos.

Prof. Dr. **João Martins Bertaso**

Prof. Dr. **Jacson Roberto Cervi**

COLABORADORES

Álvaro A. Sánchez Bravo – Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Director de los Encuentros Hispano-Brasileño de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Expert European Research Council Executive Agency (ERCEA). European Commission. Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental.

Alini Bueno dos Santos Taborda – Advogada, Especialista em Direito Tributário e Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC, Especialista em Formação Pedagógica pela Celer Faculdades/SC, Mestre em Direito pela URI – Campus de Santo Ângelo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade e do Grupo Cidadania e Direitos Culturais: a proteção dos direitos das minorias nos tribunais brasileiros, vinculado ao CNPq.

Camila Stangherlin – Mestra em Direito pela URI – Santo Ângelo/RS; Especialista em Direito Processual Civil; Advogada Pública Municipal de Porto Lucena-RS; Conciliadora Cível Voluntária; Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade.

Clovis Gorczewski – Abogado, doctor en Derecho (*Universidad de Burgos*, 2001), pos-doctor en Derecho (CAPES – *Universidad de Sevilla*, 2007), pos-doctor en Derecho (CAPES – *Fundación Carolina – Universidad de La Laguna*, 2010). Profesor de la *Universidade de Santa Cruz do Sul*.

Elisângela Furian Fratton – Abogada. Máster en Derecho por la *Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC-Brasil*; Máster en Derechos Humanos por la *Universidade do Minho – UMINHO- Portugal*.

Enán Arrieta Burgos – Lawyer, specialized in procedural law, PhD student in Philosophy at *Universidad Pontificia Bolivariana (UPB)*. Member of Grupo de Investigación sobre Estudios Críticos and Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal. This article is the result of the Del juzgar al Otro: ensayo desde la mirada sartriana, research project, approved and financed by Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI/UPB). E-mail: enan.arrieta@upb.edu.co. This paper is a work in progress. An earliest version was published as a chapter of the book *Crisis de la noción de derecho* (Ruiz, 2015), entitled *Introducción a la crítica del concepto de derecho en Jean-Paul Sartre*. I would like to thank Ursula Baigorria Köppel for her revision of this English translation.

Gabriel Antinolfi Divan – Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado.

Gilberto Stürmer – Mestre em Direito pela PUCRS Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC; Pós-Doutor em Direito pela UFSC; Professor de Direito do Trabalho na PUCRS – Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado; Coordenador do Departamento de Direito Público e Social da Faculdade de Direito da PUCRS;

Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito da PUCRS; Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Estado, Processo e Sindicalismo” do PPGD da PUCRS; Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; Titular da Cadeira nº 04 da Academia Sul-rio-grandense de Direito do Trabalho; Advogado e Parecerista.

Hernando Blandón Gómez – Diseñador Gráfico, Magíster en Comunicación Digital, Magister en Literatura colombiana. Profesor Asociado de la Escuela de Arquitectura y Diseño Gráfico de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín-Colombia). Investigador adscrito al Grupo GIDG de Diseño Gráfico y al Grupo de Investigación sobre Estudios Críticos de la misma Universidad. Este texto se realiza en el marco del proyecto de investigación titulado Los discursos invisibles de la imagen: una mirada desde la ética, la estética y la política aprobado por el CIDI/UPB.

Jacson Roberto Cervi – Mestre em Direito pela UCS. Doutor em Direito com estágio doutoral na Universidade de Sevilha-Espanha. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da URI, Campus de Santo Ângelo. Pesquisador. Advogado.

Leonel Severo Rocha – Dr. EHESS-Paris. Pesquisador do CNPq. Coordenador e Prof. Titular do PPGD Direito da Unisinos e Prof. Da URI.

Sheila Marione Uhlmann Willani – Doutoranda na UNISINOS, Bolsista CAPES.

Liton Lanes Pilau Sobrinho – Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu mestrado em direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo.

Jaqueline Moretti Quintero – Aluna do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – CDCJ/PPCJ da UNIVALI; Linha de Pesquisa: Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade.

Marcos Costa Salomão – Mestrando em Direito pela Universidade Regional integrada das Missões-URI/Santo Ângelo; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade de Passo Fundo; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor de Direito Civil do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis; Oficial de Registros Públicos e Tabelião na Comarca de Três de Maio/RS.

Juliete Ruana Mafra Granado – Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

Marcos Leite Garcia – Realizou Estágio de Pós-doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina entre 2012 e 2013. Doutor em Direito (programa Direitos Fundamentais) pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha (2000). Máster

(mestre) em Direitos Humanos pelo 'Instituto de Derechos Humanos' da Universidade Complutense de Madrid - Espanha (1990). Especialista em História da Inquisição pelo 'Instituto de Historia de la Inquisición' da Universidade Complutense de Madrid (1996) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1988). Laureado com a Medalha de Ouro do Claustro Extraordinario de Doutores da Espanha, teve sua tese doutoral aprovada com nota máxima (Sobresaliente Cum Laude) e indicada ao Prêmio Extraordinário de Doutorado do ano letivo 2000/2001 pelo Ministério de Educação e Cultura do Reino da Espanha. Desde 2001 é Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Cursos de Mestrado e de Doutorado (Conceito 5 CAPES/MEC). No Curso de Mestrado atualmente é responsável pela disciplina 'Teoria dos Direitos Fundamentais' e no Curso de Doutorado ministra a disciplina 'Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais'. Na graduação é professor de 'Direito Constitucional' nos Campi da UNIVALI da Grande Florianópolis e ministra os seminários sobre temas de Direitos Humanos e Processo Legislativo. Da mesma maneira desde 2015 é Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado - da Universidade de Passo Fundo (UPF), no qual ministra as disciplinas de 'Teoria do Direito' e 'Teoria dos Direitos Fundamentais'. Consultor ad hoc da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direitos Fundamentais e Teoria Constitucional, atuando como docente principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, direitos humanos, direitos sociais, direitos políticos, cidadania, processo legislativo e teoria política. Autor de diversos artigos e capítulos de livros sobre temas relacionados aos Direitos Fundamentais. Palestrante em diversas universidades brasileiras e em diversos países como Espanha, Portugal, Argentina, Peru, Uruguai, Colômbia, Cuba, Equador e Bolívia. É pesquisador e um dos líderes do Grupo de Pesquisa em Estado, Constitucionalismo e Produção do Direito do CNPq. Também pesquisador da Cátedra Jean Monnet sobre integração europeia, na qual coordena a linha de pesquisa sobre Integração Sul-Americana e Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Criador e professor responsável do Grupo de Pesquisa em Teoria dos Direitos Humanos Gregorio Peces-Barba. Ademais participou de diversos projetos de investigação entre as Universidades Federal do Ceará, Federal de Santa Catarina, UNIVALI, entre outras, sobre a Integração Sul-Americana, Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Direito Ambiental, Sustentabilidade e Águas. Desde 2013 é Membro Vitalício da Academia Catarinense de Letras Jurídicas - ACALEJ - e ocupa a cadeira de n.12, tendo como Patrono Nereu Ramos.

Mauro Gaglietti – Professor do Mestrado em Direito da URI (Santo Ângelo, RS - Brasil), dos Cursos de Graduação em Direito da URI, FAI e Faculdades João Paulo II (Santo Ângelo-RS, Itapiranga, SC e Passo Fundo, RS, respectivamente). É Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na UNOESC (Chapecó, SC), ANHANGUERA (Passo Fundo, RS), FAPAS (Santa Maria, RS); FEMA (Santa Rosa, RS), URI (Frederico Westphalen, RS). É Doutor em História/PUCRS e Mestre em Ciência Política/UFRGS, tendo obtido o título de Graduação e de Especialização em História na UFSM. É Mediador extrajudicial em Passo Fundo, desde 2007. Mais recentemente, atua como mediador junto a Mediar - Central de Mediação, Conciliação & Arbitragem e Coordena o Núcleo de Mediação no Curso de Direito das Faculdades João Paulo II. Sua experiência mais abrangente concentrou-se na coordenação, entre 2011 e 2013, do Projeto Justiça Comunitária - em parceria com o Ministério da Justiça - nos bairros Zachia e Valinhos em Passo Fundo. Em seu currículo constam, ainda, a

coordenação de cursos de formação de mediadores escolares e comunitários na URI em Santo Ângelo, entre 2011 e 2015, e, em Passo Fundo, implantou, o primeiro curso do Brasil de Pós-Graduação em Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa em 2011. Integra, ainda, desde 2010, a Academia Passo-Fundense de Letras, coordenando, desde 2009, os Cafés Filosóficos em Passo Fundo, RS – Brasil.

Natália Formagini Gaglietti – Advogada. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, Rio Grande do Sul – Brasil.

Nuria Belloso Martín – Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos (España). Es Directora del Departamento de Derecho Público. Es Coordinadora del Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios. Es Directora del Curso de Especialista en Mediación Familiar. Es Directora de Relaciones Internacionales y Cooperación del Grupo de Investigación “Minga. Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social” (Brasil). Es investigadora del CES (Universidad de Coimbra).

Paulo César do Amaral De Pauli – Abogado, Master en Derecho (Unisinós, Brasil), Doctor en Derecho Público (Universidad de Burgos, España).

Rafael Báez Serrano – Doctor en Derecho.

Taciana Marconatto Damo Cervi – Mestra em Direito. Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutorado em Direito – UFRGS. Assessora do Comitê de Ética em Pesquisa com Humanos na URI campus de Santo Ângelo.

Têmis Limberger – Profesora del Programa de Posgrado en Derecho de la UNISINOS. Pos doctorado en Derecho por la Universidad de Sevilla. Doctorado en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Fiscal del Ministerio Público. Autora del trabajo conjunto con el profesor Antonio Enrique Pérez Luño - Construcción Europea y Teledemocracia - El planteamiento de la ciber ciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo en la cibertransparencia (Madrid: Manuel Tovar, 2013) y autora del artículo en la Revista General de Derecho Constitucional - Cibertransparencia: información pública en la red y el límite constitucional de la intimidad (2014). Orientación Maestría y Doctorado.

Thami Covatti Piaia – Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Urbana-Champaign – EUA. Professora na Graduação e no Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS.

Thiago Luiz Rigon de Araujo – Mestre em Direito pela URI/Santo Ângelo e Docente da URI/Frederico Westphalen-RS.

Thiago Roberto Gebert Garcia – Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do

Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo-IESA. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo-IESA. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade, liderado pelo Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo.

Viviane Passos Gomes – Doutora em Direito pela Universidade de Sevilha-Espanha, com a tese intitulada: “Gestão Integrada e Participativa das Águas no Brasil e na Espanha: uma análise de direito comparado”.

**DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA Y MEDIO AMBIENTE:
CRISIS AMBIENTAL, INJUSTICIA Y POBREZA A LA LUZ DE LA
ENCÍCLICA LAUDATIO SI.***

Álvaro A. Sánchez Bravo

1 Introducción: compromiso socioambiental e iglesia

“Laudatio Si”¹. Con estas simples, pero esclarecedoras palabras comienza la Encíclica del Papa Francisco, dedicada al medio ambiente, pero también a los desafíos de los nuevos modelos sociales, los valores en la sociedad tecnológica y el papel que todos, no sólo la Iglesia Católica, tenemos en la responsabilidad solidaria hacia la conservación del planeta, la *Casa Común* como la denomina el Santo Padre, y a la búsqueda de una sociedad más justa e inclusiva.

El medio ambiente considerado como “*bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos*”².

En una reciente alocución, el Santo Padre reiteraba el compromiso inequívoco con la defensa ambiental y nuestro compromiso material y ético al señalar que “*como*

* Texto ampliado de “Crisis ambiental y casa común: una interpretación del medio ambiente a la luz de la Encíclica *Laudatio Si*”, en *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*, coordenação de Jorge Miranda... [et al.], Juruá, 2016, pp. 327-ss.

¹CARTA ENCICLICA *LAUDATIO SI* DEL SANTO PADRE FRANCISCO SOBRE EL CUIDADO DE LA CASA COMÚN. San Pedro de Roma, Vaticano, 24 de mayo de 2015. En adelante, CELS.

El Cántico de las Criaturas, obra de San Francisco de Asís fue escrito, aproximadamente, a finales de 1224.

Laudatosie, mi' Signore cum tucte le Tuecreature,/spetialmentemessor lo frateSole,
lo qual è iorno, et allumeninoi per lui./Et ellu è bellu e radiante cum grande splendore:
de Te, Altissimo, porta significatione.

Laudato si', mi Signore, per sora Luna e le stelle:/in celul'àiformateclarite et pretiose et belle./Laudato si',
mi' Signore, per frateVento/et per aere et nubilo et sereno et onne tempo,/
per lo quale, a le Tuecreaturedàisustentamento.

Laudato si', mi' Signore, per sor Aqua,/la quale è multo utile et humile et pretiosa et casta.

Laudato si', mi Signore, per frateFocu,/per lo qualeennallumini la nocte:/
ed ello è bello et iocundo et robustoso et forte.

Laudato si', mi' Signore, per sora nostramatre Terra,/la qualene sustenta et governa,/
et produce diversifrukti con coloritiflori et herba.

² CELS. 95, p.75.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

administradores de la creación, estamos llamados a hacer de la tierra un bello jardín para la familia humana. Cuando destruimos nuestros bosques, devastamos nuestro suelo y contaminamos nuestros mares, traicionamos esa noble llamada... el hombre es el que agrede constantemente a la naturaleza”.

Y esta preocupación se trasluce a lo largo de todo el texto, imbricando unas temáticas con otras, y teniendo como foco común no sólo la reflexión ante la crisis ecológica, sus causas y posibles soluciones, sino, sobre todo, el sentido radicalmente humanista y comprometido en la defensa de los pobres, de los marginados, de los desfavorecidos, que como bien se resalta en el texto, al referirse a la hermana nuestra madre tierra “ *Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a expoliarla. La violencia que hay en el corazón humano... también se manifiesta en los sistemas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra que <<gime y sufre dolores de parto>>*”³

Asumiendo y profundizando en la doctrina social de la Iglesia⁴, sobre la preservación de la naturaleza, y en los textos de sus predecesores en el Papado, Francisco de manera valiente y comprometida reconoce que “*son inseparables la preocupación por la naturaleza, la justicia con los pobres, el compromiso con la sociedad y la paz interior*”⁵. Asumiendo lo señalado por la conferencia episcopal neozelandesa nos recuerda, “*qué significa el mandamiento <<no matarás>> cuando <<un veinte por ciento de la población mundial consume recursos en tal medida que roba a las naciones pobres y a las futuras generaciones los que necesitan para sobrevivir>>*”⁶

A mayor abundamiento, al final de la primera parte del texto pontificio, al diseñar los temas que posteriormente abordará más profundamente, e incluso como síntesis anticipada, señala: “*la íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, la convicción de que el mundo todo está conectado, la crítica al nuevo paradigma y a las formas de poder que derivan de la tecnología, la invitación a buscar otros modos de entender la economía y el progreso, el valor propio de cada criatura, el*

³CELS. 2, p. 3.

⁴*Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Pontificio Consejo "Justicia y Paz". CAPÍTULO DÉCIMO. SALVAGUARDAR EL MEDIO AMBIENTE.

http://www.vicariadepastoral.org.mx/8_compendio_doctrina_social/cdsi_17.htm

⁵CELS. 10, p. 10.

⁶CELS. 95, p. 75.

sentido humano de la ecología, la necesidad de debates sinceros y honestos, la grave responsabilidad de la política internacional y local, la cultura del descarte y la propuesta de un nuevo estilo de vida”⁷

Como especialmente relevante, debemos considerar también la visión del pontífice, respecto a una incorrecta interpretación histórica de la antropología cristiana que pudo fundamentar un uso arbitrario e injusto de nuestra naturaleza. Esta posición valiente, no exenta de polémica, sintetiza, de nuevo, ese compromiso con el humanismo cristiano, con la doctrina social, con la verdadera proximidad a Cristo: *“Una presentación inadecuada de la antropología cristiana pudo llegar a respaldar una concepción equivocada sobre la relación del ser humano con el mundo. Se transmitió muchas veces un sueño prometeico de dominio sobre el mundo que provocó la impresión de que el cuidado de la naturaleza es cosa de débiles. En cambio, la forma correcta de interpretar el concepto del ser humano como <<señor>> del universo consiste en entenderlo como administrador responsable⁸...Al mismo tiempo, el pensamiento judío-cristiano desmitificó la naturaleza. Sin dejar de admirarla por su esplendor y su inmensidad, ya no le atribuyó un carácter divino. De esa manera se destaca todavía más nuestro compromiso ante ella”⁹.*

Ante esta constatación, es necesaria una nueva visión del cristianismo ante los problemas socioambientales, que se desgranar, sensible, pero contundentemente, en el Capítulo Segundo, que lleva por sugerente título: *El evangelio de la Creación*.

Así, partiendo de la radical e igual dignidad de todas las personas¹⁰, entronca con la preocupación del otro gran elemento axiológico de la existencia, la libertad. Esa libertad, considerada por algunos como bien absoluto, individual que abre la puerta a la apropiación insolidaria y egoísta de la naturaleza y sus frutos, cuando no, para otros, a una visión pacata de ultra ecologismo, de retorno aséptico a un pretendido estado de naturaleza. Ante esta tesitura, *“un retorno a la naturaleza no puede ser a costa de la libertad y la responsabilidad del ser humano, que es parte del mundo con el deber de cultivar sus propias capacidades para protegerlo y desarrollar sus potencialidades”¹¹.*

⁷CELS, 16, p. 15.

⁸CELS. 116, p. 91.

⁹CELS. 78, p. 61.

¹⁰“La inmensa dignidad de cada persona humana, que <<no es solamente algo, sino alguien. Es capaz de conocerse, de poseerse y de darse libremente y entrar en comunión con otras personas>>”.CELS. 65, p. 51.

¹¹CELS. 78, p. 61.

Al contrario, la libertad debe ser el catalizador de una opción militante por la sostenibilidad, por la “apuesta positiva”, por un mundo mejor, frente a una loca huida hacia ninguna parte: *“La libertad humana puede hacer su aporte inteligente hacia una evolución positiva, pero también puede agregar nuevos males, nuevas causas de sufrimiento y verdaderos retrocesos. Esto da lugar a la apasionante y dramática historia humana, capaz de convertirse en un despliegue de liberación, crecimiento, salvación y amor, o en un camino de decadencia y de mutua destrucción... <<debe proteger sobre todo al hombre contra la destrucción de sí mismo>>”*¹².

La apuesta por una vuelta a la naturaleza no es a una visión estática de ésta; es la apuesta por una integración, ya referida anteriormente, con los aspectos sociales y axiológicos, cuya no adecuado justiprecio puede causar enormes males y sufrimientos, pues *“cuando se propone una visión de la naturaleza únicamente como objeto de provecho y de interés, esto también tiene serias consecuencias en la sociedad. La visión que consolida la arbitrariedad del más fuerte ha propiciado inmensas desigualdades, injusticias y violencia para la mayoría de la humanidad, porque los recursos pasan a ser del primero que llega o del que tiene más poder: el ganador se lleva todo”*¹³

Por tanto, el punto de partida, debe ser la incorporación de *“una perspectiva social que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los más postergados. El principio de la subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, el derecho universal a su uso es una <<regla de oro>> del comportamiento social y el <<primer principio de todo el ordenamiento ético-social>>”*¹⁴¹⁵.

Pero la fuerza de su mensaje, no se reduce a estas importantes consideraciones generales, sino que hace un apelo a cada uno de nosotros, a nuestro compromiso personal, a valorar lo que tenemos, sin alardear de ello, sin falsas apariencias, para ser conscientes, sensiblemente conscientes, que *“algunos se arrastran en una degradante miseria, sin posibilidades reales de superación, mientras otros ni siquiera saben qué hacer con lo que poseen, ostentan vanidosamente una superioridad y dejan tras de sí un nivel de desperdicio que sería imposible generalizar sin destrozarse el planeta. Seguimos*

¹²CELS. 79, p. 62.

¹³CELS. 82, p. 64.

¹⁴CELS. 93, p. 73.

¹⁵La Encíclica sigue en este punto las enseñanzas de San Juan Pablo II, quien en su Carta Encíclica *Centesimus annus*, establece enfáticamente que *“Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, **sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno**”*. Vid. Carta Enc. *Centesimus annus* (1 de mayo de 1991), 31: AAS 83 (1991), 831. La negrita es nuestra.

admitiendo en la práctica que unos se sientan más humanos que otros, como si hubieran nacido con mayores derechos”¹⁶.

2 Sociedad tecnológica, relativismo y angustia ambiental

Nos encontramos ante nuevos modelos sociales, nuevas formas de relacionarnos que determinan la forma en que percibimos e interactuamos con el planeta y con nuestros semejantes.

Ahora bien, no todos los avances tecnológicos suponen un avance en la titularidad y el ejercicio de los derechos, en la solidaridad, en la consecución de un mundo mejor.

Como señaló premonitoriamente Pérez Luño, el progreso tecnológico no puede considerarse de manera ideal, pues junto a innegables progresos y mejoras, ha puesto en evidencia fenómenos de agresión a los derechos y libertades de los ciudadanos¹⁷. Pues, como continua señalando el profesor de la Hispalense, “en las sociedades informatizadas del presente el poder no reside ya en el ejercicio de la fuerza física, sino en el uso de informaciones que permiten influir y controlar las actividades de los ciudadanos. De ahí que las posibilidades de intercambio en los procesos sociales, económicos y políticos se determinen realmente por el acceso a la información. La información deviene poder y ese poder se hace decisivo cuando transforma informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas”¹⁸.

Poder, que como señala el Santo Padre, “*dan a quienes tienen el conocimiento, y sobre todo el poder económico para utilizarlo, un dominio impresionante sobre el conjunto de la humanidad y del mundo entero. Nunca la humanidad tuvo tanto poder sobre sí misma y nada garantiza que vaya a utilizarlo bien, sobre todo si se considera el*

¹⁶CELS. 90, p. 71.

¹⁷ PEREZ LUÑO, A.E., “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-87, p. 259. SANCHEZ BRAVO, A., *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, 2001; y BELLOSO MARTÍN, N., “Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la Red”, en la obra colectiva *O impacto das novas tecnologias nos direitosfundamentais/ organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]*, pp. 13-40, Editora Unoesc, Joaçaba- SC, 2015.

¹⁸ PEREZ LUÑO, A.E., “Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática”, en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 2, 1989-90, p. 172; y *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª edic., Tecnos, Madrid, p. 347. SANCHEZ BRAVO, A., “Control tecnológico en el ciberespacio: de redes y espías”, en la obra colectiva *O impacto das novas tecnologias nos direitosfundamentais/ organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]*, pp. 41-70, Editora Unoesc, Joaçaba- SC, 2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
modo como lo está haciendo”.¹⁹ Así, siguiendo a Guardini²⁰, la Encíclica señala nítidamente como “*se tiende a creer que <<todo incremento del poder constituye sin más un progreso, un aumento de seguridad, de utilidad, de bienestar, de energía vital, de plenitud de los valores>>*²¹ ...*el hecho es que <<el hombre moderno no está preparado para utilizar el poder con acierto>>, porque el inmenso crecimiento tecnológico no estuvo acompañado de un desarrollo del ser humano en responsabilidad, valores, conciencia. Cada época tiende a desarrollar una escasa autoconciencia de sus propios límites*”²².

La preocupación se centra por tanto, en la doble manifestación de una visión tecnocrática unidimensional, homogeneizante y acrítica que asume la tecnología como un elemento indispensable para el crecimiento, que hay que asumir asépticamente; y un sistema económico basado sólo en el rédito inmediato, en el uso sin límites, en el derroche, que tiene en la tecnología el nuevo *golem* que garantizará su éxito en los mercados. La postura papal es ciertamente contundente en la contemplación de estas realidades y su conexión con el deterioro ambiental: “*la intervención humana en la naturaleza siempre ha acontecido, pero durante mucho tiempo tuvo la característica de acompañar, de plegarse a las posibilidades que ofrecen las cosas mismas. Se trataba de recibir lo que la realidad natural de suyo permite, como tendiendo la mano. En cambio ahora lo que interesa es extraer todo lo posible de las cosas por la imposición de la mano humana, que tiende a ignorar u olvidar la realidad misma de lo que tiene delante*”²³.

Esta actitud conlleva que se piensa que será fácil, y adecuado, un crecimiento infinito. Pero como se señala en el texto, “*supone la mentira de la disponibilidad infinita de los bienes del planeta, que lleva a estrujarlo hasta el límite y más allá del límite*”²⁴

Se olvida que la tecnología no es neutra, que condiciona y determina, de manera sibilina en numerosas ocasiones, nuestra vida y relaciones, al servicio de grupos de poder, que controlan las relaciones sociales, propiciando que “la capacidad de decisión,

¹⁹CELS. 104, p. 81.

²⁰GUARDINI, R., *Obras Selectas. Tomo I -Europa: tarea y realidad - El ocaso de la Edad Moderna - El poder - La obra de arte*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1981.

²¹CELS.104, p.81.

²²CELS. 105, p. 82.

²³CELS. 106, p. 83.

²⁴Ibíd.

la libertad más genuina y el espacio para la creatividad alternativa de los individuos se ven reducidos²⁵”.

Son justamente las lógicas de dominio tecnocrático las que llevan a destruir la naturaleza y a explotar a las personas y las poblaciones más débiles. “*El paradigma tecnocrático también tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política*”²⁶, impidiendo reconocer que “*el mercado por sí mismo no garantiza el desarrollo humano integral y la inclusión social*”²⁷.

Los saberes especializados de la tecnología parcelan el conocimiento, impidiéndonos valorizar el conjunto, “*las relaciones entre las cosas*”²⁸. Por ello es imprescindible que el conocimiento sea integrador, que recoja lo que otras áreas del conocimiento han generado, sin olvidar la filosofía y la ética social. Sólo de esta manera podrá generarse una nueva cultura ecológica que constituya una “*una mirada distinta, un pensamiento, una política, un programa educativo, un estilo de vida y una espiritualidad que conformen una resistencia ante el avance del paradigma tecnocrático*”²⁹. Es por ello la apuesta de pontífice, clara e inequívoca, por la “*urgencia de avanzar en una valiente revolución cultural. La ciencia y la tecnología no son neutrales, sino que pueden implicar desde el comienzo hasta el final de un proceso diversas intenciones o posibilidades, y pueden configurarse de distintas maneras. Nadie pretende volver a la época de las cavernas, pero sí es indispensable aminorar la marcha para mirar la realidad de otra manera, recoger los avances positivos y*

²⁵CELS. 108, p. 85.

²⁶CELS. 109, p. 85.

²⁷ *Ibíd.* “*El paradigma tecnocrático también tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política. La economía asume todo desarrollo tecnológico en función del rédito, sin prestar atención a eventuales consecuencias negativas para el ser humano. Las finanzas ahogan a la economía real. No se aprendieron las lecciones de la crisis financiera mundial y con mucha lentitud se aprenden las lecciones del deterioro ambiental. En algunos círculos se sostiene que la economía actual y la tecnología resolverán todos los problemas ambientales, del mismo modo que se afirma, con lenguajes no académicos, que los problemas del hambre y la miseria en el mundo simplemente se resolverán con el crecimiento del mercado. No es una cuestión de teorías económicas, que quizás nadie se atreve hoy a defender, sino de su instalación en el desarrollo fáctico de la economía. Quienes no lo afirman con palabras lo sostienen con los hechos, cuando no parece preocuparles una justa dimensión de la producción, una mejor distribución de la riqueza, un cuidado responsable del ambiente o los derechos de las generaciones futuras. Con sus comportamientos expresan que el objetivo de maximizar los beneficios es suficiente. Pero el mercado por sí mismo no garantiza el desarrollo humano integral y la inclusión social. Mientras tanto, tenemos un «superdesarrollo derrochador y consumista, que contrasta de modo inaceptable con situaciones persistentes de miseria deshumanizadora», y no se elaboran con suficiente celeridad instituciones económicas y cauces sociales que permitan a los más pobres acceder de manera regular a los recursos básicos. No se termina de advertir cuáles son las raíces más profundas de los actuales desajustes, que tienen que ver con la orientación, los fines, el sentido y el contexto social del crecimiento tecnológico y económico*”.

²⁸CELS. 110, p. 87.

²⁹CELS. 111, p. 88.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
*sostenibles, y a la vez recuperar los valores y los grandes fines arrasados por un
desenfreno megalómano*”³⁰.

En la raíz de todo ello puede diagnosticarse en la época moderna un exceso de antropocentrismo: el ser humano ya no reconoce su posición justa respecto al mundo, y asume una postura autorreferencial, centrada exclusivamente en sí mismo y su poder.

Esto conduce, en palabras del Santo Padre, a una *“esquizofrenia, que va de la exaltación tecnocrática que no reconoce a los demás seres un valor propio, hasta la reacción de negar todo valor peculiar al ser humano. Pero no se puede prescindir de la humanidad. No habrá una nueva relación con la naturaleza sin un nuevo ser humano. No hay ecología sin una adecuada antropología*”³¹

El ser humano ya no reconoce su posición justa respecto al mundo, y asume una postura autorreferencial, centrada exclusivamente en sí mismo y su poder. De ello deriva una lógica “usa y tira” que justifica todo tipo de descarte, sea éste humano o ambiental, que trata al otro y a la naturaleza como un simple objeto y conduce a una infinidad de formas de dominio. Es la lógica que conduce a la explotación infantil, el abandono de los ancianos, a reducir a otros a la esclavitud, a sobrevalorar las capacidades del mercado para autorregularse, a practicar la trata de seres humanos, el comercio de pieles de animales en vías de extinción, y de “diamantes ensangrentados”. Es la misma lógica de muchas mafias, de los traficantes de órganos, del narcotráfico y del descarte de niños que no responde al deseo de sus padres³².

Ahora bien el antropocentrismo desaforado, no nos debe hacer caer, en un *“biocentrismo”*, pues sólo conseguiríamos, a modo de péndulo, generar nuevos problemas. Es necesario reflexionar sobre la idea de que, *“si la crisis ecológica es una eclosión o una manifestación externa de la crisis ética, cultural y espiritual de la modernidad, no podemos pretender sanar nuestra relación con la naturaleza y el ambiente sin sanar todas las relaciones básicas del ser humano*”³³.

Se advierte en el texto una gran preocupación ante el hecho de que junto al poder tecnocrático y la hedonización del poder sin límites, los seres humanos están

³⁰CELS. 114, p. 90.

³¹CELS. 118, p. 92.

³²CELS. 123, pp. 95-96.

³³CELS. 119, p. 93

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
 subyugados por un relativismo que les hace percibir como relevantes sólo aquellos
 intereses que pueden satisfacerse de manera inmediata.³⁴

Desde esta perspectiva, la Encíclica afronta dos problemas cruciales para el mundo de hoy. En primer lugar, el trabajo: “*En cualquier planteo sobre una ecología integral, que no excluya al ser humano, es indispensable incorporar el valor del trabajo*”³⁵, pues “*Dejar de invertir en las personas para obtener un mayor rédito inmediato es muy mal negocio para la sociedad*”³⁶.

En segundo lugar, los límites del progreso científico, con clara referencia a los Objetivos Generales del Milenio, que son “*una cuestión ambiental de carácter complejo*”. Si bien “*en algunas regiones su utilización ha provocado un crecimiento económico que ayudó a resolver problemas, hay dificultades importantes que no deben ser relativizadas*”, por ejemplo “*una concentración de tierras productivas en manos de pocos*”. El Papa Francisco piensa en particular en los pequeños productores y en los trabajadores del campo, en la biodiversidad, en la red de ecosistemas, en los cultivos transgénicos³⁷. Es por ello necesario asegurar “*una discusión científica y social que sea responsable y amplia, capaz de considerar toda la información disponible y de llamar a las cosas por su nombre*», a partir de «*líneas de investigación libre e interdisciplinaria*”^{38,39}

³⁴«*La cultura del relativismo es la misma patología que empuja a una persona a aprovecharse de otra y a tratarla como mero objeto, obligándola a trabajos forzados, o convirtiéndola en esclava a causa de una deuda...Es también la lógica interna de quien dice: « Dejemos que las fuerzas invisibles del mercado regulen la economía, porque sus impactos sobre la sociedad y sobre la naturaleza son daños inevitables »*” CELS. 123, p. 95.

³⁵ CELS. 124, pp. 96-97.

³⁶ CELS. 128, p. 100.

³⁷«*Si bien no hay comprobación contundente acerca del daño que podrían causar los cereales transgénicos a los seres humanos, y en algunas regiones su utilización ha provocado un crecimiento económico que ayudó a resolver problemas, hay dificultades importantes que no deben ser relativizadas. En muchos lugares, tras la introducción de estos cultivos, se constata una concentración de tierras productivas en manos de pocos debido a « la progresiva desaparición de pequeños productores que, como consecuencia de la pérdida de las tierras explotadas, se han visto obligados a retirarse de la producción directa». Los más frágiles se convierten en trabajadores precarios, y muchos empleados rurales terminan migrando a miserables asentamientos de las ciudades. La expansión de la frontera de estos cultivos arrasa con el complejo entramado de los ecosistemas, disminuye la diversidad productiva y afecta el presente y el futuro de las economías regionales. En varios países se advierte una tendencia al desarrollo de oligopolios en la producción de granos y de otros productos necesarios para su cultivo, y la dependencia se agrava si se piensa en la producción de granos estériles que terminaría obligando a los campesinos a comprarlos a las empresas productoras*”. CELS. 134, pp. 104-105.

³⁸ CELS, 132-136, pp.103-106.

³⁹<http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

3 Crisis ecológica

Como señala la Encíclica, *“si la crisis ecológica es una eclosión o una manifestación externa de la crisis ética, cultural y espiritual de la modernidad, no podemos pretender sanar nuestra relación con la naturaleza y el ambiente sin sanar todas las relaciones básicas del ser humano”*⁴⁰.

Vivimos en un mundo acelerado, con una intensidad de ritmos de vida, trabajo y relaciones, que está propiciando el deterioro del mundo y de nuestra calidad de vida, al menos para gran parte de la humanidad.

Debemos asumir los descubrimientos científicos más recientes en materia ambiental como manera de escuchar el clamor de la creación, para *“convertir en sufrimiento personal lo que le pasa al mundo, y así reconocer cuál es la contribución que cada uno puede aportar”*⁴¹. Se acometen así *“varios aspectos de la actual crisis ecológica”*:

-Contaminación, basura y cultura del descarte: asumiendo de nuevo la crítica al sistema económico, se reitera como la tecnología, ligada a un sistema financiero injusto, hace que, la contaminación sea un problema grave, producto de nuestros sistemas productivos, que no es convenientemente considerado. Así, *“la tierra, nuestra casa, parece convertirse cada vez más en un inmenso depósito de porquería”*⁴².

La etiología de este fenómeno, debe buscarse en la cultura de descarte, que faceta tanto a las personas excluidas, como a las cosas que se sustituyen muy rápido por otras, deviniendo basura, pues, *“el sistema industrial, al final del ciclo de producción y de consumo, no ha desarrollado la capacidad de absorber y reutilizar residuos y desechos. Todavía no se ha logrado adoptar un modelo circular de producción que asegure recursos para todos y para las generaciones futuras, y que supone limitar al máximo el uso de los recursos no renovables, moderar el consumo, maximizar la eficiencia del aprovechamiento, reutilizar y reciclar”*⁴³.

-Cambio climático: El clima es un bien común, de todos y para todos. No obstante, *“el cambio climático es un problema global con graves dimensiones*

⁴⁰CELS. 119, p. 93.

⁴¹CELS. 19, p. 18.

⁴²CELS, 21, p. 19.

⁴³CELS. 22, p. 20.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
*ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas, y plantea uno de los principales desafíos actuales para la humanidad*⁴⁴.

Pero los efectos del cambio climático, manifiesta de manera contundente el texto, se ceban especialmente con los más pobres, que pierden sus medios de subsistencia, con lo que carecen de acceso a otros recursos sociales y de protección. Además no se le reconoce el status de refugiados, quedando al albur de los impactos, sin ninguna posibilidad de escapar o aminorar sus efectos⁴⁵, pues muchos de los que *“tienen más recursos y poder económico o político parecen concentrarse sobre todo en enmascarar los problemas o en ocultar los síntomas”*⁴⁶.

Pero no debemos olvidar que *“la falta de reacciones ante estos dramas de nuestros hermanos y hermanas es un signo de la pérdida de aquel sentido de responsabilidad por nuestros semejantes sobre el cual se funda toda sociedad civil”*⁴⁷.

-Agua: El Papa afirma sin ambages que *“el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos”*⁴⁸⁴⁹. Reiterando su compromiso con los más pobres, el texto reitera la deuda con los más desfavorecidos, que no tienen acceso al agua potable, o cuando tienen acceso, el agua es de calidad ínfima, lo que supone *“negarles el derecho a la vida radicado en su dignidad inalienable”*⁵⁰.

La preocupación también se manifiesta en dos problemas relevantes: en primer lugar, *“una mayor escasez de agua provocará el aumento del costo de los alimentos y de distintos productos que dependen de su uso”*; en segundo lugar, *“los impactos ambientales podrían afectar a miles de millones de personas, pero es previsible que el*

⁴⁴ CELS. 25, p. 22.

⁴⁵ *“Muchos pobres viven en lugares particularmente afectados por fenómenos relacionados con el calentamiento, y sus medios de subsistencia dependen fuertemente de las reservas naturales y de los servicios ecosistémicos, como la agricultura, la pesca y los recursos forestales. No tienen otras actividades financieras y otros recursos que les permitan adaptarse a los impactos climáticos o hacer frente a situaciones catastróficas, y poseen poco acceso a servicios sociales y a protección....Es trágico el aumento de los migrantes huyendo de la miseria empeorada por la degradación ambiental, que no son reconocidos como refugiados en las convenciones internacionales y llevan el peso de sus vidas abandonadas sin protección normativa alguna”*. CELS. 25, p. 23. Vid. SANCHEZ BRAVO, A. y LERENA MISAILIDIS, M. (Organizadores), *Os Direitos Fundamentais Dos Refugiados (Deslocados) Ambientais e da Exclusao Socio-Economica.*, Sao Paulo-Sp; Brasil, Verbatim, 2012.

⁴⁶ CELS. 26, p. 24.

⁴⁷ CELS. 25, p. 23.

⁴⁸ CELS. 30, p. 26.

⁴⁹ Vid. SANCHEZ BRAVO, A. (Editor), *Agua: un Recurso Escaso*, Arcibel, Sevilla, 2006; *Agua & Derechos Humanos*, Arcibel, Sevilla, 2012; y SANCHEZ BRAVO, A. y CORDEIRO LOPES, A. (Editores), *Agua: Estudios & Experiencias*, Arcibel, Sevilla, 2011.

⁵⁰ *Ibíd.*

*control del agua por parte de grandes empresas mundiales se convierta en una de las principales fuentes de conflictos de este siglo*⁵¹.

-Pérdida de Biodiversidad: la forma de entender la economía y las actividades comerciales y consumo está generando la depredación de nuestra diversidad, plantas y animales, que pueden constituir recursos muy valiosos para nuestra alimentación, así como para nuestra salud, dada la importancia de los servicios ecosistémicos que proporcionan. Es por ello, la opción por no considerarlos sólo como “recursos”, sino como elementos indispensables de la necesaria interrelación entre los elementos de la naturaleza.

Infelizmente, *“cada año desaparecen miles de especies vegetales y animales que ya no podremos conocer, que nuestros hijos ya no podrán ver, perdidas para siempre. La inmensa mayoría se extinguen por razones que tienen que ver con alguna acción humana. Por nuestra causa, miles de especies ya no darán gloria a Dios con su existencia ni podrán comunicarnos su propio mensaje. No tenemos derecho*⁵².

La consideración de la biodiversidad, con especial énfasis en las selvas, la flora y los océanos y mares tropicales, requiere de una *“mirada que vaya más allá de lo inmediato, porque cuando se busca un rédito económico rápido y fácil, a nadie le interesa realmente su preservación”*⁵³.

-Deterioro de la calidad de vida humana y degradación social: la radical consideración de las personas como seres biológicos, garantizando su derecho a vivir y ser feliz, determina que debemos considerar los efectos de la degradación ambiental, de nuestro modelo económico y de consumo en la vida de las personas.

Así las ciudades de han convertido en lugares inhabitables sin contacto físico con la naturaleza, engullendo los espacios rurales que, privatizados para una élite, se convierten en guetos, infranqueables para los excluidos⁵⁴.

⁵¹CELS. 31, p. 27.

⁵²CELS. 33, p. 28.

⁵³CELS. 36, p. 30

⁵⁴“Hoy advertimos, por ejemplo, el crecimiento desmedido y desordenado de muchas ciudades que se han hecho insalubres para vivir, debido no solamente a la contaminación originada por las emisiones tóxicas, sino también al caos urbano, a los problemas del transporte y a la contaminación visual y acústica. Muchas ciudades son grandes estructuras ineficientes que gastan energía y agua en exceso. Hay barrios que, aunque hayan sido construidos recientemente, están congestionados y desordenados, sin espacios verdes suficientes. No es propio de habitantes de este planeta vivir cada vez más inundados de cemento, asfalto, vidrio y metales, privados del contacto físico con la naturaleza.

45. En algunos lugares, rurales y urbanos, la privatización de los espacios ha hecho que el acceso de los ciudadanos a zonas de particular belleza se vuelva difícil. En otros, se crean urbanizaciones « ecológicas » sólo al servicio de unos pocos, donde se procura evitar que otros entren a molestar una tranquilidad artificial. Suele encontrarse una ciudad bella y llena de espacios verdes bien cuidados en algunas áreas

Además, el crecimiento no ha supuesto automáticamente una mejora de localidad de vida ni de las relaciones sociales, dominadas por los medios digitales, que suele generar *“un nuevo tipo de emociones artificiales, que tienen que ver más con dispositivos y pantallas que con las personas y la naturaleza. Los medios actuales permiten que nos comuniquemos y que compartamos conocimientos y afectos. Sin embargo, a veces también nos impiden tomar contacto directo con la angustia, con el temblor, con la alegría del otro y con la complejidad de su experiencia personal. Por eso no debería llamar la atención que, junto con la abrumadora oferta de estos productos, se desarrolle una profunda y melancólica insatisfacción en las relaciones interpersonales, o un dañino aislamiento”*⁵⁵.

-Inequidad Planetaria: la degradación ambiental no puede ser valorada de forma adecuada sin considerar las causas que determinan la degradación humana y social. Y sobre todo en el impacto sobre los más desfavorecidos (*que no tienen espacio suficiente en las agendas del mundo*), que llega hasta la muerte. Por ello, el Papa Francisco, alerta que *“no suele haber conciencia clara de los problemas que afectan particularmente a los excluidos. Ellos son la mayor parte del planeta, miles de millones de personas”*⁵⁶.

Por ello, que es imprescindible conectar una conciencia ecológico con un planteamiento social, para integrar la justicia en los debates ambientales, para *“escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres”*.

A nivel internacional, existe una verdadera deuda ecológica, especialmente entre el Norte y el Sur, que conforme valiente y contundentemente expone el Papa, es el resultado de la depredación histórica de los recursos naturales por parte de algunos países hegemónicos⁵⁷, apoyados por intereses de multinacionales que no se preocupan con los impactos de sus actividades⁵⁸, y sostenidos por un sistema económico que no

« seguras », pero no tanto en zonas menos visibles, donde viven los descartables de la sociedad” CELS. 44-45, p. 35.

⁵⁵ CELS. 47, p. 37.

⁵⁶ CELS. 49, p. 38.

⁵⁷*“La inequidad no afecta sólo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera « deuda ecológica », particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países. Las exportaciones de algunas materias primas para satisfacer los mercados en el Norte industrializado han producido daños locales, como la contaminación con mercurio en la minería del oro o con dióxido de azufre en la del cobre. Especialmente hay que computar el uso del espacio ambiental de todo el planeta para depositar residuos gaseosos que se han ido acumulando durante dos siglos y han generado una situación que ahora afecta a todos los países del mundo”*. CELS. 51, pp. 40-41.

⁵⁸*“A esto se agregan los daños causados por la exportación hacia los países en desarrollo de residuos sólidos y líquidos tóxicos, y por la actividad contaminante de empresas que hacen en los países menos desarrollados lo que no pueden hacer en los países que les aportan capital: « Constatamos que con*

tiene en cuenta la deuda ecológica. Por ello, la apuesta clara por “fortalecer la conciencia de que somos una sola familia humana...y por eso mismo tampoco hay espacio para la globalización de la indiferencia”⁵⁹.

Conociendo las profundas divergencias que existen respecto a estas problemáticas, el Papa Francisco se muestra profundamente impresionado por la “debilidad de las reacciones” frente a los dramas de tantas personas y poblaciones: “Estas situaciones provocan el gemido de la hermana tierra, que se une al gemido de los abandonados del mundo, con un clamor que nos reclama otro rumbo”⁶⁰.

Señala “un cierto adormecimiento y una alegre irresponsabilidad” producto de una ecología superficial o aparente⁶¹. Faltan una cultura adecuada⁶², se mantiene la justificación de injusto sistema mundial⁶³, a la vez que urge “crear un sistema normativo que incluya límites infranqueables y asegure la protección de los ecosistemas, antes que las nuevas formas de poder derivadas del paradigma tecnoeconómico terminen arrasando no sólo con la política sino también con la libertad y la justicia”⁶⁴.

frecuencia las empresas que obran así son multinacionales, que hacen aquí lo que no se les permite en países desarrollados o del llamado primer mundo. Generalmente, al cesar sus actividades y al retirarse, dejan grandes pasivos humanos y ambientales, como la desocupación, pueblos sin vida, agotamiento de algunas reservas naturales, deforestación, empobrecimiento de la agricultura y ganadería local, cráteres, cerros triturados, ríos contaminados y algunas pocas obras sociales que ya no se pueden sostener »” Ibid.

⁵⁹“La deuda externa de los países pobres se ha convertido en un instrumento de control, pero no ocurre lo mismo con la deuda ecológica. De diversas maneras, los pueblos en vías de desarrollo, donde se encuentran las más importantes reservas de la biosfera, siguen alimentando el desarrollo de los países más ricos a costa de su presente y de su futuro. La tierra de los pobres del Sur es rica y poco contaminada, pero el acceso a la propiedad de los bienes y recursos para satisfacer sus necesidades vitales les está vedado por un sistema de relaciones comerciales y de propiedad estructuralmente perverso...Las regiones y los países más pobres tienen menos posibilidades de adoptar nuevos modelos en orden a reducir el impacto ambiental, porque no tienen la capacitación para desarrollar los procesos necesarios y no pueden cubrir los costos” CELS. 52, p. 42.

⁶⁰ CELS. 53, p. 43.

⁶¹ CELS. 59, p. 47.

⁶²“El problema es que no disponemos todavía de la cultura necesaria para enfrentar esta crisis y hace falta construir liderazgos que marquen caminos, buscando atender las necesidades de las generaciones actuales incluyendo a todos, sin perjudicar a las generaciones futuras”. CELS. 53, p. 43.

⁶³“Mientras tanto, los poderes económicos continúan justificando el actual sistema mundial, donde priman una especulación y una búsqueda de la renta financiera que tienden a ignorar todo contexto y los efectos sobre la dignidad humana y el medio ambiente....Por eso, hoy « cualquier cosa que sea frágil, como el medio ambiente, queda indefensa ante los intereses del mercado divinizado, convertidos en regla absoluta »...Es previsible que, ante el agotamiento de algunos recursos, se vaya creando un escenario favorable para nuevas guerras, disfrazadas detrás de nobles reivindicaciones. La guerra siempre produce daños graves al medio ambiente y a la riqueza cultural de las poblaciones, y los riesgos se agigantan cuando se piensa en las armas nucleares y en las armas biológicas”. CELS.56-57, p. 45.

⁶⁴ CELS. 53, p. 43.

4 Ecología integral y ser humano

El punto de partida para el establecimiento de una correcta ecología, ambiental, económica y social, debe partir de la consideración del medio ambiente, reiterado en el texto, como una relación entre la naturaleza y la sociedad que la habita.

El núcleo de la propuesta de la Encíclica⁶⁵ es una ecología integral como nuevo paradigma de justicia, una ecología que *“incorpore el lugar peculiar del ser humano en este mundo y sus relaciones con la realidad que lo rodea”*⁶⁶. De hecho no podemos *“entender la naturaleza como algo separado de nosotros o como un mero marco de nuestra vida”*⁶⁷. Así pues, *“el análisis de los problemas ambientales es inseparable del análisis de los contextos humanos, familiares, laborales, urbanos, y de la relación de cada persona consigo misma”*⁶⁸, porque *“no hay dos crisis separadas, una ambiental y la otra social, sino una única y compleja crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza”*⁶⁹.

Esto vale para todo lo que vivimos en distintos campos: en la economía y en la política, en las distintas culturas, en especial las más amenazadas, e incluso en todo momento de nuestra vida cotidiana.

La perspectiva integral incorpora también una ecología de las instituciones. «Si todo está relacionado, también la salud de las instituciones de una sociedad tiene consecuencias en el ambiente y en la calidad de vida humana: *“Cualquier menoscabo de la solidaridad y del civismo produce daños ambientales”*⁷⁰.

Especial atención debe prestarse, conforme reflexiona el pontífice, a la ecología cultural. La economía global tiende a homogeneizar la visión consumista de los seres humanos, y consecuentemente, las culturas, debilitando el multiculturalismo⁷¹. Por ello, debe incorporarse la garantía del respeto a los derechos de los pueblos⁷², que a través,

⁶⁵<http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

⁶⁶CELS. 15, p. 16.

⁶⁷CELS. 139, p. 108.

⁶⁸CELS 141, p. 110.

⁶⁹CELS. 139, p. 108.

⁷⁰CELS. 142, pp. 110-111.

⁷¹SANCHEZ BRAVO, A. y CERVI, J.R., (Editores), *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*, Punto Rojo Libros, Sevilla, 2015.

⁷²“Hace falta incorporar la perspectiva de los derechos de los pueblos y las culturas, y así entender que el desarrollo de un grupo social supone un proceso histórico dentro de un contexto cultural y requiere del continuado protagonismo de los actores sociales locales desde su propia cultura. Ni siquiera la

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 de la degradación ambiental, sufren también la pérdida de modos de vida ancestrales⁷³; especialmente para las poblaciones indígenas⁷⁴.

Con muchos ejemplos concretos el Papa Francisco ilustra su pensamiento: hay un vínculo entre los asuntos ambientales y cuestiones sociales humanas, y ese vínculo no puede romperse. Esta ecología ambiental “*es inseparable de la noción de bien común*”⁷⁵. El bien común entendido, siguiendo lo señalado en el Concilio Vaticano II, como “*el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección*”⁷⁶. Y todo ello basado en el respeto de los derechos básicos e inalienables de todos los seres humanos, el mantenimiento de la paz social y el compromiso de las instituciones⁷⁷

Pero el bien común debe comprenderse de manera concreta: en el contexto de hoy en el que “*donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos*”, esforzarse por el bien común significa hacer opciones solidarias sobre la base de una “*opción preferencial por los más pobres*”⁷⁸. El bien común implica tener en cuenta las generaciones futuras, pues “*no puede hablarse de desarrollo sostenible, sin una solidaridad intergeneracional*”. Lo

noción de calidad de vida puede imponerse, sino que debe entenderse dentro del mundo de símbolos y hábitos propios de cada grupo humano”. CELS. 144, p. 113.

⁷³“*Muchas formas altamente concentradas de explotación y degradación del medio ambiente no sólo pueden acabar con los recursos de subsistencia locales, sino también con capacidades sociales que han permitido un modo de vida que durante mucho tiempo ha otorgado identidad cultural y un sentido de la existencia y de la convivencia. La desaparición de una cultura puede ser tanto o más grave que la desaparición de una especie animal o vegetal. La imposición de un estilo hegemónico de vida ligado a un modo de producción puede ser tan dañina como la alteración de los ecosistemas*”. *Ibíd.*

⁷⁴“*En este sentido, es indispensable prestar especial atención a las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales. No son una simple minoría entre otras, sino que deben convertirse en los principales interlocutores, sobre todo a la hora de avanzar en grandes proyectos que afecten a sus espacios. Para ellos, la tierra no es un bien económico, sino don de Dios y de los antepasados que descansan en ella, un espacio sagrado con el cual necesitan interactuar para sostener su identidad y sus valores. Cuando permanecen en sus territorios, son precisamente ellos quienes mejor los cuidan. Sin embargo, en diversas partes del mundo, son objeto de presiones para que abandonen sus tierras a fin de dejarlas libres para proyectos extractivos y agropecuarios que no prestan atención a la degradación de la naturaleza y de la cultura*”. CELS. 146, p. 114.

⁷⁵CELS. 159, p. 122.

⁷⁶CELS. 156, p. 121.

⁷⁷ “*El bien común presupone el respeto a la persona humana en cuanto tal, con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral. También reclama el bienestar social y el desarrollo de los diversos grupos intermedios, aplicando el principio de la subsidiariedad. Entre ellos destaca especialmente la familia, como la célula básica de la sociedad. Finalmente, el bien común requiere la paz social, es decir, la estabilidad y seguridad de un cierto orden, que no se produce sin una atención particular a la justicia distributiva, cuya violación siempre genera violencia. Toda la sociedad –y en ella, de manera especial el Estado– tiene la obligación de defender y promover el bien común*”. CELS. 157, p.

121

⁷⁸CELS. 158, p. 122.

explica gráficamente el Santo Padre, al señalar como: *“no podemos pensar sólo desde un criterio utilitarista de eficiencia y productividad para el beneficio individual. No estamos hablando de una actitud opcional, sino de una cuestión básica de justicia, ya que la tierra que recibimos pertenece también a los que vendrán”*⁷⁹ y enfatizando que *“se requiere advertir que lo que está en juego es nuestra propia dignidad. Somos nosotros los primeros interesados en dejar un planeta habitable para la humanidad que nos sucederá. Es un drama para nosotros mismos, porque esto pone en crisis el sentido del propio paso por esta tierra”*⁸⁰.

Este es el mejor modo de dejar un mundo sostenible a las próximas generaciones, no con las palabras, sino por medio de un compromiso de atención hacia los pobres de hoy como había subrayado Benedicto XVI: *“además de la leal solidaridad intergeneracional, se ha de reiterar la urgente necesidad moral de una renovada solidaridad intrageneracional”*⁸¹.

La ecología integral implica también la vida cotidiana, a la cual la Encíclica dedica una especial atención, en particular en el ambiente urbano. El ser humano tiene una enorme capacidad de adaptación y *“es admirable la creatividad y la generosidad de personas y grupos que son capaces de revertir los límites del ambiente...aprendiendo a orientar su vida en medio del desorden y la precariedad”*⁸². Sin embargo, un desarrollo auténtico presupone un mejoramiento integral en la calidad de la vida humana: espacios públicos, vivienda, transportes, etc.⁸³

También *“nuestro propio cuerpo nos sitúa en una relación directa con el ambiente y con los demás seres vivientes. La aceptación del propio cuerpo como don de Dios es necesaria para acoger y aceptar el mundo entero como regalo del Padre y casa común; mientras una lógica de dominio sobre el propio cuerpo se transforma en una lógica a veces sutil de dominio”*⁸⁴

5 Tareas para el futuro: el Planeta como patria común de la humanidad

Debemos *“concebir el planeta como patria y la humanidad como pueblo que habita una casa de todos... procurar que las soluciones que se propongan desde una*

⁷⁹CELS. 159, p. 123.

⁸⁰CELS. 160, p. 124.

⁸¹BENEDICTO XVI, Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2010, 8: AAS 102 (2010), 45.

⁸²CELS. 148, p. 115

⁸³CELS. 150-154, pp. 116-120.

⁸⁴CELS. 155, p. 120.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
*perspectiva global y no sólo en defensa de los intereses de algunos países. La interdependencia nos obliga a pensar en un solo mundo, en un proyecto común*⁸⁵.

Este capítulo afronta la pregunta sobre qué podemos y debemos hacer⁸⁶. Los análisis no bastan: se requieren propuestas “*de diálogo y de acción que involucren tanto a cada uno de nosotros como a la política internacional*”⁸⁷ y “*que nos ayuden a salir de la espiral de autodestrucción en la que nos estamos sumergiendo*”⁸⁸. Para el Papa Francisco es imprescindible que la construcción de caminos concretos no se afronte de manera ideológica, superficial o reduccionista. Para ello es indispensable el diálogo, término presente en el título de cada sección de este capítulo: “*Hay discusiones sobre cuestiones relacionadas con el ambiente, donde es difícil alcanzar consensos... la Iglesia no pretende definir las cuestiones científicas ni sustituir a la política, pero [yo] invito a un debate honesto y transparente, para que las necesidades particulares o las ideologías no afecten al bien común*”⁸⁹.

Sobre esta base el Papa Francisco no teme formular un juicio severo sobre las dinámicas internacionales recientes: “*las Cumbres mundiales sobre el ambiente de los últimos años no respondieron a las expectativas porque, por falta de decisión política, no alcanzaron acuerdos ambientales globales realmente significativos y eficaces*”⁹⁰.

Cuestionándose, ya desde el inicio de la Encíclica “*¿Para qué se quiere preservar hoy un poder que será recordado por su incapacidad de intervenir cuando era urgente y necesario hacerlo?*”⁹¹. Son necesarios, como los Pontífices han repetido muchas veces a partir de la Encíclica *Pacem in terris*⁹², formas e instrumentos eficaces de gobernanza global, más responsable⁹³: “*necesitamos un acuerdo sobre los regímenes*

⁸⁵ CELS. 164, pp. 127-128.

⁸⁶ <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

⁸⁷ CELS. 15, p. 14.

⁸⁸ CELS. 163, p. 127.

⁸⁹ CELS. 188, p. 144.

⁹⁰ CELS. 166, p. 129.

⁹¹ CELS. 57, p. 46.

⁹² CARTA ENCÍCLICA PACEM IN TERRIS DE SU SANTIDAD JUAN XXIII. Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad, San Pedro de Roma, Vaticano, 11 de abril de 1963.

⁹³ “*Necesitamos una reacción global más responsable, que implica encarar al mismo tiempo la reducción de la contaminación y el desarrollo de los países y regiones pobres. El siglo XXI, mientras mantiene un sistema de gobernanza propio de épocas pasadas, es escenario de un debilitamiento de poder de los Estados nacionales, sobre todo porque la dimensión económico-financiera, de características transnacionales, tiende a predominar sobre la política. En este contexto, se vuelve indispensable la maduración de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos nacionales, y dotadas de poder para sancionar.*” CELS. 175, p. 134-135.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
*de gobernanza global para toda la gama de los llamados “bienes comunes globales”*⁹⁴,
 dado que *“la protección ambiental no puede asegurarse sólo en base al cálculo
 financiero de costos y beneficios. El ambiente es uno de esos bienes que los mecanismos
 del mercado no son capaces de defender o de promover adecuadamente. Una vez más,
 conviene evitar una concepción mágica del mercado, que tiende a pensar que los
 problemas se resuelven sólo con el crecimiento de los beneficios de las empresas o de
 los individuos”*⁹⁵ (190,

Igualmente en este capítulo, el Papa Francisco insiste sobre el desarrollo de
 procesos de decisión honestos y transparentes, para poder “discernir” las políticas e
 iniciativas empresariales que conducen a un “auténtico desarrollo integral”⁹⁶ (185). En
 particular, el estudio del impacto ambiental de un nuevo proyecto *“requiere procesos
 políticos transparentes y sujetos al diálogo, mientras la corrupción, que esconde el
 verdadero impacto ambiental de un proyecto a cambio de favores, suele llevar a
 acuerdos espurios que evitan informar y debatir ampliamente”*⁹⁷.

Ese diálogo debe partir de la asunción por el Estado de sus funciones
 esenciales⁹⁸, basado en el Derecho⁹⁹, con una perspectiva temporal que obvie el
 inmediatismo¹⁰⁰, para implementar las mejores prácticas, entre las que se encuentra la
 salvaguarda del principio de precaución¹⁰¹. En este marco, *“la grandeza política se*

⁹⁴ CELS. 174, p. 134.

⁹⁵ CELS. 190. p. 145.

⁹⁶ CELS. 185, p. 142.

⁹⁷ CELS. 182. p. 140.

⁹⁸ *“Ante la posibilidad de una utilización irresponsable de las capacidades humanas, son funciones
 impostergables de cada Estado planificar, coordinar, vigilar y sancionar dentro de su propio territorio”*.
 CELS. 177. p. 136.

⁹⁹ *“Un factor que actúa como moderador ejecutivo es el derecho, que establece las reglas para las
 conductas admitidas a la luz del bien común. Los límites que debe imponer una sociedad sana, madura y
 soberana se asocian con: previsión y precaución, regulaciones adecuadas, vigilancia de la aplicación de
 las normas, control de la corrupción, acciones de control operativo sobre los efectos emergentes no
 deseados de los procesos productivos, e intervención oportuna ante riesgos inciertos o potenciales. Hay
 una creciente jurisprudencia orientada a disminuir los efectos contaminantes de los emprendimientos
 empresariales”*. *Ibíd.* Ahora bien, el Derecho no es suficiente, y precisa de la sociedad civil, y del control
 de los ciudadanos de la actividad política. *“Dado que el derecho a veces se muestra insuficiente debido a
 la corrupción, se requiere una decisión política presionada por la población. La sociedad, a través de
 organismos no gubernamentales y asociaciones intermedias, debe obligar a los gobiernos a desarrollar
 normativas, procedimientos y controles más rigurosos. Si los ciudadanos no controlan al poder político –
 nacional, regional y municipal–, tampoco es posible un control de los daños ambientales.”* CELS. 179,
 p.138.

¹⁰⁰ *“El drama del inmediatismo político, sostenido también por poblaciones consumistas, provoca la
 necesidad de producir crecimiento a corto plazo (CELS. 178, p. 136)...La miopía de la construcción de
 poder detiene la integración de la agenda ambiental con mirada amplia en la agenda pública de los
 gobiernos. Se olvida así que «el tiempo es superior al espacio»”* CELS.178, p. 137.

¹⁰¹ *“Este principio precautorio permite la protección de los más débiles, que disponen de pocos medios
 para defenderse y para aportar pruebas irrefutables. Si la información objetiva lleva a prever un daño*

*muestra cuando, en momentos difíciles, se obra por grandes principios y pensando en el bien común a largo plazo. Al poder político le cuesta mucho asumir este deber en un proyecto de nación”*¹⁰².

Llegados a este punto, la Encíclica se detiene en una reflexión capital: ante estos nuevos retos y anhelos, ¿cuál es el papel que corresponde a la política y a la economía? Asumiendo la contundencia de los poderes económicos y políticos, por encima del Derecho y del Estado, se señala explícitamente como “*la política no debe someterse a la economía y ésta no debe someterse a los dictámenes y al paradigma eficientista de la tecnocracia. Hoy, pensando en el bien común, necesitamos imperiosamente que la política y la economía, en diálogo, se coloquen decididamente al servicio de la vida, especialmente de la vida humana*”¹⁰³.

En materia ambiental debe abandonarse la visión de la naturaleza, de la biodiversidad como mero suministrador de recursos económicos, relevantes para los mercados financieros, desconsiderando sus impactos personales, sociales y culturales.

Ahora bien, frente a la críticas¹⁰⁴ de estar contra el progreso y el desarrollo, el Santo Padre, muestra su compromiso con nuevos modelos de progreso, “*necesitamos cambiar el modelo de desarrollo global*”¹⁰⁵. No bastan términos medios, ni medias palabras, y la conclusión es clara y sin lugar a dudas: “*Un desarrollo tecnológico y económico que no deja un mundo mejor y una calidad de vida integralmente superior no puede considerarse progreso*”¹⁰⁶.

Por su parte, la política debe disciplinar, abandonando los reproches mutuos acerca de la responsabilidad del deterioro ambiental y de la pobreza, la economía, para establecer una preocupación sincera por el medio ambiente, sin la cual no podremos salir de esta profunda crisis que nos ahoga, dado que “*en el vigente modelo “exitista” y “privatista” no parece tener sentido invertir para que los lentos, débiles o menos dotados puedan abrirse camino en la vida*”¹⁰⁷.

grave e irreversível, aunque no haya una comprobación indiscutible, cualquier proyecto debería detenerse o modificarse”. CELS. 186, p.143.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ CELS. 189, p.144.

¹⁰⁴ “*Cuando se plantean estas cuestiones, algunos reaccionan acusando a los demás de pretender detener irracionalmente el progreso y el desarrollo humano. Pero tenemos que convencernos de que desacelerar un determinado ritmo de producción y de consumo puede dar lugar a otro modo de progreso y desarrollo. Los esfuerzos para un uso sostenible de los recursos naturales no son un gasto inútil, sino una inversión que podrá ofrecer otros beneficios económicos a medio plazo*”. CELS. 191, p.146.

¹⁰⁵ CELS. 194, p.148.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ CELS. 196, p.150.

6 Educación y espiritualidad en la defensa ambiental

Necesitamos de la conversión ecológica a la que nos invita el Santo Padre en el capítulo final de la Encíclica. La raíz de la crisis es permanente y profunda¹⁰⁸ y no es fácil rediseñar hábitos y comportamientos¹⁰⁹. La educación y la formación siguen siendo desafíos básicos: *“todo cambio necesita motivaciones y un camino educativo”*.¹¹⁰

El punto de partida es *“apostar por otro estilo de vida”*¹¹¹(203-208), que abra la posibilidad de *“ejercer una sana presión sobre quienes detentan el poder político, económico y social”* (206).

La educación ambiental ahora nos debe llevar a *“recuperar los distintos niveles del equilibrio ecológico: el interno con uno mismo, el solidario con los demás, el natural con todos los seres vivos, el espiritual con Dios”*¹¹².

Especialmente relevante es la reflexión respecto al papel del Derecho, y su función educativa respecto al respeto al medio ambiente. Así, es necesario que los ciudadanos se sientan representados por el Derecho, y que aquéllos, la asuman personalmente como elemento de transformación. La conexión con la teoría habermasiana parece evidente¹¹³.

La conversión ecológica no puede articularse desde el individualismo, debe ser comunitaria, *“no basta que cada uno sea mejor para resolver una situación tan compleja como la que afronta el mundo actual. Los individuos aislados pueden perder su capacidad y su libertad para superar la lógica de la razón instrumental y terminan a*

¹⁰⁸ *“El consumismo obsesivo es el reflejo subjetivo del paradigma tecnoeconómico... Tal paradigma hace creer a todos que son libres mientras tengan una supuesta libertad para consumir, cuando quienes en realidad poseen la libertad son los que integran la minoría que detenta el poder económico y financiero”*. CELS. 203, p. 155.

¹⁰⁹ <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

¹¹⁰ CELS. 15, p. 14.

¹¹¹ CELS. 203-208, pp. 155-159.

¹¹² CELS. 210, p.160.

¹¹³ *“La existencia de leyes y normas no es suficiente a largo plazo para limitar los malos comportamientos, aun cuando exista un control efectivo. Para que la norma jurídica produzca efectos importantes y duraderos, es necesario que la mayor parte de los miembros de la sociedad la haya aceptado a partir de motivaciones adecuadas, y que reaccione desde una transformación personal. Sólo a partir del cultivo de sólidas virtudes es posible la donación de sí en un compromiso ecológico”*. Ibid. Sobre Habermas, vid., entre su extensa obra, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (5ª ed.), Trotta, 1998; *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Paidós Ibérica, 2003; *Historia y Crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, 2004; *La lógica de las ciencias sociales* (4ª ed.), Tecnos, 2007; *Teoría y Praxis: Estudios de Filosofía Social*, Tecnos, 2008; *Ciencia y Técnica como ideología* (6ª ed.), Tecnos, 2009; *Carta al Papa. Consideraciones sobre la Fé*, Paidós Iberica, 2009; *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, 2011; *Israel o Atenas: Ensayos sobre Religión, Teología y Racionalidad* (2ª ed.), Trotta, 2011; y, *Mundo de la Vida, Política y Religión*, Trotta, 2015.

*merced de un consumismo sin ética y sin sentido social y ambiental. A problemas sociales se responde con redes comunitarias, no con la mera suma de bienes individuales*¹¹⁴.

*“Una ecología integral también está hecha de simples gestos cotidianos donde rompemos la lógica de la violencia, del aprovechamiento, del egoísmo*¹¹⁵. Todo ello será más sencillo si parte de una mirada contemplativa que viene de la fe. “Para el creyente, el mundo no se contempla desde afuera sino desde adentro, reconociendo los lazos con los que el Padre nos ha unido a todos los seres. Además, haciendo crecer las capacidades peculiares que Dios le ha dado, la conversión ecológica lleva al creyente a desarrollar su creatividad y su entusiasmo”¹¹⁶.

El Santo Padre, expone en la parte final de su Encíclica, una sabia, honesta y emocionante reflexión: *“la felicidad requiere saber limitar algunas necesidades que nos atontan, quedando así disponibles para las múltiples posibilidades que ofrece la vida*¹¹⁷. De este modo se hace posible *“sentir que nos necesitamos unos a otros, que tenemos una responsabilidad por los demás y por el mundo, que vale la pena ser buenos y honestos”*¹¹⁸.

A modo de conclusión

Una nueva voz de la conciencia recorre el mundo: el Papa Francisco.

La Encíclica, cuyos contenidos, resumidamente, hemos intentado desglosar en nuestra exposición constituye la expresión del sentimiento personal, íntimo, pero también teológico de su autor. Es un texto valiente, comprometido, escrito en un lenguaje accesible, donde llama a cada cosa por su nombre, pero sin perder la erudición y el basamento en la doctrina social de la Iglesia.

Pero lo más emocionante es que, la defensa ambiental pivota sobre la defensa del ser humano, y de entre ellos, de los más pobres, olvidados, abandonados. Magistralmente se asume la nueva dimensión de la protección ambiental desde la dinámica correcta que no sólo está a procura de la defensa de los elementos naturales, de una manera estática, sino de la interacción con los habitantes que la comparten, la

¹¹⁴ CELS. 219, p. 166.

¹¹⁵ CELS. 230, p. 173.

¹¹⁶ CELS. 220, p. 166.

¹¹⁷ CELS. 223, p. 169.

¹¹⁸ CELS. 229, p. 172.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

usan, la disfrutan, e infelizmente, la asaltan, la depredan, la violan... surge así el nuevo paradigma, la nueva perspectiva de la responsabilidad socioambiental. Como señala la erudita profesora colombiana Cristina Sánchez León, nos indica un “*camino que no evita, sino que exige un ritmo distinto, y una actitud de mirar el paisaje desde otro lugar*”¹¹⁹.

Por eso es admirable su delicada disección de la realidad del planeta, de los efectos casi irreversibles de algunas de nuestras conductas. Y digo nuestras, pues si se muestra especialmente crítico con Estados, empresas (sobre todo multinacionales), la política y/o la economía, también nos exhorta a una mudanza sustancial en nuestras actitudes individuales y colectivas, cotidianas, pues nosotros somos responsables también del deterioro ambiental, de la injusticia. Estamos llamados a asumir un rol, como cristianos los que militamos en la fe de Cristo, y como seres humanos, los que profesen otra fe, o ninguna, en la defensa de nuestra tierra común, de nuestra casa, pero de manera proactiva, militante, consecuente y solidaria. Lo expone de una manera muy hermosa, al señalar: “*se puede generar una mayor responsabilidad, un fuerte sentido comunitario, una especial capacidad de cuidado y una creatividad más generosa, un entrañable amor a la propia tierra, así como se piensa en lo que se deja a los hijos y a los nietos*”.

Porque si hay un rasgo que merece también destacarse del escrito papal es su ecumenismo, y su pensar en todos como seres igualados en dignidad y derechos, que, sin embargo, sometidos a los embates del mercado y de los avatares políticos sucumben ante la injusticia, la degradación, el hambre la miseria.

Recientemente lo ha reiterado Francisco en una de sus “militantes” alocuciones: “*No vendamos nuestra madre tierra. No hagamos como esas personas sin sentimientos que terminan vendiendo a la madre; no cedamos a la tentación de vender a la madre tierra*”

Pongámonos en marcha¡¡¡¡. El santo Padre no invita y nos señala el camino para una “conversión ecológica”, para iniciar una nueva relación con la naturaleza y nuestros hermanos. Todos juntos podremos revertir la situación, y luchar por un mundo mejor. Pues al final, lo que está en juego es nuestra propia dimensión humana, nuestro reconocimiento en la naturaleza y en los otros, nuestro papel en esta maravillosa y única experiencia que es la vida.

¹¹⁹ SANCHEZ LEÓN, M.C., “*De los caminos a las huellas: Heidegger y las letras de un romántico lugar*”, en curso de publicación, cuyo original debo a la deferencia de su autora.

Permítaseme terminar con el recuerdo de los cielos estrellados, límpidos, de las noches extremeñas, cuando en compañía de mi padre, y los queridos maestros, desaparecidos en lo material, pero siempre vivos en los afectos, Zacarías y Cándido, recorríamos las dehesas, en el noble oficio de la saca de corcho. Esto me ha recordado el Santo Padre, cuando señala *“Quien ha crecido entre los montes, o quien de niño se sentaba junto al arroyo a beber, o quien jugaba en una plaza de su barrio, cuando vuelve a esos lugares, se siente llamado a recuperar su propia identidad”*.

A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE TRATAMENTO ADEQUADO FRENTE AOS CONFLITOS DA SOCIEDADE COMPLEXA

Alini Bueno dos Santos Taborda

Considerações Iniciais

A sociedade vive em constante evolução e, os conflitos de interesses entre os indivíduos crescem significativamente e em consequência disto há uma maior procura pelo judiciário. Fala-se, em crise da justiça, outros fatores devem ser considerados e revistos, como a carência de recursos humanos e materiais, a morosidade da justiça, o sistema recursal e os custos elevados das ações judiciais.

A sociedade, parece estar acostumada ao conflito e se baseia para resolver o mesmo através da imposição de decisões, entretanto, as vezes o conflito é apenas aparente, e em outros momentos é o escape para questões mais profundas.

Tendo como premissa que buscando uma justiça mais acessível à todos os cidadãos, surgiram novas alternativas de pacificação de conflitos, dentre as quais destacamos a mediação. Estes não visam de forma alguma enfraquecer o Poder Judiciário, mas sim desformalizar as controvérsias permitindo uma maior integração da sociedade, a qual já está marcada pela complexidade.

1 O significado de sociedade com o advento da modernidade

A modernidade traz uma visão fragmentada de mundo, ou seja, a ideologia da modernidade, está alicerçada na ideia de que, com a fragmentação, é possível compreender a vida. A sociedade moderna é a sociedade da razão, e busca inclusive controlar a natureza.

Segundo Alain Touraine:

“A idéia de modernidade substitui Deus no centro da sociedade pela ciência, deixando as crenças religiosas para a vida privada. Não basta que estejam presentes as aplicações tecnológicas da ciência para que se fale de sociedade moderna. É preciso, além disso, que a atividade intelectual seja protegida das propagandas políticas ou das crenças religiosas, que a impersonalidade das leis proteja contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, que as administrações públicas e privadas não sejam instrumentos de um poder pessoal, que a vida pública e a vida privada sejam separadas, assim como devem

ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresas” (1994, p. 18).

Touraine, traça um histórico da modernidade, destacando os seus aspectos positivos e negativos. Remonta a fatos e afirma, que com certeza ocorreu um grande avanço. A humanidade passou de uma sociedade tradicional, alicerçada na fé absurda e na tradição, para uma sociedade regida pela racionalidade.

Já conforme Giddens, a modernidade “refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. (1991, p. 11). Ele observa que vivemos uma época marcada pela desorientação, pela sensação de que não compreendemos plenamente os eventos sociais e que perdemos o controle.

O referido autor, segue afirmando que a modernidade alterou as relações sociais e também a percepção dos indivíduos e coletividades sobre a *segurança* e a *confiança*, bem como sobre os *perigos* e *riscos* do viver:

“A modernidade, pode-se dizer, rompe o referencial protetor da pequena comunidade e da tradição, substituindo-as por organizações muito maiores e impessoais. O indivíduo se sente privado e só num mundo em que lhe falta o apoio psicológico e o sentido de segurança oferecidos em ambientes mais tradicionais” (GIDDENS, 2002, p.38).

Já segundo Touraine, a modernidade nasceu para se esgotar, para se aperfeiçoar, para ser superada:

Este esgotamento da idéia de modernidade é inevitável, já que ela se define, não como uma nova ordem, mas como um movimento, uma destruição criadora, para retomar a definição de capitalismo de Schumpeter. O movimento atrai aqueles que durante muito tempo se fecharam na imobilidade; ele cansa, torna-se vertigem quando é incessante e não conduz senão à própria aceleração. Por ser a modernidade uma noção mais crítica que construtiva, ela requer uma crítica que seja por si mesma hipermoderna, o que protege contra as nostalgias que, sabemos, tomam facilmente uma aparência perigosa (1994, p. 100).

A modernidade é, portanto, vista como a superação do velho, para que possa nascer o novo. Deve ser entendida como uma busca permanente de mudança em valores e atitudes, para que se construa uma sociedade mais fraterna. A modernidade tornou a sociedade complexa, e complexidade não tem a ver com respostas prontas, ao contrário, só coopera para a formulação de novas e importantes questões.

Com o advento da globalização ampliou-se as oportunidades e também as incertezas e os perigos. Daí a sensação de mal-estar e de desorientação, o mundo tornou-se um lugar inseguro, ou melhor, essas mudanças geraram a insegurança. A experiência da modernidade, alcançou todos os indivíduos e comunidades, como bem coloca Giddens:

A experiência global da modernidade está interligada – e influencia, sendo por ela influenciada – à penetração das instituições modernas nos acontecimentos da vida cotidiana. Não apenas a comunidade local, mas as características íntimas da vida pessoal e do eu tornam-se interligadas a relações de indefinida extensão no tempo e no espaço. Estamos todos presos às *experiências do cotidiano*, cujos resultados, em um sentido genérico, são tão abertos quanto aqueles que afetam a humanidade como um todo. As experiências do cotidiano refletem o papel da tradição – em constante mutação – e, como também ocorre no plano global, devem ser consideradas no contexto do *deslocamento* e da *reapropriação de especialidades*, sob o impacto da invasão dos sistemas abstratos. A tecnologia, no significado geral da “técnica”, desempenha aqui o papel principal, tanto na forma de tecnologia material da especializada *expertise* social (1991, p.77).

A busca de progresso e evolução, que marcam o processo da modernidade, ratificaram o capitalismo como sistema predominante na estrutura do social. E isso acabou por ocasionar uma série de transformações na coletividade, como por exemplo, a racionalização do indivíduo e do social.

2 Os conflitos na sociedade atual

Hoje vive-se numa sociedade em que a tecnologia ganha um papel de destaque. A sociedade capitalista necessita dela para que haja a “felicidade”, e também, a sociedade baseada no consumo, proporciona tudo, promete felicidade, claro que mediante uma contraprestação, um custo econômico.

O conflito é uma presença constante na história da civilização e parte integrante do convívio social, e para enfrentá-lo é importante aceitar diferenças, aceitar posições distintas e dialogar sempre. “Em geral, nas escolas e na vida, só percebemos o conflito quando este produz suas manifestações violentas. [...] “E neste caso, esquecemos que problemas mal resolvidos se repetem” (CHRISPINO; CHRISPINO, 2002, p. 36).

Existe muita dificuldade em se falar de conflito, normalmente o termo vem associado a um conceito negativo, uma vez que se criaram regras de convivência em sociedade visando terminar com a violência oriunda de discussões. Os conflitos são

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pós-consequente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes.

O dissenso decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. E, apesar de correlacionado a condição humana, em uma disputa conflituosa habitualmente vê-se a outra parte como adversária, concorrente a até mesmo inimiga. Os autores Chrispino e Chrispino definem conflito da seguinte forma:

O conflito, pois, é parte integrante da vida e da atividade social, quer contemporânea, quer antiga. Ainda no esforço de entendimento do conceito, podemos dizer que o conflito se origina da diferença de interesses, de desejos e de aspirações. Percebe-se que não existe aqui a noção estrita de erro e de acerto, mas de posições que são defendidas frente a outras, diferentes (2002, p.65).

Maffesoli (1987, p. 89) considera importante esta ideia do conflito de valores, quando cita Max Weber, que afirma a compreensão da violência “não como um fato anacrônico, uma sobrevivência dos períodos bárbaros ou pré-civilizados, mas sim, como a manifestação maior do antagonismo existente entre a vontade e a necessidade”. Fica claro, nestas ideias, que os conflitos são motores responsáveis pelo dinamismo nas relações sociais que podem até resultar em violência.

Os conflitos apresentam um lado positivo que é o da livre expressão e renovação de ideias, do aprendizado do convívio com diferentes. Pessoas que apresentam pontos conflitantes em certos aspectos podem concordar em outros. Assim, ocorre o enriquecimento salutar das convivências, em concordâncias, discordâncias e alianças (CHRISPINO; CHRISPINO, 2002).

Portanto, a forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Neste sentido Christopher Moore afirma que:

O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida. O conflito e as disputas existem quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos que sejam percebidos – ou de fatos incompatíveis. Entretanto, o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo (1998, p.5).

O Estado, através da elaboração de leis, procurou garantir os direitos de todos os cidadãos, porém o excessivo de normativismo acabou por burocratizar o funcionamento do próprio Estado e atualmente o Poder Judiciário mostra-se incapaz de atender aos anseios dos jurisdicionados, tamanha a quantidade e complexidade dos problemas existentes.

O homem deverá reaprender a viver, compartilhar e sobretudo reconhecer-se como responsável pelo futuro da humanidade. “Esse homem deve reaprender a finitude terrestre e renunciar ao falso infinito da onipotente técnica, da onipotência do espírito, de sua própria aspiração à onipotência, para se descobrir diante do verdadeiro infinito que é inomeável e inconcebível. Seus poderes técnicos, seu pensamento, sua consciência devem doravante ser destinados, não a dominar, mas a arrumar, melhorar, compreender” (MORIN, 1995, p. 185).

3 A mediação como meio de tratamento de conflitos

Com uma sociedade voltada basicamente ao mercado, dedicada ao espetáculo e à mutilação dos sentimentos, a vida, as emoções, têm seu valor totalmente menosprezado. Os laços sociais fragilizados, por vezes, inexistentes, conduzem a “civilização” à barbárie institucionalizada e legitimada por processos auto conservadores (2004, p.249). Portanto, como bem ressaltava Warat, o problema maior está relacionado à sensibilidade, ou melhor, ao apregoamento pela sociedade moderna da impossibilidade do sentir afetivo, no fim do amor e na explosão triunfante da tecnologia voltada ao mercado. O que acaba por arruinar os laços sociais afetivos, principalmente, os familiares.

Assim, em função da complexidade da sociedade moderna, o uso de métodos não adversariais apresenta-se adequado no tratamento dos conflitos sociais, seja pelo seu potencial comunicativo, restaurativo e transformador, ou pela busca do reconhecimento dos direitos humanos, da efetivação do acesso à justiça, do exercício de cidadania, e principalmente da pacificação social.

Como bem assegura Schnitman:

As novas metodologias para a resolução alternativa de conflitos oferecem novas opções não-litigantes. São práticas capazes de atravessar a diversidade de contextos sociais; são estruturadas para capacitar as pessoas a aprenderem a aprender, permitindo-lhes um escrutínio tanto das diferenças como das

convergências. A partir do momento em que as divergências podem ser dirimidas, a escalada dos conflitos se reduz, aumenta a habilidade para compreender os diversos pontos de vista e são geradas, durante o processo, novas possibilidades, novos enquadramentos e maneiras práticas de litigar com as diferenças (1999, p.18).

A mediação de conflitos afigura-se parte integrante das relações humanas desde os primórdios dos tempos, estando presente na história e na cultura dos povos (SCHABBEL, 2002). Tanto é verdade, que analisando, por exemplo, a cultura judaica e cristã, a própria Bíblia confere a Cristo, o “título” de mediador entre Deus e os homens, bem como traz preceitos que incentivavam a intermediação das disputas, através da intervenção dos membros mais antigos da comunidade ou de líderes religiosos.

Sabe-se que na Idade Média, a Igreja Católica, na Europa Ocidental e, a Ortodoxa, no Leste Mediterrâneo, foram organizações que atuaram como mediadoras na administração de conflitos da sociedade ocidental. Ademais, a mediação também era utilizada nas sociedades asiáticas e nas comunidades budistas, que enfatizavam a busca do equilíbrio e da harmonia nas relações humanas. Já no Ocidente, ganhou espaço no mundo dos negócios, passando a ser largamente utilizada na resolução de disputas entre a burguesia emergente (MOORE, 1998).

Já para os autores Breitman e Porto (2001, p. 53-54), a mediação de conflitos, embora contemporaneamente seja um procedimento inovador, tem suas origens e razões na civilização chinesa, com aproveitamento de costumes e utilização de antigas descobertas em situações semelhantes. Conforme Vainer, na China moderna, a mediação foi retomada oficialmente em 1949, em âmbito patrimonial e familiar, o que vem diminuindo “consideravelmente o número de casos que chegam aos tribunais como litígio” (1999, p. 42).

Portanto, a história tem demonstrado que as soluções de conflitos entre os indivíduos, ocorreram de forma constante e variável, por meio da mediação. “Culturas judaicas, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas tem longa e efetiva tradição em seu uso” (Mendonça, 2004, p. 143).

O processo de mediação visa à promoção do diálogo entre as partes, a escuta diferenciada dos pontos de vista e razões da outra parte, num ambiente de respeito, levando à conscientização do realismo das próprias exigências (VEZZULLA, 1998). Tal conscientização gera responsabilidade, acrescentando o compromisso com o acordo, por admitir aos envolvidos na disputa saírem do círculo vicioso de vítimas e acusados.

Portanto, pode-se afirmar que a mediação é útil para resolver conflitos familiares, cíveis, comerciais, comunitários e escolares, que será o principal tema abordado neste trabalho. Segundo, Nuria Beloso Martin, não falamos apenas de uma técnica de resolução não adversarial de disputas, ela tem êxito como estratégia educativa, como realização política da cidadania dos direitos humanos e da democracia. É um meio indiscutível para tornar realidade a autonomia do sujeito. (2011, p.228)

O método da mediação está cada vez mais presente no mundo globalizado, sendo considerada, como um novo paradigma na resolução de conflitos, na medida em que é confidencial, mais econômica, célere, voluntária e preserva o poder das partes de decidirem qual o melhor acordo, uma vez que nem sempre uma decisão baseada no direito é a mais justa.

Segundo Villaluenga:

A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum (2009, p. 27).

Em suma, pela sua pluralidade de percepções, sentimentos, crenças e interesses, as relações são conflituosas. Nesse sentido, o conflito não tem solução, mas pode ser trabalhado, para que os envolvidos consigam compreender o mal praticado e desenvolver empatia entre si; escutar e atender as necessidades da pessoa que sofreu o dano e daquela que o provocou; estimular o compromisso de assumir as consequências dos próprios atos e a responsabilidade através da reflexão pessoal dentro de um processo colaborativo. Portanto, o que se pode é resgatar laços e, principalmente, a noção de que todos são pessoas valiosas que contribuem para a sociedade.

Considerações Finais

Verificamos que, não é por acaso que a mediação de conflitos eclode na sociedade contemporânea, uma vez que a estrutura social desencadeou processos de ocultamento e exclusão, principalmente, dos indivíduos considerados fora dos padrões, para a sociedade em geral, essa técnica é vista como possibilidade da diferença, um modo de encontro, de sentir o outro. A mediação proporciona a construção de

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
personalidades morais, de cidadãos autônomos, que buscam resolver seus problemas de forma consciente.

Diante do exposto, percebemos que a sociedade como um todo está acostumada ao conflito e se baseia para resolver o mesmo através da imposição de decisões, e não de forma negociada, onde as pessoas buscam o diálogo para o entendimento do conflito entre as partes. Compreendemos, que as vezes o conflito é apenas aparente, e em outros momentos é o escape para questões mais profundas vivenciadas. Assim, temos a certeza que a busca pela paz como prática da cultura no tratamento de conflitos só vai ocorrer se houver a comunicação entre os envolvidos e a busca da satisfação das necessidades individuais e coletivas.

Referências

_____. **A evolução histórica da Mediação.** Disponível em:
<<http://ufam.edu.br>> Acesso em: 16 abr. 2015.

BREITMAN, S.; PORTO, A. C. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz.** Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel. **Políticas educacionais de redução da violência: mediação do conflito escolar.** São Paulo: Editora Biruta, 2002.

JARES, X. R. **Educação e conflito: guia de educação para a convivência.** Porto: Asa, 2002.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORIN, Edgar. Anne Brgitte Kern. Terra-pátria. Trad. Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre : Sulina, 1995.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediação e a composição de conflitos.** Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

_____. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos Paradigmas em Mediação.** Porto Alegre: Artmed, 1999.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. **O que é a democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996.

VAINER, R. (1999). **Anatomia de um divórcio interminável**. São Paulo: Casa do Psicólogo.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

WARAT, Luis Alberto (Coord.), **Ecología, psicoanálisis e mediação**. Em nome do acordo. A mediação no Direito. Trad. J. Rodrigues. Buenos Aires: Almed, 1998.p.5-59.

_____. **O ofício do mediador**. Florianópolis, SC: Habitus, 2001.

_____. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL PRESENTE NOS MÉTODOS NÃO ADVERSARIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO

Camila Stangherlin

Considerações Iniciais

Os Direitos Fundamentais são tidos como aqueles inerentes a todo o ser humano, ou seja, são direitos básicos, reconhecidos à própria natureza humana, e decorrente das inúmeras batalhas e conquistas históricas. Todavia, para que tais direitos obtenham incontestável reconhecimento perante o Estado, faz-se mister sua positivação em determinada ordem jurídica, e, no caso do Brasil, na Constituição da República de 1988. Entrementes, imperioso ressaltar que alguns direitos e princípios também podem ser igualmente reconhecidos pelo Estado, ainda que não disponham expressamente de previsão legal no texto, vez que possuam a essência da fundamentabilidade.

Neste viés, dentre o rol de direitos fundamentais, destaca-se como de essencial relevância à sociedade a garantia do efetivo acesso à justiça, eis que por intermédio deste elementar direito humano, todos os demais poderão ser reivindicados. Destarte, o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal prevê que o Poder Judiciário apreciará toda a lesão ou ameaça a qualquer direito, assegurando-se assim, a efetiva prestação jurisdicional, onde o acesso à justiça vai além do mero acesso ao Poder Judiciário, focando-se, inclusive, no cenário entorno do processo. De outra banda, tem-se na figura do Estado o detentor do monopólio da jurisdição, isto é, o responsável único por dirimir as diversas contendas que assolam as relações sociais, o que em uma sociedade de cultura puramente litigiosa, faz com que uma sobrecarga de demandas obstrua a máquina judiciária.

Frente os percalços que prejudicam a prestação jurisdicional de qualidade, condizente com os direitos fundamentais, insurgem meios alternativos ao tradicional processo judicial, que, paulatinamente, firmam-se no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, nos chamados métodos não adversariais de solução de conflitos, as próprias partes, com o auxílio de um terceiro, são as responsáveis pela construção da solução da contenda. Neste aspecto, são imensuráveis as vantagens propiciadas pelos

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
meios consensuais e autocompositivos, destacando-se o instituto da conciliação e da mediação, com previsão expressa na Resolução Nº 125 do CNJ, e, recentemente, na Lei Nº 13.105/2016, que institui o novo Código de Processo Civil, já em vigor.

O presente trabalho abordará a incidência do direito fundamental do acesso à justiça, não como simples ingresso à seara judiciária, mas como efetivo alcance à justiça qualitativa, perante aos métodos não adversariais de solução de conflitos, especificamente, a conciliação e a mediação, ressaltando-se o cerne diferencial de ambos os institutos.

Dessa forma, questiona-se: Encontram-se os métodos não adversariais de solução de conflitos, conciliação e mediação, proporcionando às partes envolvidas a garantia do efetivo acesso à justiça, sendo este um direito fundamental?

Em um primeiro momento, se versará, brevemente, acerca dos Direitos Fundamentais e o princípio do Acesso à Justiça no ordenamento jurídico brasileiro. Por seguinte, se relatará o conceito de métodos não adversariais de solução de conflitos, bem como a definição e diferenciação entre os institutos da conciliação e da mediação, e, ainda, suas previsões legais atuais.

Percebe-se que o efetivo acesso à justiça, considerado uns dos mais básicos dos direitos humanos, e presente nos meios consensuais de resolução de conflitos, visa cooperar não apenas com a função jurídica do Estado, mas, além disso, com a função política e social, nutrindo o exercício da cidadania em busca de uma cultura solidificada na paz.

1 Os direitos fundamentais e o princípio do acesso à justiça

Por vezes, quando se busca a definição de Direitos Fundamentais esbarra-se na similitude destes com os Direitos Humanos. Entrementes, em que pese ambos permeiem uma perspectiva social e histórica, com conquistas provenientes de lutas e anseios de uma sociedade em premente evolução, os Direitos Fundamentais encontram respaldo e reconhecimento em uma determinada Constituição de Estado, enquanto os Direitos Humanos ostentam um caráter de cunho internacional, independente de qualquer vinculação com certa ordem constitucional.

Neste aspecto, os Direitos Fundamentais representam ferramentas garantidoras de dignidade a todo e qualquer cidadão, no entanto, mais do que isso, regulam a ação do

Estado perante cada indivíduo, como se vislumbra em um Estado Democrático. É a lição de DIMOULIS:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estadual em face da liberdade individual. (2007, p. 54)

No Brasil, o maior número de garantias e direitos tutelados por uma Constituição está presente na Carta Magna de 88, a chamada Constituição Cidadã, que contempla, no Título II, a previsão dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Ao que tange a atividade de resolução de conflitos, tem-se no Estado, em essência, o monopólio da função, a quem o cidadão, por sua vez, recorre respaldado pela garantia constitucional do acesso à justiça. Não obstante a expressa defesa ao direito fundamental do acesso à justiça, sua eficácia perante a prática judiciária mostra-se em total descrédito, isto porque, o que de fato se constata no cotidiano forense é a morosidade nos trâmites processuais, ocasionada por diversos fatores, mas que, sobretudo, repercute no padecimento do cidadão que aguarda o resultado do seu pedido.

Por outro lado, há ainda aqueles que se encontram desassistidos, aquém do mero acesso ao poder judiciário, totalmente descrentes da possibilidade de existência uma justiça de cunho social, ensejadora de práticas pacificadoras, em prol da sociedade.

1.1 O Acesso à Justiça X O acesso ao Poder Judiciário

É notório que a expressão “Acesso à Justiça” abarca definições imensamente maiores que o frugal acesso ao sistema jurídico, eis que tal prerrogativa, alcançada democraticamente pelos cidadãos, traz consigo garantias indispensáveis que necessitam ser asseguradas como forma de efetivação de direitos oriundos de um Estado Democrático de Direito. Assim, um dos avanços elementares a ser observado pelo Estado enquanto detentor da jurisdição figura-se em propiciar a todo o cidadão a igualdade de condições na seara judiciária.

É incontestável que a função típica do Poder Judiciário é a prestação jurisdicional, isto através da aplicação de leis, normas, princípios, dentre outras fontes do direito, no caso concreto que lhe é submetido. Este acesso ao Poder Judiciário deve ter sua amplitude estendida aos mais remotos estratos sociais, visto que, dessa maneira, estar-se-á propiciando a efetividade dos direitos fundamentais. Por conseguinte, ainda

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
que este acesso seja ampliado, para que exista eficácia e efetividade na prestação jurisdicional, deve haver uma diminuição no número de ações que adentram a esfera jurídica. (TENENBLAT, 2011, p. 24)

Ao que se refere ao acesso à justiça, a definição passa a ser mais complexa, uma vez que conceitos de cidadania e justiça inserem-se nesse cenário. Igualmente, o tratamento isonômico entre as partes e a instituição de uma tutela satisfatória, onde a jurisdição ultrapasse a seara processual, em face de uma justiça social.

Nesse sentido, apreende-se que a realidade da via judicial no Brasil encontra-se suficientemente estafada, causando empecilhos tanto à expansão do acesso ao poder judiciário, quanto ao acesso à justiça, o que, doravante, passa a contribuir para que operadores do direito, e profissionais de outras áreas, comecem a estimular os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, que, gradativamente, se arrimam no âmbito jurídico.

1.2 O Princípio do Acesso à Justiça nos Mecanismos Alternativos

É cognoscível que o acesso à justiça é obstaculizado por determinados fatores que afastam a efetividade de uma justiça social. Tais fatores, que necessitam ser superados para que a justiça, de fato, prevaleça, refere-se a questões não apenas econômicas, mas também sociais, educacionais, dentre outras.

Em que pese haja a concessão de justiça gratuita para aqueles declaradamente menos abastados, tem-se ainda um limitador para que o efetivo acesso à justiça adentre as camadas sociais mais remotas, uma vez que a delonga processual traz consigo custos expressivos, que tendem a pressionar o polo mais fraco, levando, inclusive, ao abandono da ação. Ademais, a carência de informações acerca dos próprios direitos, ou ainda orientação sobre as fases processuais e seus possíveis desfechos, são pontos que distanciam o cidadão da prestação jurisdicional de qualidade. Nessa esteira, a complexidade das sociedades faz com que mesmo as pessoas dotadas de recursos tenham dificuldade para compreender as normas jurídicas (CAPPELLETTI, 1988, 23).

Frente a isto, os meios não adversariais de solução de conflitos trazem consigo vantagens que aproximam, veementemente, o cidadão do efetivo acesso à justiça e à cidadania, eis que se vislumbra a redução do desgaste emocional enfrentado pelas partes envolvidas, bem como há mitigação do custo financeiro, e maior agilidade na solução de conflitos. Imperioso gizar o contento das partes com soluções construídas pela

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
autocomposição, e adequadas às reais necessidades e possibilidades dos interessados, com respaldo da garantia de privacidade e sigilo. Ressalta-se ainda, a desburocratização na resolução dos conflitos, haja vista a informalidade nas audiências de mediação e conciliação.

De tal sorte, tem-se nos meios alternativos de resolução de conflitos a tangível oportunidade de superar as barreiras pessoais, e garantir a todos os cidadãos um acesso à justiça em sentido amplo, onde há um espaço humano e criativo para que as pessoas envolvidas em conflitos possam encontrar respostas aos problemas concretos que se apresentam nas relações interpessoais, em prol da pacificação social.

2 Métodos não adversariais de solução de conflitos

Como visto, a jurisdição é uma função exclusivamente do Estado, devendo proporcionar liberdade e garantia aos cidadãos quando propriamente acionado. No entanto, as exigências hodiernas da sociedade implicam mudanças a serem efetuadas pelo Poder Judiciário na laboriosa tarefa de dirimir os conflitos advindos das relações sociais (MORAIS, 199, p. 78). Nesse sentido, é patente a profusa carga de demandas que devastam os tribunais do país, onde, visivelmente, a famigerada solução adjudicada é insuficiente e evasiva na propulsão de uma justiça de caráter social.

De outra banda, os meios alternativos de solução de conflitos, ou métodos autocompositivos, despontam como um caminho a ser enveredado, ao passo que, tomando por premissa os princípios do ordenamento jurídico pátrio, figura-se como profícuos mecanismos facultativos, no intuito de solucionar litígios, desafogar o setor judiciário e, principalmente, fomentar a cultura da paz, arrimando-se no diálogo e no entendimento entre as partes.

Nesse sentido, é a lição de WARAT:

O processo é de autocomposição, na medida em que são as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo recompondo, através de uma mirada interior, os ingredientes (afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente. (2001, p. 58)

Nesta ótica, a mediação, que almeja o restabelecimento da comunicação entre os mediandos, é o instituto utilizado, preferentemente, no âmbito dos conflitos atinentes às relações familiares, as chamadas relações continuadas. Por outro lado, a conciliação,

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
tem maior pretensão na esfera dos direitos patrimoniais disponíveis, visto que o acordo é sua finalidade primordial.

Por conseguinte, os métodos não adversariais de solução de conflitos passam a perceber espaço valorativo, ganhando maior credibilidade ao passo que, gradativamente, adentram ao cenário jurisdicional. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição pública que atua no aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro, emitiu a Resolução Nº 125 (com a posterior Emenda Nº 01/2013), dispondo da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, prevendo, sobretudo, a oferta, por meio dos órgãos judiciários, de mecanismos consensuais na busca de soluções de controvérsias, com destaque à mediação e conciliação. Ressalta-se ainda, a observância da dita Resolução a pontos específicos como a boa qualidade dos serviços, bem como a propagação da cultura da paz, em detrimento do litígio exacerbado, o que vem de encontro com o Direito Fundamental do efetivo acesso à justiça. Ademais, a Lei Nº 13.105, que institui o novo CPC, em vigor desde março de 2016, apresenta expressiva alteração nos trâmites processuais, haja vista a designação de audiência de conciliação ou mediação logo no início do procedimento.

2.1 Da Conciliação

O instituto da conciliação - em que pese tenha recebido destaque com o advento da Lei Nº 9.099/95, lei que instituiu os Juizados Especiais, e mais recentemente com a Resolução Nº 125 do CNJ, e, ainda, o novo Código de Processo Civil - já era intentado como forma prévia de tentativa de composição de litígio nos primórdios da atividade legislativa brasileira, ainda na primeira Constituição do Império (LUCHIARI, 2011, p.281). Neste método não adversarial, por intermédio de um terceiro, o conciliador, com a função cardeal de sugerir, aconselhar, e até mesmo opinar, vislumbra-se a tentativa primordial de se estabelecer um acordo exequível e satisfatório entre as partes oponentes, findando-se assim, com o litígio.

Nesse contexto, a conciliação, além de ser um procedimento pacífico, demanda menos custos às partes, e, também, menos tempo que o processo tradicional, o que é um atrativo a ambos os lados. Ademais, o acordo formulado e estabelecido entre os

litigantes deve ser igualmente satisfatório, pois somente assim haverá afinco em seu cumprimento, rechaçando-se a possibilidade de uma execução mais adiante.

Urge salientar que a postura do conciliador diante das partes, pode, por vezes, tomar contornos mais ativos, propondo alternativas diante do impasse presenciado, todavia, assentir com a proposta ou não, passa a ser uma escolha e decisão de natureza estritamente pessoal. Diz-se isso, pois, ainda que o acordo advenha de uma decisão consensual entre os conflitantes, ele passa a nutrir o caráter de norma, e como tal, deve ser cumprida, ainda que se perceba que solucionar o litígio não implique em solucionar o conflito existencial.

2.2 Da Mediação

Na contramão da justiça tradicional, o principal propósito do instituto da mediação encontra-se em restaurar a relação existente entre os envolvidos. Em face disso, o diálogo e o restabelecimento da comunicação são grandes portas de passagem para se chegar à pacificação do conflito, e, conseqüentemente, à justiça social. Denota-se que, ao proferir a sentença, a justiça habitual declara às partes, naquele caso concreto, o perdedor e o ganhador, todavia, ao retornam ao seu âmbito de convívio, a relação permanece beligerante.

Dessa forma, a mediação surge como um meio de solucionar os conflitos tendo por escopo intervir no sentimento das pessoas envolvidas. Nesse sentido, é o entendimento de ANDRIGHI:

Julgar homens não pode ser uma atividade de massa, porque se sacrifica a humanização. Julgar é uma atividade artesanal, porque lida com sentimentos contrapostos. A tolerância, nesse contexto, emerge como virtude fundamental, ao fazer brotar a percepção do espaço existente entre cada um dos envolvidos na cena conflituosa, permitindo, assim, que, no movimento das diferenças individuais, o mediador conduza-os pela mão ao encontro – e não de encontro – das soluções. (2011, p. 13)

Frente a isto, tem-se nesse procedimento hodierno a visão voltada para o relacionamento existente entre os envolvidos, onde não se aplica tão somente a fria letra da lei, sem importar-se com a relação futura, ou seja, com o momento vindouro, após a resolução da controvérsia. Na mediação, há um aprofundamento no tratamento do conflito, voltando-se para a interdisciplinaridade no afinco de alcançar soluções adequadas à realidade de cada caso, como bem destaca BRAGA NETO:

A mediação como uma prática se situa em uma zona nebulosa e fronteiraça entre todas as profissões, tomando por base uma elevação do entrelaçamento de todas elas, já que contribuem na resolução de controvérsias, com seus papéis próprios, na extração de ações, soluções e atividades positivas dos conflitos. (2007, p. 70)

Derradeiramente, sob a instauração de um ambiente propício ao diálogo, onde há um estado de cooperação entre os participantes, com a condução de um mediador capacitado, o caminho de encontro à pacificação torna-se suficientemente verossímil. Desta feita, quando se cuida em zelar pelo tratamento do vínculo relacional e as origens que desencadearam o conflito, previnem-se futuras contendas que, provavelmente, resultariam em demandas judiciais.

2.3 A Conciliação e a Mediação nos moldes do novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil, sancionado por meio da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016, trouxe consigo consideráveis mudanças nos procedimentos judiciais civis, destacando-se, dentre elas, a necessidade de criação, por parte dos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, com a realização de audiências de conciliação e mediação, ainda no início do processo.

Destarte, assim dispõe o artigo 3º do supracitado diploma legal:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
(...)
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
(...)

Percebe-se que o legislador não restringiu os métodos consensuais de solução de conflitos apenas à conciliação e à mediação, eis que, ainda que estes tenham citação expressa, os demais meios podem e devem ser intentados, por todos os operadores do direito, e, indiferentemente da fase processual que se encontre.

Por conseguinte, cuidou-se, na secção V, artigo 165, de designar aos tribunais a criação de centros judiciários para a solução consensual de conflitos, observando-se ainda, que programas de estímulo e orientação à autocomposição sejam colocados em

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
prática, o que vem a propiciar, ainda que de forma rudimentar, a efetividade do acesso à justiça:

Seção V

Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Por derradeiro, o artigo 134 do novo Código de Processo Civil, apresenta os trâmites para realização da audiência, de conciliação ou mediação, de acordo com designação do juiz, bem como os critérios a serem atentados para que esta não seja realizada, quando assim as partes manifestarem-se. Ademais, tal artigo prevê a possibilidade da realização de audiência de conciliação ou mediação por meio eletrônico, o que se afigura mais ao instituto da conciliação, vez que a mediação depende uma inter-relação entre as partes, como visto anteriormente.

DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...)

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

(...)

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Neste ínterim, percebe-se que o novo CPC preocupou-se em recepcionar os métodos não adversariais de solução de conflitos que fora, outrora, trazido à baila pela Resolução Nº 125 do CNJ, a conciliação e a mediação, o que denota o esmero do Poder Judiciário em disseminar os meios pacíficos para resolução de contendas, almejando a substituição de uma cultura de litígio pela cultura da paz.

Considerações finais

Os Direitos Fundamentais são provenientes de uma vasta conquista histórica, onde, gradativamente, compreendeu-se que o ser humano possui direitos mínimos que lhe devem ser assegurados para que possa obter dignidade e condições básicas para bem

viver. Nesta perspectiva, o Estado tem o condão de resguardar tais direitos perante qualquer afronta, garantindo-lhes a efetividade juridicamente asseverada.

Dentre os Direitos Fundamentais consolidados na Constituição Federal pátria tem-se como de imprescindível concretização o direito de acesso à justiça, pois por intermédio dele, se proporcionará a irrefutabilidade das demais garantias oriundas da Carta Magna. Em que pese a semelhança entre as expressões, não se pode enlevar o conceito de acesso à justiça e acesso ao poder judiciário, eis que o primeiro abrange uma concepção mais absoluta, englobando a contemplação de justiça e cidadania, sobrepujando a mera decisão adjudcada pelo Estado.

Neste contexto, visando alcançar uma prestação jurisdicional de qualidade, onde exista comprometimento com os Direitos Fundamentais, os meios não adversariais de solução de conflitos, paulatinamente, eclodem como uma realidade nos tribunais brasileiros. Os métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação, cada qual com suas peculiaridades, apresentam ascensão no ordenamento jurídico, vez que, os benefícios alcançados por meio de uma decisão proveniente da vontade das partes, ultrapassam a seara jurídica, produzindo efeitos na própria sociedade, com a instauração de uma cultura de paz em detrimento do litígio.

Importantes alterações estão sendo introduzidas na legislação, sobretudo, com o fomento aos meios alternativos para a resolução de conflitos, como a iniciativa no Conselho Nacional de Justiça ao publicar a Resolução N° 125, e posterior Emenda N° 01, e, recentemente, a entrada em vigor da lei n° 13.105 de 16 de março de 2015, que cuida do novo Código de Processo Civil, todavia, a mudança que tanto se almeja encontra-se ainda em incipiente desenvolvimento, pois depende de uma transformação de cultura e mentalidade, passando por valores e princípios inerentes a cada cidadão. Entrementes, uma determinante iniciativa em prol desta caminhada necessita ter início com os respectivos operadores do direito, advogados, magistrados, promotores de justiça, docentes e estudantes, que desempenham primordial papel para que o desenvolvimento e implantação da pacificação social vertam-se em realidade.

Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. In: GROSMAN, Claudia Frankel MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs.). **Mediação do Judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano Neto (Coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

BRASIL, Constituição 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 40ª edição, 2007.

_____, Lei Federal nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, publicada no Diário Oficial da União de 27/09/95. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

_____, Lei Federal Nº 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União de 17/03/2015. Código de Processo Civil.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GAGLIETTI, Mauro; COSTA GRAZIOTTIN, Thaise Nara; CASAGRANDE, Aline. **O novo no direito**. Unijui: Ijuí, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano Neto (Org.). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs.). **Mediação do Judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Comentários da Resolução Nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: GROSMAN, Claudia Frankel MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs.). **Mediação do Judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador.** v. I.
Florianópolis: Habitus, 2001.

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO AL AGUA DULCE COMO UN DERECHO HUMANO AUTÓNOMO EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL.

**Clovis Gorczewski
Elisângela Furian Fratton**

Consideraciones Iniciales

Es sorprendente que, si bien el agua está considerada un elemento esencial a la vida y al bienestar, el acceso a este recurso no fue reconocido como un derecho humano cuando han sido expresos los derechos fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Posiblemente haya razón para esto en la creencia de que el agua fuera eternamente suficiente y disponible para todos; sin embargo, en las últimas décadas, se hizo claro que eso no es verdad. Debido a la mala gestión de los recursos naturales, el agua, utilizable para fines humanos, se ha vuelto cada vez más escasa.

A pesar de que toda la vida depende de ella, tan sólo el diez por ciento del agua dulce del mundo está empleado para uso doméstico, cerca del 20 por ciento para la industria y el 70 por ciento para la agricultura.

Como resultado, ha habido un considerable incremento en la concienciación sobre la necesidad de reconocer el acceso al agua potable como un derecho humano. Esto para dar prioridad a su utilización, así que cada ser humano puede tener acceso a los recursos para, por lo menos, satisfacer sus necesidades humanas básicas, incluyendo el agua para beber, cocinar, higiene personal, limpieza doméstica y saneamiento.

Además de trabajar las causas que generan la escasez de agua en todo el mundo -como contaminación y demasiada explotación, es relevante impedir la caída de la oferta de agua potable disponible para el consumo humano, así como para otras actividades sociales (industria, transportes, producción de alimentos).

El problema abordado en este trabajo parte de una reflexión acerca de un nuevo derecho a ser concretizado, el derecho humano al acceso al agua dulce como un derecho autónomo.

Se justifica este trabajo, por tanto, en la fundamentación social de cómo el Derecho debe considerar el agua como un derecho humano, siendo descritas en la primera parte de este estudio las principales razones para el reconocimiento del acceso al agua como un derecho humano, y asimismo las dos maneras por las que ha sido

reconocido el derecho al agua: como un derecho subordinado, o como un derecho autónomo.

Aquí se aboga que el agua debe ser reconocida como un derecho humano autónomo en la sociedad internacional contemporánea y su concretización depende de su positivación en las Constituciones de los Estados y en la promoción de una cultura del agua para uso de toda la colectividad.

1 La crisis mundial de agua dulce

El agua es un elemento esencial para la vida. Cada persona debe tener una ingestión de algunos litros de agua al día, como una exigencia fisiológica. Todo el ser humano necesita beber una cantidad mínima de agua para evitar la muerte por deshidratación. Del mismo modo, la calidad del agua es importante. Así, ella debe ser limpia para evitar las enfermedades relacionadas. El agua es también indispensable a otras necesidades básicas, como saneamiento, limpieza personal, de la casa, producción de alimentos, entre otros.

La explotación y el abuso del agua como patrimonio común de la humanidad seguramente “[...] se refere a usos não prioritários, ao desperdício e ao aproveitamento deficitário das capacidades hídricas de água doce existentes...”, restringiendo así el desarrollo de la vida de las presentes y de las futuras generaciones. (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 324).

De acuerdo con la Organización Mundial de Salud (OMS) aproximadamente 2,4 mil millones de personas no tienen acceso a un sistema de saneamiento y 946 millones de personas defecan al aire libre. Esa realidad de la crisis por escasez, contaminación y carencia en abastecimiento de agua, saneamiento e higiene es determinante para la salud, bienestar y desarrollo de las personas. (OMS, 2015).

Si bien existen argumentos de que el agua dulce será suficiente en el mundo, una considerable parcela de la población mundial sufre con problemas graves relativos al acceso al agua dulce. Ese panorama lo relata Amorin:

Existem 276 bacias hidrográficas transfronteiriças no planeta (64 na África, 46 na América do Norte, 60 na Ásia, 68 na Europa e 38 na América do Sul) e já foram identificados cerca de 200 aquíferos subterrâneos transnacionais. 148 países possuem parte de seu território em uma ou mais dessas bacias hidrográficas, 39 deles têm mais de 90% de seu território entre uma ou mais

destas bacias hidrográficas e 21 países estão integralmente inseridos em bacias internacionais. (AMORIN, 2015, p. 84).

El agua está en el centro del desarrollo sustentable desde la elaboración del documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sustentable de 2012 (Rio + 20). Además, el informe Mundial de las Naciones Unidas sobre Desarrollo de los Recursos Hídricos (WWDR5), titulado “Agua para un mundo sostenible”, incluye a América Latina de manera formal en el cumplimiento del derecho humano al agua y al saneamiento en el ámbito de la agenda de desarrollo pos-2015. (ONU, 2015).

El aumento de la población mundial también es un factor desencadenador de la crisis hídrica mundial, pero no el principal. La agricultura, la industria, el consumo desenfrenado y la mala gestión están entre los principales causadores de la situación crítica en que se encuentra el agua dulce en el mundo. “A agricultura é de longe a atividade humana que mais consome água. A agricultura irrigada responde por 70% do consumo de água doce global, podendo chegar a 80% em algumas regiões do planeta e a 90% em alguns países em desenvolvimento”. (AMORIN, 2015, p. 88).

El principal albor de la falta de agua potable han sido los niños que mueren por enfermedades asociadas al agua insalubre como incidencia de cáncer, enfermedades de la piel, esquistosomiasis, cólera y otras enfermedades causadas en virtud de la cantidad elevada de arsénico (sustancia nociva a la salud), contenida en el agua. Esa situación crítica trae graves restricciones al crecimiento nutricional, físico y psicológico de los niños. Alerta en ese sentido Albuquerque que

Más de 3.600 niños y niñas mueren cada día debido a enfermedades diarreicas evitables, superando las cifras de la malaria, el VIH/SIDA y el sarampión juntos. Los niños tienen mayor probabilidad de morir de diarrea que los adultos debido al insuficiente desarrollo de su sistema inmunitario; además, los niños que más riesgo corren en ese sentido son los que viven en la pobreza. Asimismo, la probabilidad de sufrir un retraso en el crecimiento a los 24 meses de edad aumenta de forma exponencial con cada episodio de diarrea y con cada día que el niño sufre esta enfermedad. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 24).

Sin embargo, la persistencia de la pobreza, el acceso desigual al abastecimiento de agua y servicios de saneamiento, su uso y gerenciamiento, ha impuesto serias restricciones y afectado el desarrollo sostenible y humano. El agua es un recurso esencial para la reducción de la miseria, puesto que ella garantiza la seguridad alimentaria y nutricional de las personas.

Factores relacionados con los cambios climáticos también están contribuyendo al desencadenamiento de ese proceso crítico en el que el agua dulce se encuentra. Dicha situación es reconocida por los científicos de la comunidad internacional, a través de sus informes de la ONU (Organización de las Naciones Unidas) y de organizaciones de la sociedad civil internacional.

Estima-se que, por volta de 2050, o aquecimento global tenha afetado significativamente os padrões de chuva, nas mais diversas regiões do planeta, com sérias consequências humanas e ambientais. Estudos de modelagem climática apontam para um aumento entre 10 e 40% no volume de chuvas na África equatorial ocidental, na região da bacia do Prata, nas altas latitudes da América do Norte e na Eurásia, e uma diminuição de até 30% no volume de chuvas na região sul do continente africano e da Europa, no Oriente Médio e nas latitudes médias da América do Norte. (AMORIN, 2015, p. 90).

Garantizar una dotación confiable de agua potable ha sido una de las cuestiones más importantes a lo largo de la historia humana y para todos los países del globo terrestre. La crisis hídrica en el Estado de São Paulo, anunciada en los años de 2013 y 2014 de manera explícita en todos los medios mediáticos brasileños, demuestra la gravedad con que la falta de las lluvias, mala gestión, falta de planeamiento y poca inversión contribuyeron para el desencadenamiento de la carencia de agua en esa región de Brasil.

Inúmeros fueron los reportajes que elucidaron ese hecho de la escasez de agua en Brasil, más específicamente en el estado de São Paulo, que alertó al medio científico y gubernamental. En ese contexto, revela Amorin

Em sua edição de dezembro de 2013, a revista *Pesquisa Fapesp* estampava em sua capa chamada para a matéria *A cidade dos Rios Invisíveis*, onde foram ilustrados casos de como o crescimento desordenado da cidade de São Paulo, do final do século XIX até hoje, e sua urbanização vertiginosa, soterraram, desviaram, emparedaram e, literalmente, mataram as águas de diversos rios importantes para a cidade e para o Estado. [...] Matéria veiculada no Jornal *O Estado de S. Paulo*, em sua edição de 18/05/2014, por exemplo, aponta que moradores da Zona Sul da cidade de São Paulo convivem com a falta de água há mais de 30 anos. [...] O jornal *Folha de S. Paulo*, em matéria de sua edição eletrônica de 1/6/2014, reitera o que a maior parte da população dos bairros mais pobres, da periferia das cidades da Grande São Paulo e da Capital, já sabe há muitos anos que a situação de crise e de falta de água já era crítica antes de 2013. (AMORIN, 2015, p. 333).

Aunque no haya sido admitida una medida de racionamiento oficial de agua, tampoco haya sido admitida la existencia de una crisis hídrica en el estado de São Paulo, “todas as autoridades governamentais relacionadas com o tema foram unanimes

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 em apontar um único culpado desde sempre: a falta de chuvas. Ou, como apontado pelo governador em seu discurso, e como quer crer o jargão e a credence populares, São Pedro”. (AMORIN, 2015, p. 340).

Históricamente, ocurren periódicamente situaciones de escasez de agua en la Región de São Paulo, pero los intereses corporativos y mercantiles han sido los verdaderos responsables del descaso con el abastecimiento urbano, tanto que el *Atlas Brasil- Abastecimento Urbano de Água*- ANA (Agencia Nacional de Aguas), en el año de 2010, señaló en sus consideraciones finales que “55% dos municípios brasileiros (3.059 cidades) teriam abastecimento deficitário de água até 2015, dos quais 84% necessitariam de investimentos para a adequação de seus sistemas produtores e 16% apresentariam déficits decorrentes dos mananciais utilizados”. (AMORIN, 2015, p. 343).

Relacionado también con el aumento de la población, notorio es que la cuestión de la crisis hídrica en el Estado de São Paulo presenta graves fallos de gestión, donde soluciones urgentes, planeamientos y acciones estratégicas deben ser contempladas, tanto como una educación humana vuelta a un cambio de cultura con relación al agua dulce.

Indudable que una educación para los Derechos Humanos está directamente atraillada a la necesidad de formación de una nueva cultura de preservación y cuidados con el agua dulce. En ese sentido enseñan Gorczewski y Martín

Educação para os Direitos Humanos deve ser entendida como a transmissão de conhecimentos sobre esses direitos. Trata-se de ensinar ao indivíduo o que são direitos humanos, quer nacionais quer internacionais, que expressam seu reconhecimento, os órgãos de proteção. Tem como objetivo permitir que o indivíduo conheça e exerça seus direitos assim como conheça e respeite os dos demais. (GORCZEWSKI; MARTÍN, 2015, p. 34).

En Europa, la crisis relacionada con las guerras mundiales, con las innúmeras manifestaciones de crueldades inusitadas, crímenes terroristas, torturas, barbaries y las actuales burbujas inmobiliarias y desahucios demuestran las consecuencias de la terrible crisis económica que asombra al continente y que “afectan a cuestiones tan básicas para la dignidad humana como la alimentación, la salud, la vivienda, el trabajo, la educación y el agua, que tan directa repercusión tienen para el disfrute efectivo del derecho a una existencia verdaderamente digna”. (LA CUESTA, 2013, p. 85).

Los países que tienen frontera con Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Venezuela, Perú, Colombia, Guyana, Surinam, Guyana Francesa, si bien presentan diferencias sociales y culturales, comparten un gran volumen de agua dulce, asimismo como sus principales cuencas hidrográficas. En cuanto a la formación de aguas dulces de las fronteras de Brasil, discurre Amorin

A América do Sul é uma das regiões mais ricas em água doce do mundo. O potencial hídrico do subcontinente é cerca de 12.000 Km³/ano e nele estão contidas três das maiores bacias hidrográficas do mundo: as dos rio Amazonas (com 6.112.000 m²), Prata (3.140.000 Km²) e Orinoco (906.500 Km²). (AMORIN, 2015, p. 234).

Si bien esa aparente abundancia de agua dulce pueda parecer suficiente para el abastecimiento de la población mundial, los crecientes conflictos que su escasez ha generado es evidente, pues miles de personas no tienen por lo menos acceso a una cantidad mínima de agua limpia, necesaria para satisfacer las necesidades humanas vitales. Tanto que la desorganizada distribución de concentración de aguas dulces está vinculada con la crisis del agua, hecho que abre margen para que se la considere una mercancía bajo egida del mercado económico internacional. Comenta en ese sentido Amorin

O mercado de água – ou seja, o mercado que engloba serviços de captação tratamento, distribuição e envasamento da água e a sua comercialização *in natura*, bem como as estruturas instaladas para distribuição, captação e tratamento – é estimado em, aproximadamente, US\$ 400 bilhões anuais. (AMORIN, 2015, p. 202).

Ante el contexto presentado, notorio es que la escasez de agua dulce ha sido uno de los principales problemas enfrentados por la humanidad, en conjunto con la miseria y el hambre. Por tanto, tratar el agua bajo la perspectiva de los derechos humanos es combatir la reducción de las desigualdades y disparidades en el acceso a los servicios de abastecimiento y saneamiento de agua. Así, resulta fundamental para las presentes y futuras generaciones que el agua sea reconocida mundialmente como un derecho humano en los ordenamientos jurídicos con objeto de que ocurra el desarrollo de los pueblos y el mantenimiento de todas las formas de vida, generando un mundo con mayor equidad social.

2 El reconocimiento del agua como un derecho humano fundamental en la sociedad internacional

Noberto Bobbio enfatiza que los “direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação”. Esa concepción contemporánea de los derechos humanos demuestra los verdaderos esfuerzos de construcción y reconstrucción de los derechos humanos en la sociedad internacional. (BOBBIO, 2004, p. 32).

En ese mismo sentido camina la comprensión de Hannah Arendt, cuando aborda que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. (apud, PIOVESAN, 2015, p. 44).

A su vez, la Declaración Universal de 1948 y la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993 innovan, cuando introducen la concepción contemporánea de derechos humanos cuyo contenido está anclado en la indivisibilidad y universalidad de esos derechos. (PIOVESAN, 2015, p. 49).

Por tanto, el progreso de protección de los derechos humanos a nivel internacional y nacional es innegable, y en esa senda resalta Canotilho que “se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de “Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais”, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo”. (apud PIOVESAN, 2015, p. 47).

Inseridos en esa visión de unidad y universalidad es que, actualmente, se ha discutido el acceso al agua a partir de una perspectiva de derechos humanos, puesto que siempre ha sido fundamental para la sobrevivencia humana. Así, hoy el agua está cada vez más percibida como una fuente escasa y los efectos negativos sobre la salud humana causados por su contaminación son más evidentes. De hecho, existe una consciencia más clara sobre la falta de agua disponible.

Si bien el agua es un recurso natural esencial y limitado, y asimismo un bien público fundamental para la vida y la salud, ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos generales previó explícitamente el derecho al agua. Su reconocimiento comenzó a desarrollarse tan sólo en las últimas décadas a través de una serie de declaraciones gubernamentales, directivas y resoluciones. Además, solamente los tratados más recientes en materia de derechos humanos incorporan explícitamente la

obligación de tomar medidas adecuadas para garantizar el acceso al agua potable. Éste es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades.

De la misma manera, recientemente, en algunas constituciones y legislaciones nacionales, el derecho al agua comenzó a ser reconocido expresamente, tal como en las constituciones de Bolivia, República Democrática del Congo, Ecuador, Kenia, Maldivas, Nicaragua, Sudáfrica y Uruguay - países que tienen frontera con Brasil representan los marcos jurídicos nacionales más fuertes, pues ya reconocieron el derecho al agua como un derecho humano en sus Cartas Magnas, esto porque “el reconocimiento proporciona un punto de referencia crucial para los responsables políticos, los ministerios gubernamentales, los órganos judiciales y la sociedad civil, todos los cuales tienen el objetivo de influir en la política, establecer normas y hacer que los agentes pertinentes asuman sus responsabilidades”. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 58).

El reconocimiento del agua como un derecho humano en lo que atañe a su acceso y saneamiento es muy reciente. Con el objetivo de aclarar el contenido y las obligaciones que derivan del derecho humano al agua, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) emitió en el año de 2002, la Observación General n° 15, de manera específica en los arts. 11 y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En ella, refiere que el derecho al agua está entendido como un derecho que habilita a todas las personas a que tengan agua suficiente, segura, aceptable físicamente, accesible, un agua barata, en cantidad suficiente para uso personal y doméstico. Reconoce, así, que una cantidad adecuada de agua segura es necesaria para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y para proveer para el consumo personal y requisitos de higiene doméstica. (ONU, 2002).

El texto de la Observación General reconoce explícitamente, a nivel de derecho internacional, el derecho fundamental de acceso al agua, pues, “em sua interpretação, reconhece, ainda que por vias indiretas, a existência de um direito fundamental de acesso à água, indispensável para a condução de uma vida digna e para a realização de todos os outros direitos fundamentais”. (AMORIN, 2015, p. 118).

La Observación General establece asimismo que los Estados Partes tienen obligaciones con relación al derecho humano al agua, que son divididos en la tipología

tripartita de obligación para proteger, respetar y cumplir. También determina las obligaciones fundamentales de este derecho, que deben ser realizados inmediatamente, según señala Amarin

Depois da aprovação do Comentário Geral nº 15, pela primeira vez houve base jurídica- porque proveniente de uma interpretação formal e oficial – para se compelirem os membros da sociedade internacional, aos menos os 145 Estados-Partes do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a garantir universalmente o acesso à água potável para as necessidades elementares da vida, em quantidades e qualidades satisfatórias, evitando-se assim a concretização dos anseios daqueles que almejam obter lucro com a mercantilização da água. (AMORIN, 2015, p. 119).

La cristalización del derecho humano al agua da a los individuos una base legal para reivindicar el acceso al agua para satisfacer las necesidades humanas, por lo menos las más básicas y para disfrutar de una vida decente. Él transforma la necesidad básica de agua en un derecho legítimo y da origen a obligaciones correspondientes en el Estado. Sin embargo, hay todavía algún debate sobre su contenido normativo y las obligaciones que de ahí provienen. Consecuentemente, algunos Estados están resistentes en reconocer este derecho, como es el caso de Brasil.

Los países latinoamericanos fronterizos con Brasil buscaron reglamentar el tratamiento del agua como un derecho humano fundamental en sus ordenamientos jurídicos de forma explícita, con excepción de Brasil, que “não possui, até o presente momento, o reconhecimento legal e jurídico expresso do direito fundamental de acesso à água e ao saneamento, e um dos poucos países da região que não reverteram, total ou significativamente, o regime jurídico mercantilista e privatístico imposto pelas instituições internacionais, e servilmente aceito pelos governos locais, nos anos 1990.” (AMORIN, 2015, p. 232).

La resolución 64/24 de la Asamblea Mundial de la Salud, de la Organización Mundial de la Salud, publicada en mayo de 2011, convocó a los Estados-miembros a garantizar por medio de las políticas públicas nacionales de salud, alcanzar las metas de desarrollo del milenio en lo que atañe a la cuestión del agua y del saneamiento, así como determinó que el Director-General de la referida organización fortaleciese la colaboración de todos los órganos vinculados al agua a dar ejemplo para la promoción del acceso al agua a través de una cooperación internacional. (AMORIN, 2015, p. 121).

El día 05/06/2012, la OEA aprobó la resolución AG/RES.2760 (XLLII-O/12), “em defesa do direito humano à água e ao saneamento”. (AMORIN, 2015, p. 121).

El 14 de abril de 2015, todos los Estados miembros de la ONU reconocieron que el derecho humano al agua y el derecho humano al saneamiento hacen parte de la ley internacional de los derechos humanos. (ONU, 2015).

Esta publicación por la Amnistía Internacional y *WASH United* reúne el claro reconocimiento universal de los derechos humanos al agua y saneamiento. Él da una visión general de las resoluciones más importantes y declaraciones que reconocen los derechos humanos al agua y saneamiento, incluyendo las posiciones que los estados individuales han tomado a la época de la adopción de esos documentos. Están representados 77 países, que también listan sus posiciones individuales y cómo ellas han cambiado a lo largo del tiempo.

El documento sirvió anteriormente como una guía de referencia interna para la Amnistía Internacional y *WASH United* y fue publicado para ayudar a los otros a identificar la posición que su país ha tomado sobre los derechos humanos al agua y saneamiento, para defender los derechos de sus propios contextos nacionales, para garantizar que esos derechos no sean ignorados en la formulación e implementación de leyes de agua y saneamiento nacional y político, y para ayudar el litigio estratégico con antecedencia de mecanismos nacionales, regionales e internacionales de justicia.

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el agua como un bien común y de interés global, y por ello “...a água deve ser tratada como um bem social e cultural, e não como uma *comodity* econômica”, que mediante la cooperación solidaria entre los Estados y sociedad, el derecho humano al agua sea un bien global e interés de toda la humanidad. (CANOTILHO, LEITE, 2012, p. 329).

Ante los múltiples valores que abarcan el agua, lo que se sobresale es su relación de esencialidad en la vida humana y “nessa perspectiva, o *direito fundamental à água*, ou simplesmente, *direito à água*, representa, sobretudo, *um direito imprescritível para todos*”. (CANOTILHO, LEITE, 2012, p. 326).

Efectivamente, el agua es un recurso natural de dominio público y debe ser preservada y tratada como un derecho humano fundamental, un derecho social, que necesita protección y reconocimiento de los Estados de manera explícita con objeto de que éstos puedan actuar positivamente en medidas eficaces en pro de la concretización del derecho al agua como un derecho autónomo e indivisible.

3 El derecho al agua como un derecho autónomo, ¿o como un derecho Derivado?

Los instrumentos internacionales de derechos humanos son universalistas, en la medida que aseguran una protección legítima y universal para la sociedad internacional. El art. 2º de la Declaración Universal contempla que todas las personas tienen derecho a la vida y a la libertad y que nadie podrá ser sometido a tortura, de entre otras- art. 5º. Así, por ser la dignidad humana el pilar de un Estado Democrático de Derecho, ésta no puede ser violada y tampoco puesta en riesgo.

Si bien la Declaración Universal no presenta fuerza jurídica vinculante, “vem atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados”. (PIOVESAN, 2015, p. 237).

En ese escenario, resulta relevante aclarar que “os direitos humanos são tidos como imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis (também chamados de irrenunciáveis), o que, em seu conjunto, compõe uma proteção de intangibilidade aos direitos tidos como essenciais a uma vida digna”. (RAMOS, 2015, p. 94).

Innegable que en la actualidad los derechos humanos representan el núcleo central del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional. En esa postura expone Ramos

No plano internacional, os direitos humanos sofreram uma *ruptura* ocasionada pelos regimes totalitários nazifascistas na Europa na Segunda Guerra Mundial e, após, foram *reconstruídos* com a internacionalização da matéria. Com isso, o Direito Internacional passou por uma lenta mudança do seu eixo central voltado à perspectiva do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais. Com a ascensão da temática dos direitos humanos previstos em diversas normas internacionais, os direitos humanos promoveram a entrada em cena da preocupação internacional referente à promoção da dignidade humana em todos os seus aspectos. (RAMOS, 2015, p. 89).

La apertura internacional o nacional de los derechos humanos implica en la “expansão do rol dos direitos necessários a uma vida digna”, y siendo esos derechos no exhaustivos, implica la posibilidad del reconocimiento de otros derechos futuros. (RAMOS, 2015, p. 93).

Así, nuevos derechos pasan a ser exigidos ante las emergentes necesidades sociales, para que promuevan la dignidad de la persona humana, como es el caso del derecho al acceso al agua potable en la sociedad internacional.

Puesto que el derecho al agua no está explícitamente reconocido por la Carta Internacional de los Derechos Humanos, su reconocimiento fue alcanzado de dos maneras: 1) como subordinado y necesario para alcanzar ya los derechos humanos primarios reconocidos, sea como un derecho civil y político, los derechos económicos y sociales, sea como un derecho colectivo; o 2) como un derecho humano independiente y nuevo.

Como un derecho subordinado, el derecho humano al agua está considerado como derivado de otros derechos. Por ejemplo, el Comité de los Derechos Económicos y Sociales, ha mencionado que el derecho al agua emana del derecho a un nivel de vida adecuado, consagrado en el artículo 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

El Comité especifica, en el Art. 11, una lista de derechos indispensables para un nivel de vida adecuado. Manifiesta asimismo, que el derecho al agua claramente se encuadra en la categoría de garantías esenciales para garantizar un nivel de vida adecuado, particularmente a la vez que es una de las condiciones fundamentales para la sobrevivencia. El mismo Comité también reconoce que el derecho al agua está inextricablemente relacionado con el derecho al más alto nivel posible de salud (art. 12), el derecho a la vivienda adecuada y alimentación adecuada (Art. 11), y debe ser visto en conjunto con otros derechos humanos, en particular el derecho a la vida y dignidad humana.

De la misma manera, se ha argumentado que el derecho al agua está incorporado en el derecho a la vida, integrado en el artículo 6° del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. Entonces, otra vez se alega, por ejemplo, que las disposiciones del PIDCP están definidas más en el contexto de la seguridad de la persona y de la privación de libertad, en lugar del contexto de condiciones para sostener la vida humana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no reconoce expresamente el acceso al agua como derecho humano, aunque su jurisprudencia está, “nos últimos anos, e de modo, louvável, aplicando em suas decisões entendimento amplo e abrangente do conteúdo do *direito à vida*, expreso na Convenção Interamericana, e a direitos sociais e culturais, constantes do Protocolo de San Salvador, de modo a suprir as lacunas geradas por omissões a direitos, ou por definições por demais amplas e superficiais dos direitos expressos”. (AMORIN, 2015, p. 118).

Distintos instrumentos jurídicos internacionales fueron elaborados para la protección y concretización de los derechos fundamentales como la Magna Carta en 1215, la Petición de Derechos en 1628, la Ley del *Hábeas Corpus* en 1679, la Declaración de Derechos en 1689, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia en 1776 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, documento considerado el marco histórico y que ejerció gran influencia en las Constituciones promulgadas a partir de su aprobación. La gloria de la Declaración Universal “deve-se ao fato de seus redatores terem fundamentado os direitos humanos – pela primeira vez reconhecidos em um texto universal – em um elemento básico: a dignidade da pessoa.” (GORCZESVSKI, 2009, p. 159-160).

Por otro lado, el derecho al agua ha sido explícitamente reconocido como un derecho independiente, autónomo, en diferentes constituciones alrededor del mundo, incluyendo las constituciones de África del Sur, de Etiopia, Kenia, México, Uruguay, de Bolivia y Ecuador, entre otros, y ese reconocimiento puede continuar a crecer. Dicho escenario lo demuestra Catarina de Albuquerque, relatora oficial de la ONU

Se observa que los marcos jurídicos nacionales más fuertes se encuentran en aquellos países cuyas constituciones reconocen explícitamente los derechos al agua y al saneamiento. Al tratarse del principal instrumento legal que describe las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, así como las funciones y responsabilidades de cada uno, ese reconocimiento pone de relieve el compromiso nacional con la realización de los derechos de todas las personas y garantiza su inclusión duradera en el Derecho nacional. Es más, el reconocimiento proporciona un punto de referencia crucial para los responsables políticos, los ministerios gubernamentales, los órganos judiciales y la sociedad civil, todos los cuales tienen el objetivo de influir en la política, establecer normas y hacer que los agentes pertinentes asuman sus responsabilidades. Hasta el momento, numerosos países han reconocido el derecho al agua en sus constituciones, incluidos **Bolivia**, la **República Democrática del Congo**, **Ecuador**, **Kenia**, las **Maldivas**, **Nicaragua**, **Sudáfrica** y **Uruguay**. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 58).

En Brasil, si bien el agua está comprendida como derecho derivado del medio ambiente ecológicamente equilibrado, merece consideración y la comprensión de que se trata de un derecho humano y fundamental. Así, importa que “uma sociedade aberta, livre e democrática será sempre sensível e estará atenta ao surgimento de novas necessidades que fundamentar-se-ão em novos direitos.” (GORCZEVSKI, 2009, p. 145).

El reconocimiento del derecho fundamental al agua potable como un derecho autónomo tiene sus características en el derecho humano, cuáles sean, la universalidad, esencialidad y fundamentalidad que lo balizan como tal. En esa senda comenta Carli

Evidencia-se entretanto, que o reconhecimento do direito fundamental à água potável pelo Estado reforça sua importância, tornando sua observância norma coercitiva, além de servir, em tese, de instrumento de conscientização de toda a sociedade. (CARLI, 2013, p. 40).

Además, el informe del Consejo de Derechos Humanos publicado en 2007 aprobó la decisión 2/2014, titulada “Derechos Humanos y Acceso al Agua”, donde el Alto Comisariado afirmó que se inicia el “momento de se considerar o acesso à água potável e ao saneamento como um direito humano, definido como o direito ao acesso igualitário e não discriminatório a quantidades suficientes de água potável para usos pessoais e domésticos [...] para a manutenção da saúde e da vida”. (AMORIN, 2015, p. 120).

Algunos instrumentos jurídicos internacionales han percibido la necesidad de ampliar su protección acerca de la imprescindibilidad del agua para la vida humana. Albuquerque entiende el derecho al acceso al agua como un derecho humano y así los une.

Los derechos al agua y al saneamiento no existen de forma aislada del resto de derechos humanos; de hecho, existe una fuerte correlación entre aquellas personas que no pueden disfrutar de los derechos al agua y al saneamiento y aquellas que no disfrutaban de los derechos a la vivienda, alimentación, educación y salud. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 32).

Además, el reconocimiento explícito del derecho humano al agua es un derecho fundamental a ser perseguido por los Estados, como enfatiza Albuquerque

La legislación en materia de derechos humanos otorga una importancia considerable al reconocimiento explícito de los derechos por parte de los Estados, pero no simplemente a través de la ratificación de los tratados de derechos humanos, sino también incorporando en sus ordenamientos jurídicos nacionales los principios que se establecen en dichos tratados. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 51).

El no reconocimiento del derecho humano al acceso al agua potable impide el desarrollo de las personas y la expansión de sus libertades. Indudable que ése es el desafío contemporáneo de los derechos humanos en el orden internacional, el

reconocimiento del derecho al acceso al agua como un derecho autónomo y fundamental a la vida de todas las personas.

En Brasil, la relatora especial de la ONU para el derecho humano de acceso al agua y saneamiento en el año de 2013 en su informe final realizó una evaluación sobre las condiciones y la dirección que el país ha adoptado en cuanto a ese derecho y así constató

52% da população brasileira ainda não possui coleta de esgoto, e somente é tratado 38% do esgoto gerado. O Brasil se encontra entre os 10 piores países do mundo [em relação à] falta de banheiro, com 7 milhões de brasileiros defecando diariamente ao ar livre. A situação de falta de acesso a esgoto é particularmente grave na região Norte do Brasil, onde menos de 10% da população tem coleta de esgoto, isto é, quase 14 milhões de pessoas não desfrutam destes serviços. Na fase final da minha missão, em Belém, fiquei chocada ao tomar conhecimento de que a taxa de coleta e tratamento de esgoto na cidade é de 8% enquanto que em Macapá a mesma não passa de uns 3%. O baixo investimento em saneamento básico resulta num custo em saúde pública, com aproximadamente 400 mil internados por diarreia em 2011, com gastos do SUS (Sistema Único de Saúde) de R\$ 140 milhões, sendo que a grande parte dos atingidos foram crianças de 0 a 5 anos [...]. No Brasil, algumas empresas de saneamento cobram a taxa de esgoto a pessoas que ainda não estão ligadas à rede. Outras cobram uma taxa completa (de coleta e tratamento), mesmo quando só coletam e não tratam o mesmo. [...]. Por outro lado pude constatar em todo o país diversas situações em que, apesar de a rede de esgoto passar à frente da cada dos municípios, estes não se ligam à rede – fazendo com que o esgoto seja despejado diretamente em cursos de água ou em esgotos a céu aberto. Apesar desta situação consistir numa séria ameaça à saúde pública, a verdade é que estas faltas de ligação à rede decorrem maioritariamente dos altos custos de conexão, bem como do valor da respectiva taxa. Assim, o Estado tem a obrigação de adotar políticas públicas destinadas a ultrapassar esta situação – nomeadamente através da concessão de pequenos empréstimos destinados a permitir às pessoas custearem as obras de esgoto em suas casas. Por outro lado, se houver uma maior justiça tarifária no país, o peso que o pagamento da taxa de esgoto é particularmente dramática para os 29 milhões de brasileiros que vivem nas áreas rurais e comunidades tradicionais isoladas. Segundo dados do próprio IBGE, somente 36% dos moradores da área rural têm acesso a água tratada e menos de 25% têm acesso a sistemas de coleta de esgoto considerados adequados (rede coletora e fossa séptica), podendo este esgoto ser tratado ou não, dependendo do município. Os moradores restantes, mais de 21 milhões, não possuem sequer coleta de esgoto. (AMORIN, 2015, p. 123-124).

Esa problemática oficiada por la Relatora de la ONU demuestra la realidad que Brasil viene enfrentando en no reconocer explícitamente el derecho al acceso al agua dulce como un derecho humano y fundamental, pues lo trata como un derecho derivado del art. 225 de la Constitución Federal de 1988 que prevé que todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, reduciendo su importancia vital para la sobrevivencia humana.

La discusión sobre el tipo de derechos humanos a partir del cual el derecho al agua debe derivar, continuará hasta que un acuerdo internacional general sea establecido y que reconozca que ésta es una organización independiente, autónoma. Por tanto, la determinación del derecho a partir del cual el derecho humano al agua emana, continuará a ser decidida por los tribunales nacionales y regionales sobre derechos humanos al interpretar y aplicar la ley de derechos humanos.

Consideraciones finales

Por obvio, el agua potable es un elemento esencial para la vida, puesto que es indispensable para satisfacer las necesidades humanas básicas diarias. Por tanto, la falta de acceso a este recurso podrá afectar considerablemente los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho ambiental y el derecho a una vida digna, entre otros.

Es por esta razón que resulta fundamental reconocer el derecho humano al agua, tanto a nivel nacional, como internacional; por tanto, todos los seres humanos, independientemente de su raza, sexo, posición económica, religión, edad, deben tener acceso a, por lo menos, un mínimo de este recurso natural vital.

La importancia del reconocimiento del agua como un nuevo derecho humano representa el interés de la colectividad en pro del bien común, cuyas características de universalidad, indivisibilidad y esencialidad para a vida del hombre implican en la realización de los derechos fundamentales.

El reto actual orbita alrededor del reconocimiento del agua como un derecho humano autónomo, pues su acceso y uso debe ser universal. Sin embargo, una nueva cultura del agua debe ser desarrollada bajo los principios de participación democrática, prohibición de discriminación y concretización de los derechos humanos.

Así, una educación para derechos humanos con vistas a implementar una cultura en cuanto al uso racional del agua en sus más variadas dimensiones, han sido albo de preocupación de los órganos internacionales para el combate a enfermedades, al desperdicio y la erradicación de la pobreza mundial.

Finalmente, debido a las situaciones antes expuestas y las condiciones precarias de inúmeras personas que sufren con la falta de acceso al agua potable, preciso e indiscutible es que está en cuestión el derecho de estas personas a la vida, razón por la

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
que el Estado tiene la obligación de aportar servicios básicos, incluyendo agua potable para proteger el derecho a una vida digna.

Constituye el acceso al agua dulce un derecho humano a ser reconocido en las Constituciones nacionales, puesto que constituye un bien social, patrimonio común de toda sociedad y por consiguiente, un derecho autónomo que debe ser garantizado por la equidad, por la no discriminación y por la justicia social.

Referencias

ALBUQUERQUE, Catarina de. **Derechos Hacia El Final**. Lisboa: Texttype, 2012.

AMORIN, Joao Alberto Ales. **Direito das Águas. O regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARLI, Ana Alice de. **A água e seus instrumentos de efetividade**. Campinas: Millennium, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORCEVSKI, Clovis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GORCEVSKI, Clovis; MARTÍN, Nuria Belloso. **Educar para os Direitos Humanos. Considerações, obstáculos, propostas**. São Paulo: Salta, 2015.

LA CUESTA, Antonio Ruiz. Crisis de derechos sociales y derecho universal a vivir dignamente. In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes; LEAL, Monia Clarissa Henning; HERMANY, Ricardo. (orgs). **Derechos sociales en tempos de crisis**. España: Punto Rojo, 2013. 83-108 p.

PIOVESAN, Flávia; CONTI Irio Luiz. **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório mundial das Nações Unidas sobre o desenvolvimento dos recursos hídricos- WWDR5**. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/images/WWDR2015ExecutiveSummary_POR_web.pdf>. Acesso em 22 de jun. de 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **2,4 mil millones de personas carecen de acceso a saneamiento**. Disponible en:<<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2015/jmp-report/es/>>. Acceso el 06 de junio de 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral nº 15**. Disponible en:<http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf>. Acceso el 07 junio de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **O direito humano à água e saneamento**. Disponible en:<http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf>. Acceso el 10 de junio de 2015.

**THE LAW IN THE PHILOSOPHY OF JEAN-PAUL SARTRE
EL DERECHO EN LA FILOSOFÍA DE JEAN-PAUL SARTRE
LE DROIT DANS LA PHILOSOPHIE DE JEAN-PAUL SARTRE**

Enán Arrieta Burgos

'I HAVE RIGHTS!' Rights: Something like triangles and circles: it was so perfect that it didn't exist. You could trace thousands of circles with a compass in vain, you could never make a single circle. Generations of workers could as well scrupulously obey the commands of Lucien; they would never exhaust his right to command; rights were beyond existence, like mathematical objects and religious dogma. And now Lucien was just that: an enormous bouquet of responsibilities and rights. He had believed that he existed by chance for a long time, but it was due to a lack of sufficient thought. His place in the sun was marked in Férolles long before his birth. They were waiting for him long before his father's marriage: if he had come into the world it was to occupy that place: 'I exist,' he thought, "because I have the right to exist'.

(Jean-Paul Sartre, *The Childhood of a Leader*)

Introduction

There are many ways to approach the relationship between Jean-Paul Sartre's (1905-1980) thought and the law. Recently, one of Sartre's most interesting studies on the subject was published: *Sartre et le question du Droit* (Kail, 2013). In it, Sartre's conception of law is presented in general terms according to the author paradoxical and incoherent, and its richness sometimes demands to think *against* Sartre himself (p. 30)¹. Today, Michel Kail's text is an indispensable guide to anyone wishing to approach the subject although we must also take it with a grain of salt. Similarly, the doctoral thesis of Silvio Luiz Almeida, *Sartre: Direito e Política* (Almeida, 2011), and the doctoral dissertation of Thomas Burton Spademan, *Sartre, Marx and legal theory* (Spademan, 1996), are systematic and recent works about the relationship between law and the philosophy of Jean-Paul Sartre.

A specific form of this relationship belongs to the field of the "philosophy" of law. Some legal scholars have concerned themselves primarily with the implications of existentialism in the philosophy of law whether or not they agree with Sartre's

¹ According to Simone de Beauvoir: "throughout his existence, Sartre never stopped questioning time after time. Without denying what he called his «ideological interests», he didn't want to be affected by the, which is why he often chose to «think against himself», making a difficult effort to «break the bones in his head» (De Beauvoir, 1981, p. 13) and (De Beauvoir, 1982, p. 11). Sartre said: "I've often written them against myself, which means against everybody, with an intentness of mind that has ended by becoming high blood pressure" (Sartre, 1964, p. 164) and (Sartre, 2005, p. 213).

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 philosophy². Dogmatic studies of the law have done the same³. Further, some theoretical constructions have founded their conception of the law on Sartrean ontology⁴.

Above all, analyzes contained in philosophy and legal doctrine manuals have take it upon them to theorize about the consequences that the existentialist conception of human liberty entails for the law. In a reduced and cliché manner, the mistake has been made of understanding univocally and statically the concept of human freedom⁵ developed by Sartre throughout his work. As Juliette Simont masterfully summarizes the different forms liberty takes in the itinerary of Sartrean philosophy:

Sartre never wrote about the morale he projected and in his search, he radically demystified it. The fact is that his work is moral in a certain sense pierced through with moral preoccupation by the perpetuated affirmation of freedom. Freedom of lucidity, freedom of tabula rasa and the corrosive freedom of Roquentin. Freedom that stems from their factuality and that makes sense in *Being and Nothingness*. Freedom of action constructive optimism in *Existentialism is a Humanism*. Generous and loving freedom, which delves into facticity and which incarnates in *Notebooks for an Ethics*. Revolutionary freedom from *The Legend of Truth to Critique of Dialectic Reason*. Paradoxically, that freedom is, at the same time, a moral gust that crosses all of his work and prevents it from being understood as a moral treaty: for it is precisely because freedom is free, that it is impervious to the prescriptive registration of morality (Simont, 2005, p. 23)⁶.

² Cf. On this matter: (Bobbio, 1949, p. 78); (Herrera, 2009, p. 131); (García, 1965, p. 543); (Brufau Prats, 1967).

³ (Cf. Quintano Ripolles, 1952, p. 432; Blas Zuleta, 1960, p. 5; Sartre 1968, p. 17), in Romano, 2010, p. 217).

⁴ In this sense a very important text is *Nature des choses et droit* by Nicos Poulantzas (1965a). This text shows the conception of the law founded in the transit from phenomenological existentialism to Marxist existentialism (Poulantzas, 1965a, p. 74). However, Poulantzas abandoned Marxist existentialism to adhere himself initially to structuralist Marxism and later to Foucault (Tobón Sanín, 2011, p. 38).

⁵ Partial readings of Sartre's work lead to two great clichés and errors. Mostly, these clichés and errors are unsystematic interpretations of Existentialism as a Humanism (2007) and Being and Nothingness (1992a). The first cliché, and which if an error of the lawyers with relation to Sartrean philosophy: is a pessimist or decadent philosophy (Cf. Picado Sotela, 1965). The second cliché and mistake is a subjective philosophy (Gómez Duque, 1980, p. 21); (Kaufmann, 1999, p. 320); (Kaufmann & Hassemmer, 1992a, p. 41); y (Pacheco, 1990, p. 35). It is not possible to accept, without nuance, any of these clichés, because the complexity of Sartrean thought requires a precision that must be traced throughout his works.

⁶ Author's free translation: "Sartre, finalement, n'a jamais écrit la morale qu'il projetait, et, en la recherchant, en est venu à démystifier de plus en plus radicalement la morale. Il n'en reste pas moins que toute l'oeuvre, en un sens, est morale, traversée du souci moral. Et ce à travers la perpétuelle affirmation de la liberté. Liberté de la lucidité, de la tabula rasa, liberté corrosive de Roquentin. Liberté s'arrachant de sa facticité et lui donnant sens dans L'Être et le Néant. Liberté de l'acte, optimisme constructeur de L'existentialisme est un humanisme. Liberté généreuse et amoureuse, s'enfonçant dans la facticité et consentant à l'incarnation dans les Cahiers pour une morale. Liberté révolutionnaire, de la Légende de la vérité à la Critique de la raison dialectique. Cette liberté, paradoxalement, est en même temps le souffle moral qui traverse toute l'oeuvre et ce qui fait obstacle à ce que cette oeuvre comprenne en elle un traité de morale: car c'est précisément parce que la liberté est libre qu'elle est réfractaire au registre prescriptif qui est celui de la morale" (Simont 2005 23).

From a partial reading of Sartre's work, studies based on the philosophy of the law have unfoundedly accused Sartre and existentialist philosophy in two key issues. (i) It has been said that it is a pessimist or decadent philosophy (Picado Sotela) and (ii.) that it is profoundly subjectivist (Gómez Duque 21), (Kaufmann 320), (Kaufmann and Hassemer 41) (Pacheco 35). Perhaps these accusations would have been right if it wasn't for the fact that they ignore the changes occurred after the Second World War. They would certainly benefit from re-reading Sartre's own defense (2007) regarding similar critiques in his famous conference: *Existentialism is a Humanism*.

To cite a recent example, Bruno Romano (2010) considers, wrongly in my opinion, that from *The Transcendence of the Ego* (1991) on it is possible to say that the existence of a subject without a self, abstract and impersonal center of imputation of fundamental rights. According to Romano, the conception of positivized fundamental rights is in opposition with the notion of the rights of man, which, Romano argues, conceptually demands a subject and his self. The Italian author argues that the subject of fundamental rights, that is, the subject without a self, is the legacy of authors such as Nietzsche, Husserl, Sartre, Kelsen y Luhmann (Romano, 2010, p. 278). I believe that lumping together such different ideas, and thinking that phenomenology, existentialism, legal positivism, and systems theory (functionalism) account for the same reality is, at best, an excessive oversimplification. It is true that Sartre would not affirm the existence of a self outside of every contingency, which according to Romano is the basis of the rights of man. But in *The Transcendence of the Ego* (1991) Sartre did not intend to banish the pure self of consciousness in order to affirm in its place the existence of a selfless subject, impersonal, irresponsible, fatally determined, which is Romano's evidence for what he calls fundamentalism and legal nihilism (p. 209). On the contrary, Romano forgets that to Sartre the self does exist and it transcends into consciousness, but not as a pure self, rather as a phenomenological self, outside, in the world, that is, as self-responsible for itself, of the world and of others.

With this panorama filled with misunderstandings, I would like to contribute from another perspective to the critical discussion⁷ about the notion of the law by starting *with* Sartre from the meaning and scope of the law as expressed by the French philosopher's own words. With the intention of marking the transit between visions,

⁷ Here, critique is understood as "the general investigation into its possibility and bounds" (Kant, 2008, p. 4) and (Kant, 2007, p. 87), in this case, the concept of the law. In similar terms, Sartre defines critique as the study of validity and limits (Sartre, 2004, p.21) and (Sartre, 1963a, p. 12).

which in my opinion are complementary to the law, I believe that the Sartrean conception of the law as an instrument of control of political power, and in that sense with a clear emancipatory potential expressed in popular justice has its base in the crisis of the law understood as the negation of the self, the detotalization of man and the oppressive institution of the dominant classes.

1 Preliminary notes about the main sources

In general terms, Sartre's thought did not always remain under the same cardinal point⁸. The French existentialist did not concern himself with clarifying the thematic unit of his philosophy despite the fact that he presupposed it (Sartre, Astruc & Contat, 1979, p. 80). As a consequence, the concept of the law in Sartre is not immune to these paradigm shifts. However, this does not imply an epistemological barrier but a well-defined way that allows for the identification of intersections in which the different paths of his thought are interwoven.

It must be said that unlike Hegel, author of the *Elements of the Philosophy of Right* (1991) – an inescapable citation of our author in some of his reflection on the law –, Sartre did not ever write a treaty of the philosophy of the law (Almeida, 2011, p. 60). His reflections about the law are found scattered in some of his writings. Furthermore, they did not occupy a central role in his philosophy. Nonetheless, one of Sartre's first works, dated in 1927, while he was but twenty-one years old, is curiously about the law: *La théorie de l'État dans la pensée Française d'aujourd'hui*⁹. With the distance acquired

⁸ It must be noted that philosophical literature differentiates at least two stages in Sartre's work. He was marked by the Second World War (Sartre, 1977, p. 88). Others identify another moment in Sartrean thought to his illness and the influence of his secretary Benny-Levy. Until the fifties Sartre was associated with the phenomenological tradition as a kind of romantic idealism (Murdoch, 2007). From then on he is seen as attached to Marxist dialectic materialism. Foucault considered Sartre as a man of the XIX century who dared to think about the XX century (Foucault, 1994a, p. 662) and (Foucault, 1989, p. 40). Although Sartre does from then on adhere to Marxism, he doesn't deny his phenomenological background (Theunissen, 2013, p. 261). As a matter of fact, following Hartmann and Seel, María del Rosario Zurro (2003) suggests that it is necessary to problematize the distinction between a phenomenological Sartre and a dialectic materialist Sartre given that from Being and Nothingness it was possible to advert the use of dialectics by the so called phenomenologist Sartre.

⁹ To this text we will use the original French version. There are two versions of this text in French. The original version recently rescued in 1997 by Jennifer Mergy and co-published in *Quand le jeune Sartre réfléchissait à la théorie de l'État dans la pensée française: Présentation du texte de Sartre: «La théorie de l'État dans la pensée française d'aujourd'hui»*, and a re-translated version from English into French found in J.-P. Sartre, *Écrits de jeunesse. Chronologie. Bibliographie commentée. Textes rassemblés et présentés par Michel Contat et Michel Rybalka avec la collaboration de M. Sicard pour l'Appendice II* (Paris, Gallimard, 1990, p. 517). In fact, the original had been lost (Contat, Rybalka, & Sartre, 1970, p. 29), which is why Jennifer Mergy's discovery is so valuable.

with the passing of the years, Sartre discussed the discomfort that that work produced in him:

I remember that one of my first printed texts was a text about the law. It was printed in a journal in which a comrade had asked me to write an article regarding the authors of books about contemporary law. I wrote the article and it was printed. I remember the slight disgust I felt after reading it in print, because I did not think that that should not have been one of my first publications: it should have been much more of a finished work more like a novel (Sartre: en Sicard, 1989, p. 348)¹⁰.

Some of the ideas contained in that article would be resumed in *Cahiers pour une morale*¹¹ (1983) and, in one form or another, they would be present in all of his subsequent reflections about the law. The *Cahiers* are composed of unfinished notes written between 1947 and 1948, and which would be added to his posthumous works published by Arlette Elkaïm-Sartre. The notes are unfinished, obscure, not well developed, and, in some cases, without revision. Sartre rejected their publication while he was still alive (Sartre, 1977, p. 112-113). The text even contains errors of drafting and editing, which allows for broad interpretative licenses in the absence of a critical apparatus to go with them (Tursini, 2004).

In 1960, Sartre published *Critique of Dialectic Reason*¹². I believe that in Tome I, Book II, specifically, the most elaborate Sartrean considerations about the law from the dialectic materialism kind would appear. It is important to acknowledge the value of this source, as the references of Michel Kail's text of this work are only tangential. However, as it is known, Sartre could not conclude his *Critique of Dialectic Reason*, as Book III of Tome II *L' intelligibilité de l' histoire* (1985) is a posthumous work.

In that same line of thought, the French eighth volume of *Situations. Autour de* 68 (1973)¹³ was published in 1972. From that point on, Sartre started to develop his own notion of popular justice, exemplarily demonstrated by the Russell Tribunal¹⁴, of which

¹⁰ Author's free translation: « Je me souviens qu'un de mes premiers textes imprimés a été un texte sur le droit, dans une revue de droit où un camarade m'avait demandé de faire un article, sur des auteurs de livres de droit contemporain. J'ai fait cet article et j'ai été imprimé. Je me souviens du mécontentement léger que j'ai eu à me lire imprimé, parce que je ne pensais pas que c'était ainsi que devaient être mes premières publications: ça devait être beaucoup plus une œuvre romanesque et achevée ».

¹¹ To this text we will use the original French version (1983).

¹² For this work we will use the versions in English (2004) and Spanish (1963a and 1963b).

¹³ There is no English translation of this work. For this reason, we use the Spanish version: *Alrededor del 68. Situación ocho* (1973).

¹⁴ The memories of the Russell Tribunal, as a collected work, can be consulted in two edited tomes under the direction of Vladimir Dedijer and Jean-Paul Sartre, written by Arlette el Kaïm Sartre: (*Tome I: le jugement de Stockholm*, 1967) and (*Tome II: le jugement final*, 1968).

Sartre was Executive President in its first version (1966-1967). However, most of Sartre's defense of popular justice was recorded in interviews, letters, and inaugural speeches, and not in a treaty elaborated exclusively for that purpose. Some years later, Sartre would speak at the Justice and State conference in Brussels (1972), which appears in the tenth volume of *Situations: Life/Situations: Essays Written and Spoken*¹⁵.

Six main sources constitute this framework of reflection. However, these writings caused Sartre some discomfort, they also contain errors in drafting and editing, they are unfinished, or by their own composition are not able to elaborate a systematic idea of the Sartrean vision of the law. With these limitations, I aim at identifying the movement of the concept of the law in Sartre.

In any way, I must say that even when an intellectual exercise could be perfectly made while deeply committed with just one of those sources, the present work only consists of a general introduction to the Sartrean critique of the law. For this reason, I trust that the reader will share such modest pretensions and will be able to excuse me if some depth is lost in my attempt to study a broader extension of Sartre's work. In the future it will be necessary to engage in a detailed way each of these works and their relation to the concept of the law.

2 First intuitions

In *La théorie de l'État dans la pensée Française d'aujourd'hui* (1997), Sartre coincides with Georges Davy in that the First World War (1914-1918) changed the question about the conception of the law: is the law a force or an idea? in other words, is it a fact or an idea? (Sartre & Margy, 1997, p. 26).

New dangers appeared with the war for the sovereignty of the states (ideal conception) and for the natural rights of individuals (affirmed as facts). The League of Nations, principal antecedent to what is known today as the United Nations (UN), was created in 1919 to face these threats and originated in the Warsaw Treaty. To Sartre, the League of Nations was an association in which the parties renounced their rights permanently (*Cf.* Sartre & Mergy, 1997, p. 27). Paradoxically, as Sartre noted, the principle of state sovereignty, which had led to the Warsaw Treaty meant a risk to its fulfillment. In Sartre's opinion, the Great War as a historical fact meant that it was

¹⁵ For this work we will use the versions in English (1977a) and Spanish (1977b).

necessary to redefine the concept of state sovereignty and of natural law (p. 28). Nevertheless, a new paradox arose: while the First World War demanded a theoretical reflection about the law starting from what had *happened*, the longing of states to find an *ideal* notion of “the good law” (p. 28), superior and transcendent to what had *occurred*.

With these premises, Sartre explored on the one hand the theses that aimed at providing an answer to the challenges set forth by the First World War about the problem of state sovereignty between realism and idealism. For that purpose, he studied the main works of Hauriou and Davy. On the other hand, Sartre took it upon himself to examine the realist thought of Duguit, who also referred to the topic at hand. Thus, according to Sartre, the theoretical dilemma about the First World War raised by French legal thought is circumscribed to the opposition between idealism and realism: to consider what happened (realism), but at the same time to think about the good law (ideality). In the young thinker’s own words “the idealism of the law will be an attitude of the spirit, which discovers fact and idea together, and the idea as the support of the fact. The realism of the Law would stick to the fact: hence the German notion of Force, because Force is a fact”¹⁶ (Sartre & Mergy, 1997, p. 28).

In Sartre’s opinion, Maurice Hauriou’s thought (1856-1929)¹⁷ about the law can be categorized as a kind of “experimental idealism” (Sartre & Mergy, 1997, p. 29). According to Hauriou, the State was “an institution born out of necessity: it is a government. Men are called to this government and others are represented by it: thus, the State becomes a common idea. As such, it is sovereign”¹⁸ (p. 30). But as Sartre points out, to think about a fact does not transform it into law¹⁹, which is why he argues that Hauriou should modify his premises completely and make the State a moral subject, that is, a social idea, which thinks about itself as a common will. In attempting to construct the ideal starting by the fact Hauriou is denounced by Sartre as conferring the ideal an autonomous entity, which only shows that his theory is unorganized: “fact and

¹⁶ Author’s free translation: «L'idéalisme du droit serait l'attitude de l'esprit qui découvre ensemble le fait et l'idée, et l'idée comme soutenant le fait. Le réalisme du Droit s'en tiendrait au fait: de là la notion allemande de la Force, parce que la Force est un fait».

¹⁷ Hauriou’s work, used by Sartre, is *Principes de Droit Public*. It can be consulted in the digital archive of the French National Library (Hauriou, 1916).

¹⁸ Author’s free translation: Une institution naît d'un besoin: c'est un gouvernement. Des hommes sont appelés à ce gouvernement et d'autres se le représentent: l'Etat devient alors l'idée commune. En tant que tel, il est souverain».

¹⁹ This idea is a constant in Sartrean thought (Sartre, 1963, pág. 132) and (Sartre, 1963a, pág. 165).

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
 law coexist without intelligible relations”²⁰ (p. 30). For this reason, Hauriou is obliged to return to his initial posing and should “prioritize a free will to the service of a pure idea above the objective institution”²¹ (p. 31). Thus the “Idea” and freedom constitute the ultimate foundation of state sovereignty. Actually, Sartre argues that beyond an experimental idealism, we are in the presence of an absolute idealism, which completely discards the self. Furthermore, Sartre argues that with this confusion Hauriou’s theory does not infer a practical response to the challenges demanded by the First World War.

In another attempt to reconcile realism and idealism, Georges Davy (1883-1976)²², a French sociologist and Durkheim’s student, recognized values as collective representations and social facts, which retained that axiological character, thus making them susceptible to scientific study (Sartre & Mergy, 1997, p. 32)²³. As a consequence, the law “is a value that the community gives to certain facts, to certain personalities, and the sovereignty of the State is but an assigned value to this institution”²⁴ (p. 32). Natural rights and sovereignty are not justified *per se*. However, as collective values, as expressions of collective power they impose themselves upon the individual. This is how Davy is able to reconcile idealism and realism (p. 33). Sartre argues that Davy can at least provide an answer, although to his view unsatisfactory to the problems stemming from the First World War: even though the League of Nations cannot necessarily limit the will of the states, the collective consciousness of a people transforms its values in such a way making the State’s accession to the League of Nations possible (p. 33).

Even when Davy’s theory implies some progress in comparison with other arguments by Hauriou, for Sartre it is flawed for two main reasons. Firstly, the sociological method applied by Davy and derived from Durkheim, although presented as a kind of neorealism (the value of a social fact, but at the same time an idea), implies a metaphysical postulate. By affirming the existence of collective representations, sociologists are forced to accept the notion of the “creative synthesis” (Sartre & Mergy,

²⁰ Author’s free translation: «(...) fait et droit coexistent sans rapports intelligibles».

²¹ Author’s free translation: «(...) il revient en arrière et donne la priorité sur l’institution objective à une volonté libre au service d’une idée pure».

²² Sartre uses Davy’s *L’idéalisme et les conceptions réalistes du Droit*, which was published in 1920 in the *Revue philosophique de la France et de l’étranger* (Davy, 1920). It can be consulted in the digital archive of the French National Library.

²³ For Durkheim, the rules of the sociological method required the understanding of facts as things (Durkheim, 1982, p. 50) and (Durkheim, 1986, p. 51).

²⁴ Author’s free translation: «Il est une valeur que la collectivité attache à de certains faits, à de certaines personnalités, et la souveraineté de l’Etat n’est pas autre chose qu’une valeur attachée à cette institution».

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 1997, p. 33) given that they understand society as apart from, and superior to, the sum of its individuals. The sociological explanation would be based on the principle that “everything is superior to the sum of its parts”, which implies that it is possible to have such a sum and compare its result to its totality. This is clearly not achievable: “French sociology is idealistic”²⁵ (p. 33). Secondly, despite this metaphysical postulate, Davy fails in his attempt to reconcile realism with idealism given that his sociological explanation of contract law is supported by the concept of “sworn faith”²⁶, which is an innate, evident, given, and factual manifestation of a “normal” morale. This is how Davy’s explanation lacks normative values, although it can be admitted as descriptive theory: “despite his efforts to keep idealism, Davy banishes the notion of “value” of the facts he studied. There are no facts left: this means that he could not –despite the metaphysical postulate that distorts his idealism – give the smallest space in his thesis to idealism”²⁷ (p. 34).

In this argumentative order, if the theses which try to reconcile realism and idealism are not capable of offering an adequate answer to the posed theoretical problems arising from the First World War and dealing with the notion of the law and the concept of state sovereignty, Sartre will demonstrate that the realist theory of the law defended by Léon Duguit does not achieve this either. Duguit opposes Adhémar Esmein’s idealism (1848-1913) and is against any type of supernatural explanation of the law. Duguit argued in the preface of the tenth edition of *Traité de droit constitutionnel* (1921) that “the State is simply the product of a natural differentiation” (VII)²⁸. In this vein, it is a social function that pursues a common interest (Cf. Sartre & Mergy, 1997, p. 35).

For Duguit state sovereignty, understood as the power to create laws, responds to a social need that finds solidarity in the founding fact (Cf. Sartre & Mergy, 1997, p. 35). This solidarity conditions the individual and group functions, which are preceded by that need. For this reason, and exaggerating a bit, human beings serve functions and

²⁵ Author’s free translation: «(...) la sociologie française est idéaliste».

²⁶ It can be consulted in the digital archive of the French National Library: *La foi jurée: Étude sociologique du problème du contrat: la formation du lien contractuel* (Davy, 1922).

²⁷ Author’s free translation: «Quels qu’aient été ses efforts pour conserver l’idéalisme, Davy fait disparaître la notion «valeur» des faits qu’il étudiait. Il ne reste plus que des faits; c’est-à-dire qu’il n’a pu — malgré ce postulat métaphysique qui vicie son idéalisme — faire la moindre place dans sa thèse à l’idéalisme».

²⁸ Author’s free translation: «L’Etat est simplement le produit d’une différenciation naturelle». The text by Duguit read by Sartre (1921), *Traité de droit constitutionnel* can be consulted in the digital archive of the French National Library.

roles more than rights in such a way that the violations of “rights” has nothing to do with the notion of dignity but dignity is assumed as an affectation against the social organism: “my freedom is not a right but a duty”²⁹ (p. 35). Duguit’s proposal renounces de ideal or noumenal self to affirm an organic self, characterized by the state, or even better by the function of the state, and in the recognition of the human being as a numerically differentiated organism, in other words as a gear (p. 36). Hence, relationships between states are built solely from natural differences between states (soil, race, language) since something like a noumenal or spiritual personality inherent to states does not exist it makes no sense to talk about state sovereignty. According to Sartre, Duguit responds the questions set forth by the First World War to legal theory by stating that it was only a matter of time before the political evolution of Europe integrated all the natural differences between states in an organism created according to the “new formula of international agreement” (p. 37).

Sartre concludes his article by pointing out that although the problem of state sovereignty is commonly analyzed by applying to it the realist method, it also obliges those who think in this direction to search for idealist conclusions to safeguard the idea or the longing for the “good law” that surged after the First World War (*Cf.* Sartre & Mergy, 1997, p. 37). Nevertheless, Sartre argued that the complexity and fragility of the theoretical constructions analyzed (Hauriou, Davy and Duguit) lead to their rapid abandonment as an object of reflection. Finally, inclining himself in favor of realism, Sartre sentenced: “the future belongs to those who in these matters will resign themselves not to expect from realist methods more than realist outcomes and who will know that those who depart from the facts will never arrive at more than facts”³⁰ (p. 37).

In disagreement with Michel Kail (2013, p. 18), I believe that *La théorie de l'État dans la pensée Française d'aujourd'hui* is of vital importance in understanding Sartre’s subsequent reflections about the law. That article allowed Sartre to identify the paradoxical duality in which the law moves itself, that is in the tension between idealism and realism. In other words, Sartre recognizes that the law is dialectically debated between the longing of the sentiment of the “good law”, or for our purposes, of a “just law” –the object of study of the philosophy of the law– and the description of its

²⁹ Author’s free translation: «Ma liberté n'est donc pas un droit mais un devoir».

³⁰ Author’s free translation: «l'avenir est à ceux qui, en ces matières, se résigneront à n'attendre des méthodes réalistes que des résultats réalistes et qui sauront que celui qui part des faits n'aboutira jamais qu'à des faits».

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

statute as a social fact determined as such by the circumstances that condition its formation process –the object of study of the sociology of the law–. This idea, which Sartre returns to in *Cahiers pour une morale*, is fundamental in understanding not just Sartre’s critique against the bourgeois law, but also to understand the realist (dialectic materialism), and at the same time idealist (liberation) critique of the law.

3 Ontology and the law

Before we proceed I must make a clarification. The reader might wonder why this article is not about *Being and Nothingness: a phenomenological essay on ontology* (1992) if we are discussing ontology and the law. However, I believe that the reflections of *Being and Nothingness* allusive to the law are better developed in *Cahiers pour une morale* (1983), which makes its analysis very interesting. Nevertheless, some indications in *Being and Nothingness* can be noted as marginal notes on the approach developed in this text.

In *Cahiers pour une morale*³¹, Sartre remembers two great theories that define the conceptual framework of the law: the spiritualist theory (idealism) and realist theory. According to Sartre (1983), the law has a double aspect: “that of *not being* (value, negation of what is real) and that of *being* (a real judicial system in a society)”³² (p. 145). Precisely this characterization of the law allowed Sartre to elaborate his ontological critique of abstract, idealistic and bourgeois law. Referring to the law, Sartre stated:

It is pure formal negativity. But the law appears, as any formation of the spirit, with a concrete content from which it originally distinguished itself. That content is precisely the present state of society considered, as it should be. Here, the law is the *statu quo* as a negation of temporality. In that case: 1) it is considered as it should be. 2. Time is denied (Sartre, 1983, p. 152)³³.

³¹ Bruno Romano’s (2001) text proposes a different argument than the one presented here, but with great value to understand the relationship between Sartrean thought and the law in *Cahiers pour une morale*.

³² Author’s free translation: «(...) parce que le droit a ce double aspect de *n’être pas* (valeur, négation du réel) et d’*être* (système juridique réel d’une société)».

³³ Author’s free translation: «C’est la pure négativité formelle. Mais le droit apparaît –comme toute formation de l’esprit- avec un contenu concret donc il ne se distingue pas originellement. Ce contenu c’est précisément l’état présent de la société considéré comme devoir-être. Ici le droit est le *statu quo* comme négation de la temporalité. En ce cas : 1° l’être est considéré comme devoir-être ; 2° le temps est nié».

Lets analyze how Sartre reached that conclusion. The central hypothesis is that the law is a “generalized deconstruction of everything that is”³⁴, “the destruction of the self or my own destruction”³⁵: “the law is originally the negation of all reality”³⁶ (Sartre, 1983, p. 145). Sartre’s argument is simple and attractive³⁷. To be a subject of rights is at the same time not to be a subject of fact: it is pure alienation as the requirement of another (Sartre, 1983, p. 497), the passage towards a human existence *of* law (p. 577), in another words, towards slavery³⁸. When the law indicates man as a subject of rights it denies what is effectively fact: “I am my own death”³⁹ (p. 145). That is why Sartre’s position is: “To live without a right. To lose all hope of justifying oneself. To live unjustifiably”⁴⁰ (Sartre, 1992b, p. 15). It is important to remember that man, in existentialist philosophy, is contingency and project (p. 22), facticity and freedom (p. 277). As contingencies, we live without a cause or reason: «*l’homme est une passion inutile*» (Sartre, 1943, p. 662). As project, human beings are thrown into a future that calls upon them “Man is the fundamentally unjustifiable basis of all justification” (Sartre, 1992b, p. 15).

In any case, the destruction of the self implies the emergence of the law as a requirement, that is, as a particular way to direct human freedom (Sartre, 1983, p. 146). So, the requirement as opposed to the proposition imposes on the human being an end, making it dependent and inessential with relation to it, as much as the fulfillment of the duty does not admit a circumstantial excuse of any kind. The requirement and the law

³⁴ Author’s free translation: «Destruction généralisée de tout ce qui est»

³⁵ Author’s free translation: «(...) destruction de l’être ou ma propre destruction».

³⁶ Author’s free translation: «Le droit est originellement la négation de toute réalité».

³⁷ So, for example in *Being and Nothingness* (1992a) Sartre writes referring to the café boy who recognizes himself as a subject of rights “He knows well what it “means” the obligation of getting up at five o’clock, of sweeping the floor of the shop before the restaurant opens, of starting the coffee pot going, etc. He knows the rights which it allows: the right to the tips, the right to belong to a union, etc. But all these concepts, all these judgments refer to the transcendent. It is a matter of abstract possibilities, of rights and duties conferred on a “person possessing rights”. And it is precisely this person who I have to be (if I am the waiter in question) and who I am not”. (Sartre, 1992a, p. 60) and (Sartre, 1993, p. 94).

³⁸ The relationship between slavery and right is broadened in Book II of *Critique of Dialectic Reason* (Sartre, 1963b, p. 441). In *Cahiers*, Sartre said that if we get rid of slaves and of subjects of rights there is nothing left but the men of fact (p. 589).

³⁹ Author’s free translation: «Je suis ma morte».

⁴⁰ Author’s free translation: «Les droits. Explication. Vivre sans droit. Perdre tout espoir de se justifier. Vivre injustifiable». The authentic existence must be well understood, as it supposes to Sartre that “so, I can also say that there will never be someone to testify against me and that I am my own testimony. I am who nothing justifies, I justify myself internally” (p. 498). Author’s free translation: «Ainsi, je puis dire aussi bien que je n’aurai jamais personne qui témoigne pour moi et que je suis mon propre témoin. C’est moi, que rien ne justifie, qui me justifie dans l’intériorité». Nevertheless, to be precise, Sartre later rectifies himself and says that it is not about conceiving man as unjustifiable: “We are not unjustifiable, because that would require a system of justification wherein we would not have our place” (Sartre, 1992b, p. 15).

are presented as “the purely negative freedom that is affirmed against the concrete man that I am”⁴¹ (Sartre, 1993, p. 132). Curiously, this freedom steadies itself in the name of another’s freedom in such a way that by pursuing the goal imposed by the requirement, in other words by fulfilling the law, the human believes himself to be free (Sartre, 1983, p. 146).

In this manner through an open critique of the Kantian conception of the law, Sartre (1983) denounces how human existence is turned into the requirement of being recognized as a free subject created as such through the destruction of the real world by the freedom of another demanding human being (p. 146). Man disappears as he is transformed into a purely formal requirement, into a universal freedom⁴² identical to all and for all. Thus, man is the result of a detotalized totality (p.147). The end pursued by the requirement of the law maintains and imposes itself through a freedom that is foreign to us⁴³. Then, the negative freedom provided by the law is not true freedom because it leaves no occasion for other freedoms, but it is a *required* freedom by the freedom of another (p. 147). The formal and detotalizing freedom of the law (we are all free and equal before the law) forgets that true freedom is “an infinitely concrete and qualified enterprise which is necessary to recognize *in its own* enterprise”⁴⁴ (p. 147).

According to Sartre, this negative freedom⁴⁵ conceded by the law builds itself upon a Kantian basis: man must be treated as an end-in-itself and not just as a means⁴⁶. For this reason, the law’s freedom is a pure and abstract freedom abstracted by another. Sartre believe that this kind of freedom coincides with Hegel’s definition of abstract

⁴¹ Author’s free translation: «(...) à la liberté purement négative qui s’affirme contre l’homme concret que je suis». Sartre denounces in *Being and Nothingness* (1992aa), it should also be said that the law turns man into a simple possibility.

⁴² In *Being and Nothingness* (1992a), Sartre argues that the universal makes sense only thanks to the individual. This is, of course, a conception of the law and of liberty very similar to Marx’s critique. In *On The Jewish Question* (1844), Marx insists that the rights of man are, by definition, “the rights of egoistic man, of man separated from other men and from the community”.

⁴³ In similar terms, Sartre will discuss in *Critique of Dialectic Reason* the way in which the group imposes itself above individual *praxis* (1963b, p. 108).

⁴⁴ Author’s free translation: «(...) une entreprise infiniment concrète et qualifiée qu’il faut reconnaître *dans son* entreprise».

⁴⁵ In *Being and Nothingness* Sartre had already outlined the negative freedom of the law, while he referred specifically to the freedom to own property as a negative freedom: “I see also that the right is purely negative and is limited to preventing another from destroying or using what belongs to me” (Sartre, 1992a, p. 586) and (Sartre, 1993, p. 360). In that same book Sartre also wrote: “Property right appears only when someone contests my property, when already in some respect it is no longer mine” (Sartre, 1992a, p. 99) and (Sartre, 1993, p. 132).

⁴⁶ The practical imperative: “so act as to treat humanity whether in thine own person or in that of any other, in every case as an end withal, never as means only” (Kant, 2005, p. 46) and (Kant, 1996, p. 189). With relation to the misunderstanding and cliché between lawyers, the thoughts of Sartre and Kant are usually mixed to argue for the wrong conception of human dignity (man understood *only* as the end itself). The right and necessary explanation can be consulted in Solano Vélez (2012, p. 132-138).

law: “For the same reason [*Grund*] of its abstractness, the necessity of this right is limited to the negative -not to violate personality and what ensues from personality. Hence there are only prohibitions of right, and the positive form of commandments of right is, in its ultimate content, based on prohibition” (Hegel, 1991, p. 69 and 70) and (Hegel, 1968, p. 68). This is why negative freedom constitutes itself as a type of violence. To be-for-another is objectified when it is demanded that the subject is treated as an end (Sartre, 1983, p. 148).

We can see how the Kantian conception of dignity, which traverses completely the contemporary conception of the law, implies, according to Sartre, that the law oscillates between the destruction of the world and the destruction of man (p. 185). Protected by an abstract right (human dignity), man rejects to inhabit the world together with others (p. 185). For the man conceived by the law, others limit his freedom and are an instrument for his complacency. For that reason, Sartre argues: “the law as an absolute requirement is precisely the destruction of the world” (p. 185). This is why pure law and pure violence are nothing more than the same reality, in a way that, in a strict sense, violence is nothing more than the law, which affirms itself as such against the world and of man (p. 185). Sartre masterfully exemplifies it. If I strongly affirm my right, I reject discussion, deliberation or an attempt to settle, and I consequently turn to the force of the State to protect the ownership I have over that right. For that reason, just as a bank trying to collect money owed to it, the force of my right allows me to be violent and to not take into consideration any excuse or reason, in such a way that, in the name of what should be, I exercise my right destroying what is.

In sum, according to Sartre: “every violence presents itself as the recovery of the law and reciprocally every right inexorably suspended contains an embryo of violence” (Sartre, 1983, p. 185)⁴⁷. Thus, we can understand why in every confrontation of war, in every revolution, in every violent action, the right to conquer the right to say that violence was used in the name of the law is always at stake. According to Sartre, in absolute terms, there is not, and has never been, a violence on earth that does not correspond with the affirmation of a right (p. 185). What matters is that there is a brotherly relationship between the law and violence. Because, to put it briefly, every violence is trapped in the end that it pursues (p. 187).

⁴⁷ Cf. La violence est une métamorphose de l'univers de telle sorte que la violence devient un droit (p. 209).

A man's right to be recognized and valued by his fellow man as an end-in-itself supposes, on the one hand, the possibility to violently demand that recognition, that is, the possibility to demand the right to exercise violence. The man end-in-itself as an absolute source of all rights can consider his fellow man as an inessential or relatively essential being only to the extent that he demands from the other the acknowledgement that said violent demand of his right is legitimate and justified (p. 185). So, violence is the result of freedom (p. 186) exercised by a man worthy of the human rights he ascribes to himself as must be. But violence can only be recognized as such by more and more violence (p. 185), which means, for our purposes, that violent freedom can only be recognized by another violent freedom. That, in essence, is the contract.

In other terms, the freedom of which the law talks about, that is, the power to make everything that is not limited by everyone else's freedom (my freedom stops when the freedom of the other begins), renders the concrete enterprise of freedom a formal, recognized and objectified abstraction as such by the others⁴⁸. In the exercise of recognizing and being recognized as an end-in-itself, man turns into "anyone", in such a way that his concrete reality does not matter (Sartre, 1983, p. 148). This allows the law to legitimate the injustices perpetrated by the bourgeoisie: "if every man has the right to possess, it matters little what he possesses. The sphere of particular conducts, goods, and works is left in the jurisdiction of religion and morality"⁴⁹ (Sartre, 1983, p. 149). Thus, justice becomes a mere formal possibility, in such a way that the material injustices turn into an object of charity.

According to Sartre, this is the reason why the law justifies itself in the disagreement between what is and what should be. Concretely, it arises in the resistance of the law by the oppressed classes (the proletariat and the colonized peoples). This resistance arises from the consideration of the oppressed classes that the law is just an instrument of the dominant classes (Sartre, 1983, p. 145). Therefore, the legal system is constituted as a requirement of the oppressors (p. 152). The law responds to the oppressed classes that by facing injustices they clash against it not with a force, but with that which *a posteriori* justifies the use of force by the dominant class: "the law always

⁴⁸ In other words, the law boasts about its recognition of man as an abstract subject of rights and as a concrete object of exploitation (Sartre, 1963a, p. 74).

⁴⁹ Author's free translation: «Si tout homme a le droit de posséder, peu importe ce qu'il possède. La sphère des conduites particulières, des biens et des œuvres est laissée à la juridiction de la religion et de la morale». Sartre later analyzed the relationship between the law and religion in *Cahiers pour une morale* (p. 154 y 155). It can also be consulted in *Critique of Dialectic Reason* (Sartre, 2004, p. 313) and (Sartre, 1963a, p. 499).

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 starts from a *status quo* that promises never to change”⁵⁰ (p. 50). In other words, the law emanates from the loser who recognizes the violence of the winner (p. 275). In words of Bruno Romano: it is an order given by the violence of the winner to the loser, it is the order imposed with a meaning produced by someone for another (Romano, 2001, p. 24).

The freedom required by the law is exercised inside that *status quo* in which the oppressed classes are exploited as a concrete object while they are treated as an abstract subject of rights (Sartre, 1983, p. 150). The law is used by the oppressor classes to pacify the oppressed classes so they can recognize in the *being* a promised form of how they *should be* (p. 152), that is, a non-being. The hope of what should be promised by the law silences the hunger of the material conditions of existence.

As a consequence of that, Sartre (1983) defended the use of violence as a form of resistance to the *status quo* of oppression, given that it is not possible for the law to face the same right (p. 150 - 155). In simpler terms, the law is only functional to the oppressor because he is preceded by the economic circumstances of inequality and violence, which give rise to it (p. 151). Sartre would say that violence is the negation of legality, the destruction of the world that gives rise to the end in one absolute, precisely because the means justify the ends and give violence its value (p. 181)⁵¹.

That is the reason why the oppressed are permanently criminalized by the law. In any case, if the exercise of revolutionary violence of the oppressed class is victorious “it will establish another law or, more precisely, the situation will be automatically transformed into a situation of the law, *because man is legal in his essence*”⁵² (Sartre, 1983, p. 151). This means that every situation, even those created by violence is human, is lived by men and it is why the rule of law gives rise to the creation of the rule of law (p. 275)⁵³. The violence of the winners is recognized by the losers as a right (p. 276).

⁵⁰ Author’s free translation: «(...) le droit est toujours à partir d’une statu quo qu’on s’engage à ne pas changer».

⁵¹ This idea will be better developed later in *Critique of Dialectic Reason*. The analysis of violence as a form of resistance, goes beyond the scope of this paper. For a detailed view see Cf. Wormser, 2006.

⁵² Author’s free translation: «(...) elle établira un autre droit, ou, plus exactement, la situation se transformera automatiquement en situation de droit, parce que l’homme est par essence juridique». It is necessary to problematize the term *essence*. Let’s remember that the *Cahiers* are, mostly, unfinished notes. So, it is not so much that the law previously defines the human being, but, in any case, it does condition him. However, that statement can’t be read alone: What do we mean here by “existence precedes essence”? We mean that man first exists: he materializes in the world, encounters himself, and only afterward defines himself. If man as existentialists conceive of him cannot be defined, it is because to begin with he is nothing” (Sartre, 2007, p. 22) and (Sartre, 2009, p. 30-31).

⁵³ Sartre argues: “Precisely because every situation, even the one created by violence, is human, and because it is lived by men, every state of fact creates the rule of law” (Sartre, 1983, p. 275).

For Sartre (1983), the fatality of the law, no matter where it comes from, consists in that in every case it is tainted by the existence of a slave (p. 153). In simpler terms, the existence/demand of the law implies the existence of a slave to whom the law will recognize abstractly a formal freedom, and the slave in an exercise of his concrete freedom will violently rise against the law (p. 276, 277, 579).

However, the success or failure of this new establishment of legal things depends upon the concept of freedom it assumes. The debate will be around a formal and abstract freedom and a freedom understood as a concrete and qualified enterprise. Only in a perfect, harmonious and egalitarian society, in which everything happens as it should, does the law disappear, making itself implicit as no reality exists that can be denied in the name of the being (Sartre, 1983, p. 145).

The detailed analysis of *Cahiers pour une morale* results at this point in two conclusions which help us delimit the Sartrean critique of the concept of the law and which will be fundamental to understand our thesis. Firstly, as Michel Kail (2013) suggests, in *Cahiers pour une morale* Sartre describes and ratifies –as he had already done in his 1927 article– the paradoxical structure of the law: “in a paradoxical structure opposing aspects coexist, and the tension of that coexistence produces in the principle of the structure”⁵⁴ (Kail, 2013, p. 20). This paradoxical structure is dialectic. Therefore, the dialectic structure of the concept of the law allows it to be defined in the movement between idealism (spiritualism) and realism.

Secondly, it is important to briefly address the emancipatory potential of the law. If in *Cahiers*, Sartre only legitimated violence as a form of resistance to the law, in his later works he included *popular justice* as a *legal* form of resistance to the law. In other words, Sartre changed his mind from the complete negation of the emancipatory potential of the law to find in popular justice a form of resistance and control of political power. Popular justice starts from the paradoxical structure of the law, which will be elaborated from a critique to the law on the basis of realism while he aspired to a notion of the law that contributed to the liberation of the oppressed classes, which is key to my thesis.

⁵⁴ Author’s free translation: «Dans une structure paradoxale, les aspects opposés cohabitent, et la tension que cette cohabitation produit est le principe même de la structure concernée».

4 The law and dialectic materialism⁵⁵

In Tome I, Book II of *Critique of Dialectic Reason* we can find the most elaborate Sartrean construction of the Law. The scope of this paper does not allow me to deal with a dialectic conception of the law with the necessary caution. This enterprise, as many others suggested here, must be postponed. In spite of that a few annotations are necessary as a general outline of the dialectic configuration of the law.

Dialectics, or better yet dialectic reason, is circular as Sartre himself argued: “It should be recalled that the crucial discovery of dialectical investigation is that man is 'mediated' by things to the same extent as things are 'mediated' by man” (Sartre, 2004, p. 69) and (Sartre, 1963a, p. 230, 1963b, p. 307). Dialectic reason is situated, discovered and founded in and by man’s *praxis*, installed in a historically determined moment and place (Sartre, 2004, p. 32) and (Sartre, 1963a, p. 180). This *praxis* is correlatively fashioned between individual *praxis* and collective *praxis* (García 2005, p. 145).

In this way, collective *praxis* can assume the form of a serial unit or of a group. In Sartre’s words (1963a): “distinguish serial praxis (as the praxis of the individual in so far as he is a member of the series and as the praxis of the whole series, or of the series totalized through individuals) both from common praxis (group action) and from individual, constituent praxis” (Sartre, 2004, p- 266) and (Sartre, 1963a, p. 446). So, the serial *praxis*, which Sartre masterfully exemplifies in the scene of those who wait in line for the bus, does not allow that individual constitutive *praxis* to integrate in a common project, but on the contrary it leads to the objectification of the individual in the practical-inert (Sartre, 2004, p. 333) and (Sartre, 1963a, p. 522). Unlike serial *praxis*, group *praxis* overcomes seriality in that it establishes a freedom project common to the individual constitutive *praxis*.

The survival of the group is guaranteed through the formalization of freedom as collective *praxis*, in such a way that individual *praxis* sees in it a reciprocity in its own inertia. This is where the concept of pledge appears (Sartre, 2004, p. 419) and (Sartre, 1963b, p. 92). The path should not be confused with the social contract, as it is born from the fear that emerges at the interior of the group (betrayal) and with relation to the external dangers it faces, it must be understood simply as a historical fact, as the

⁵⁵ An indispensable reference to understanding the law in *Critique of Dialectic Reason* and that unfortunately due to space constraints could not be explained, can be found in *La critique de la raison dialectique de J.-P. Sartre et le Droit* (Poulantzas, 1965b).

passage of an immediate group form –with the danger of dissolution– to another reflexive and permanent form (Sartre, 2004, p. 414, 417) (Sartre, 1963b, p. 81, 89). The pledge is enacted as a right to life and death with relation to the individuals, which are part of the group versus those who are not part of it⁵⁶. The pledge forcefully imposes itself upon the individual praxis of the members of the group, in as much as they have provided their consent to it despite their own freedoms (Sartre, 2004, p. 432, 433) and (Sartre, 1963b, p. 107, 108, 109). In this way, on the basis of the oath there is a right/duty to the group (Sartre, 2004, p. 438, 439, 440) and (Sartre, 1963b, p. 114, 116).

At this level of abstraction (the group) and in the middle of that dialectic relation between constraint and freedom, a synthetic product is born out of the group: the right, or more precisely, the diffuse power of jurisdiction (Sartre, 2004, p. 441) and (Sartre, 1963b, p. 117). Although, as Sartre admits, it makes no sense to trace the historical genesis of the law, the law cannot be based on individual freedom, the social contract, and constraint of an organ foreign to the group or custom. The law is the expression of freedom (individual in the collective) freely limited as the consented mutilation of a survivor group that pretends to turn into a statutory group (Ibíd.).

In the face of the internal and external impossibility that the group will totalice itself as such, the law emerges as “it is therefore a new form of totalisation intended to compensate for the impossibility of completing the totalisation, that is to say, of its appearing as a form, a Gestalt, a collective consciousness above all the members, and, therefore a guarantee of their permanent integration” (Sartre, 2004, p. 441) and (Sartre, 1963b, p. 117). This form of totalization allows the law to be easily understood as a terror regime. Thus, for the group “in everyone, freedom as a common structure is the permanent violence of the individual freedom of alienation” (Sartre, 2004, p. 441) and (Sartre, 1963b, p. 118).

In its hurry to establish itself, the group defines concrete functions, which are translated into the right of each one to fulfill his particular duty, in such a way that according to Sartre right and duty are mixed up⁵⁷. Expressed in different words, the group recognizes in its members the right to fulfill their obligation (Sartre, 2004, p. 606) and (Sartre, 1963b, p. 303). In this way, right and duty uphold the existence of the group through a kind of inertia (Sartre, 2004, p. 491) and (Sartre, 1963b, p. 173). The duo right/duty is a concrete dimension of alterity. In Sartre’s words: “Right and duty, in

⁵⁶ A reflection about the rights to life and death can be found in: (Ruíz Gutiérrez, 2012, p. 57).

⁵⁷ This idea was already developed in *Cahiers pour une morale*.

their non-transparent certainty, appear to dialectical investigation, and to practical consciousness, as my free alienation from freedom” (Sartre, 2004, p. 540) and (Sartre, 1963b, p. 242). To sum up:

Right and power grow from the pledge and from function, and consequently inside the group. But on the basis of free, pledged inertia and in the context of a common praxis, the group acquires the ability to give a power over itself to non-grouped individuals or to external groups, either in the form of contractual reciprocity (through inertia pledged in the Other from outside), or in any other form (Sartre, 2004, p. 567) and (Sartre, 1963b, p. 259).

The establishment of functions and of a structure is also characterized by the constitution of an authority, understood as a relation of one with everyone else. This authority is developed in institutions⁵⁸, which inertia in seriality is guaranteed by the law as constituted (Sartre, 2004, p. 607) and (Sartre, 1963b, p. 305) and institutionalized power. Force, as the expression of authority and concentration of terror, is both a right and a duty to authority (Sartre, 2004, p. 628) and (Sartre, 1963b, p. 327). This is followed by a particular conception of the State.

The State becomes a category of the institutionalized groups with a specific sovereignty (Sartre, 2004, p. 640) and (Sartre, 1963b, p. 341). As such, a determined seriality emerges called the dominant class which is deliberately maintained separate from the dominated class and which force originates in the appropriation of power and the impotence of the dominated class to free itself so that this relationship is internalized and transformed into right (Sartre, 2004, p. 641) and (Sartre, 1963b, p. 342). For example in colonization processes, the oppressed class, the super exploited, is annihilated “on the practical refusal to treat them as subjects with rights, whatever the right” (Sartre, 2004, p. 728) and (Sartre, 1963b, p. 441). In similar terms, in the oppression founded by industrial capitalism, that is in the oppressive exercise of life and

⁵⁸ In *Détermination et liberté* (1966), Sartre distinguishes between three types of social objects: institutions, customs and values. Therefore, we could say that according to that classification the law is an institution: “Social objects have in a common an ontological structure which we call the rule. These objects are diverse: institutions, particularly the laws, which prescribe conduct and define the sanction; customs, not codified but diffused which are maintained in an objective manner as imperatives without institutional sanction or with a diffuse sanction (scandal); lastly, normative values, which refer to human conduct or to its results and which are the object of axiological judgment” (Contat, Rybalka & Sartre, 1970, p. 537). Author’s free translation: «Des objets sociaux qui ont en commun une structure ontologique que nous appellerons norme. Ces objets son divers : les institutions, en particulier les lois qui prescrivent la conduite et définissent la sanction ; les coutumes, non codifiées mais diffuses, qui se manifestent de manière objective comme des impératifs sans sanction institutionnelle ou avec une sanction diffuse (le scandale) ; enfin les valeurs, normatives, qui se réfèrent à la conduite humaine ou à ses résultats et qui constituent l’objet du jugement axiologique».

death “To sack workers by closing a workshop was a sovereign action which implicitly actualized the basic right to kill.” (Sartre, 2004, p. 766) and (Sartre, 1963b, p. 484).

It could be concluded that, in general terms, the conception of the law, which is glimpsed in *Cahiers pour une morale* is ratified, from another perspective, in the unfinished *Critique of Dialectic Reason* as a power, a structure, and a function⁵⁹. Or in simpler terms, as an institution of oppression to the service of the dominant class, which makes use of it to make sure that the inertia that maintains its survival as an established group. State authority is instituted on the free consent that the members of the group give to the alienation of their freedom in the name of the law. The law transforms and internalizes the appropriation of power by the dominant classes in the State, which is produced and reproduces in the impotence of the dominated classes. Thus, the law is a terror regime, which is founded in the recognition of the exploited and the force of the oppressors or, it is consolidated in a dialectic relationship between the right/duty of life and death by individual praxis constitutive of collective *praxis*.

5 The law and popular justice

From an emancipatory perspective, Sartre develops a conception of the law tied to popular justice in *Situations VIII: Autour 1968* and *Life/Situations: Essays Written and Spoken*. It should be noted that in the context in which Sartre was writing, popular justice was conceived as a strategy of Marxist revolutionary struggle (Santos, 1979) and (Santos, 1980, p. 243), and especially in the French case with strong Maoist influence (Foucault, 1994b, p. 340) and (Foucault, 1979, p. 45). In this sense, “Soviet Comrade’s Courts, Yugoslav Labor Courts and East German *Konfliktskommissionen* are examples of socialist popular justice in European countries” (Engle Merry, 1993, p. 43) and (Engle Merry, 2004, p. 51)⁶⁰.

In the first part of *Situations VIII: Autour 1968*, titled “Vietnam: The Russell Tribunal” Sartre strongly defends popular justice. In order to understand Sartrean

⁵⁹ In *Being and Nothingness* (1992a) Sartre showed how the recognition of alterity in the relationships in which some else conceives me as an end, that is with a existence legitimated by that fact, that legal recognition is not a factual recognition of my existence. This is where the concept of function emerges: “We insist on our individual rights only within the compass of a vast project which would tend to confer existence on us in terms of the function which we fulfill” (Sartre, 1992a, p. 492) and (Sartre, 1993, p. 510).

⁶⁰ Sally Engle Merry’s paper, *Sorting Out Popular Justice* (1993), is of our interest when she argues first, about the polysemic character of the concept of popular justice and additionally, analyzes the main traditions of popular justice that have been configured.

thought at the time this premise is always necessary: “critical appreciation is an intellectual duty” (Sartre, 1973, p. 15). For this reason, John Gerassi convinced Sartre, during the Christmas of 1966, -by the request of Bertrand Russell⁶¹- to participate in the nascent Tribunal (Gerassi, 1021, p. 13). Sartre’s experience in the Russell Tribunal also known as the International War Crimes Tribunal on Vietnam (1966-1967) was his last experience with the peoples of the third world (Cohen-Solal, 2055, p. 588).

The Russell Tribunal was an initiative created by Bertrand Russell, and it aimed at judging, in strict legal terms (not political) ⁶², the behavior of the American armed forces and its allies in Vietnam, according to international law, which typified war crimes (Sartre, 1973, p. 23.22). The theoretical basis of popular justice was simple:

Concretely: if the development of history is not directed by the law and morality –which are their products– those two superstructures exert a return action on that development. This allows the judgment of a society by criteria that that society has established (Sartre, 1973, p. 24).

Thus, it is about the recognition of a dialectic character in the law. In this way, before the absence of an international tribunal to judge war crimes⁶³, as had been the case in the *ad hoc* and *pro tempore* Nuremberg Tribunal, the proposal by the group of intellectuals led by Russell and Sartre was to create a tribunal of popular extraction to judge the conducts that could be qualified as war crimes, using as a reference the Nuremberg laws, the Briand-Kellogg pact (1982), the Geneva Convention and other international instruments: “our tribunal does not aim today at more than to apply its own laws to the capitalist empire” (Sartre, 1973, p. 25). Naturally, Sartre was not naïve, nor was this an idealist experiment (p. 28). The Russell Tribunal did not aim to condemn anyone. It did not even pretend to judge individuals. It wanted to objectively confirm the coherence (or lack thereof) of the United States’ international war policy in function of certain legal categories established in international law (p. 50). Sartre was adamant about the fact that it was not about a political or moral trial, but technically a legal trial (p. 26, 27, 28).

⁶¹ About Bertrand Russell, in 1972 Sartre said: What a bird. An aristocrat that, with age, improved, as good whisky. He created the International Tribunal about War Crimes out of pure conviction at ninety five years old (Gerassi, 2012, p. 254).

⁶² Sartre illustrates this position when he differentiates: “There are profoundly nefast aspects of monopolistic capitalism which are, however, crimes in the legal sense of the term (...) But in the Vietnam War there are acts, there are responsible agents, there are laws related to those acts. Our political position account for our ethical indignation, it is about declaring a legal trial” (Sartre, 1973, p. 68-69).

⁶³ Today the International Criminal Court exists (1998). However, not all countries recognize the Rome Statute.

From its origin, the Russell Tribunal was heavily criticized. What sense does a tribunal have without the coercive power to condemn? What impact does a tribunal have in international politics? Isn't this an exercise of *petit-bourgeois* legalism? For our purpose, it is enough to cite *in extenso* Sartre's defense as he was accused of the latter. Here, the emancipatory power of the law in Sartrean thought is revealed:

We have been reproached of *petit-bourgeoisie* legalism. It is true and I accept this objection. However, who do we want to convince? The classes that are fighting against imperialism or the much larger sector of the middle class that is today indecisive? It is the small-bourgeoisie masses the ones we must awaken and shake today, because its alliance –even in the internal plane– with the working class is desirable. *And it is through legalism that their eyes can be opened.* On the other hand, it isn't bad to remind the working classes, that they have been often trained not to consider more than effectiveness, that *there is an ethical-legal structure in every historical action.* In the post-Stalin period in which we live it is very important to try to highlight that structure (Sartre, 1973, p. 29)⁶⁴.

In other words, just as Sartre would express in *From Nuremberg to Stockholm*, headquarters of the Russell Tribunal: “that reproach should be accepted and accept our legalism. After all, if the *petit-bourgeois* is legalist why not win him over for the union of the masses against imperialism letting him know that he is covered by legality?” (Sartre, 1973, p. 71). There is but one theoretical basis: paradoxically, bourgeois laws can serve (or not) popular interest (p. 73). So, when powerful states decided to judge and condemn the Nazi regime in Nuremberg, they did it “without realizing, through that initiative, they were condemning themselves for their colonialist practices” (p. 56). According to Sartre, Hitler and Nazism were condemned for taking to Europe the same barbarism that European states and the United States exercised over the countries they colonized. For that reason, given these equal or similar deeds in both cases the same legal norms can be applied as those with which Nazism was judged.

Under this understanding, the law is a useful form of resistance to awaken the *petit bourgeois*. This is so because despite the political propaganda and even against alienation, the barbarism committed by the United States in Vietnam could be judged from a basic and profound ethical level for the masses: “there is a morality to the masses, simple and revolutionary that before all political education requires that the

⁶⁴ Cursives are my own.

relationships between men are humane and condemns the exploitation and oppression as radically bad deeds” (Sartre, 1973, p. 71)⁶⁵.

Additionally, we must consider not just the critiques, but also the obstacles raised against the operation of the Tribunal. The Charles De Gaulle government impeded its second session, which was scheduled to take place in Paris. In an unexpected turn of events, the French State denied permission of entry to Vladimir Dedijer (1914-1990) who was to chair the sessions. This event motivated Sartre to write to the then President of the Republic, Charles De Gaulle, asking that Dedijer’s entry restriction be lifted. The President’s response was swift and started a strong discussion about the nature of justice:

I should not be teaching you that all justice in its inception and in its execution belongs only to the State (...) That is why the government complies with opposing that a meeting be held in our territory, which would be contrary to precisely what we must enforce (Sartre, 1973, p. 36).

For General De Gaulle, the Russell Tribunal was a vile example of the law and its international uses, which was why the State had to impede its operation in French territory.

In an interview with *Le Nouvel Observateur*, Sartre publicly replied to De Gaulle denouncing the error the president was making in believing that the government was above the State and its people, because, just as Sartre conceived it, true justice should extract its power from the masses (Sartre, 1973, p. 41). Sartre clarifies to De Gaulle that the intention of the Russell Tribunal was never to replace any existing organ of justice, as it only pretended to conclude after the reception of testimonies and the analysis of documents by the jury, if certain actions of the United States army could be qualified as war crimes or not, and in case they could, indicate a sanction that for that same crime had been assigned at Nuremberg. The Tribunal was born out of a void and a calling, but its legitimacy derived precisely from its impotence and universality (Sartre, 1973, p. 58, 74, 75, 76).

As De Gaulle pointed out with contempt, the Russell Tribunal was an organization of individuals easily interchangeable with any other human beings (Sartre, 1973, p. 62, 66), “who have taken the initiative and who inform while they inform

⁶⁵ It must be noted that it is about a minimal moral base that guarantees the force and cohesion of social movements, and which does not respond to a superstructural configuration (Sartre, 1973, p. 72).

themselves, to remind the states that the masses are the source of all justice (p. 43): in summary, particulars with “the simple power to knowingly decide yes or no” (p. 62).

For that reason, unlike state justice, the Russell Tribunal had its roots in the people: “judges exist everywhere, they are the people” (Sartre, 1973, p. 60). The masses claimed through popular justice the “universalization and objectification of their ethical indignation. Because, in this case, ethics finds its end and its full realization in jurisdiction” (p. 75). Popular justice shows a revolutionary jurisdiction, in which the masses are the ones judging and deciding who is to be judged, in such a way that the trial and its objectivity belongs only to the people (p. 76): “no one is excused from ignoring the law of the people” (Sartre, 1973, p. 249)⁶⁶.

On this point, in the distinction between state and popular justice, provoked mainly by the discussion with De Gaulle, Sartre wrote *Justice and the State*, a text, which was published in *Life/Situations: Essays Written and Spoken*. The text is a kind of defense against the accusations of the French government that Sartre committed “crime of opinion”. According to Sartre he was accused, because he was the director of a popular periodical with Maoist connections: *La cause du peuple*. According to Sartre, bourgeois justice is by essence state justice:

Thus the judicial body was, and has remained tip to the present, a bureaucracy appointed by the state and backed up by the state's "forces of order" -- the police and, if need be, the army. Bourgeois justice seems, as de Gaulle said, to belong to the state both in principle and in practice (Sartre, 1977a, 173) and (Sartre, 1977b, p. 170).

In the genesis of this conception of justice as state justice, Sartre notices two basic problems. Firstly, it presupposes a distinction between the government and the State, which is not always easily traceable to the point that sometimes it seems absurd to talk about judicial independence. Secondly, bourgeois justice forgets that justice “originates not in the state but among the people. For the people” (Sartre, 1977a, p. 173) and (Sartre, 1977b, p. 171) and is expressed as a profound feeling of popular conscience.

To Sartre, as he had already argued in *Autour 1968*, “the source of all justice is the people” (Sartre, 1977a, p. 173) and (Sartre, 1977b, p. 171), given that while bourgeois bureaucratic justice perpetuates the conditions of exploitation, popular justice “is primitive justice, which is the profound movement of the proletariat and the common

⁶⁶ In *Autour 1968* (1973) another example of popular justice can be found, in the article about le tribunal populaire de Lens.

people asserting their freedom against proletarianization” (Sartre, 1977a, p. 174) and (Sartre, 1977b, p. 172). According to Sartre, popular justice is the choice of a profound and true justice (Ibíd) ⁶⁷. In this way, keeping in mind that justice is a cultural product, “there are thus two types of culture and two types of justice. The bourgeois culture, which is complex and diverse, is still founded on the oppression-repression and exploitation that it requires. The popular culture, unrefined, violent, and hardly differentiated, is nevertheless the only valid one, for it is based on the demand for absolute freedom” (Sartre, 1977a, p. 177) and (Sartre, 1977b, p. 175).

Unlike bourgeois justice in which “the judge feels that he merits his power by his very rarity” (Sartre, 1977a, p. 186) and (Sartre, 1977b, p. 184), in popular justice power does not emanate from any type of hierarchy. Bourgeois justice treats those who appear before it “No matter how impartial he might be, he will treat those who come before him as objects and will make no attempt to understand the subjective motives of their acts as these would appear to the defendants” (Sartre, 1977a, p. 188) and (Sartre, 1977b, p. 185). Moreover, not only does the subject of bourgeois justice objectify himself to feign the trial, but also the judge objectifies him to fulfill the law, which sometimes he would not even accept himself. Sartre said: “the fact is that judges are given cases to decide which they are not allowed to know very much about” (Sartre, 1977a, p. 190) and (Sartre, 1977b, p. 187) ⁶⁸. In that sense, Sartre will ask himself: what the judge thinks when he gives his sentence. Is he really abstract, as I have said, and unaware of the truth, or has he allowed himself to be won over by the politics of the regime? (Sartre, 1977a, p. 193) and (Sartre, 1977b, p. 190).

In this way, the feigned judicial impartiality is at least a class impartiality even when there are few judges who resist and preserve their independence from the government. Bourgeois judges are culturally predisposed to condemn revolutionaries (Sartre, 1977a, p. 195) and (Sartre, 1977b, p. 192). And in the worst case, bourgeois justice becomes offensive when it deliberately ignores the guarantees established in it through the falsification of the laws (p. 186).

⁶⁷ Cf., “It is about choosing and staying true to that choice: that is what I have done” (Sartre, 1973, p. 22).

⁶⁸ In similar terms, according to Ortega y Gasset (1983): “He who judges does not understand. To the judge it is precise to previously renounce heroically the understanding the case presented at the trial in the inexhaustible reality of its human content” (p. 343). The judge’s knowledge is restricted as the aim is to reduce one specific moment the knowledge of truth: “But the judge wanted the whole truth concerning an infinitesimal incident: were these two men in such and such a place? And none of us could understand why the event was not dealt with in its totality -- that is, by starting with government and management policies. To tell the whole truth about an infinitesimal instant is a pure contradiction. Truth develops over time. In a closed, limited instant, there can be no truth” (Sartre, 1977a, 192) and (Sartre, 1977b, p. 189).

Right now, the conclusions of the Russell Tribunal about legal responsibility (genocide⁶⁹, forbidden weaponry, cruel and inhumane treatment, hostage torture) of the war policy of the United States in Vietnam⁷⁰ are of little matter. It is relevant to say that according to Sartre, in general terms the effects produced by the Tribunal helped the rise of a young left that was crystalized in May of 1968. In 1972, Sartre remember that it was about a kind of popular tribunal, but of “bells”, by the big names involved; anyway, in the end, as Sartre would recognize, they defended that the capitalist law was a farce, a way of subjugate the poor, the needy, the weak, the righteous (Gerassi, 2012, p. 316).

What matters is that the enterprise of this chapter, is to set the basis for a thesis that, in my opinion, is the most important: the emancipatory potential of the law is expressed in popular justice as a form of legalism that facilitates the awakening of the petit-bourgeois, promoting awareness and the compromise of it with liberation. It is also useful to remind those who fight daily for that liberation that behind every historical action it is possible to see a structure and for that reason a way of judging, a legal character.

6 Final considerations

Throughout this text, I have tried to outline the critique of the concept of the law in the works of Jean-Paul Sartre in an introductory manner. Thus, I have postponed deepening in some aspects. However, it is suitable at this time to formulate some final considerations that, far from closing the matter, aim at opening it for later investigations.

First, although it is not possible to say that there is one univocal concept of the law in Sartrean thought neither can it be concluded that his conceptual development is incoherent or contradictory. In *La théorie de l'État dans la pensée Française d'aujourd'hui*, after a thorough analysis of the main theoretical currents of the law in France, Sartre reflects on the challenges of the law and of state sovereignty from a realist perspective. This work written in his youth constitutes Sartre's first intuition and allowed him to understand the paradoxical and dialectic character of the law in the framework of the relation between idealism (what should be) and realism (what is). The

⁶⁹ Cf., “In this sense, imperialist genocide cannot be radicalized: because the group you want to reach and terrorize, through the Vietnamese nation, is the human group in its totality” (Sartre, 1973, p. 95).

⁷⁰ The conclusions of the Russell Tribunal can be found in (Russell, 2009, p. 697; and Duffet, 1968).

trail of thought of this dichotomy was continued in *Cahiers pour une morale* and especially in the sixties in the conception of popular justice as a criterion of “the good law”. In this way popular justice is a realist vision and at the same time an “idealist” vision of the law; realist, because it sets its theoretical basis in dialectic materialism and the crisis of bourgeois law. But, that the same time, it is about an idealist view of the law, as popular justice is presented as a deliberation instrument of the oppressed classes. In this regard, maybe it would be better to understand popular justice as a realist and utopic (not idealist) conception of the law: “but, as it was once noted by Sartre, it is important not to reduce realism to what exists” (Santos, 2010, p. 116).

Second, *Cahiers pour une morale* constitutes an ontological critique to the constitution of the law. Reflections of this philosophical rigor are scarce in our literature. From this perspective, main themes of philosophy and the philosophy of the law are studied: freedom, dignity, slavery, the configuration of subjectivity for the law, violence, human rights, what is and what should be. These matters are debatable, but still important today. In this way, they suggest to rethink the law in a counter hegemonic way using deep philosophical knowledge. The critique of the law as negative freedom, as the negation of the being and the detotalization of man, shows a crisis in the notion of the law, but not in the law itself. To sum up, it is a view of the law from the healthy and critical distance of philosophy.

Additionally, the *Cahiers* show a transit between paradigms, which as such, require delimitation and, which contribute to the discussion between the dialectics of change and social regulation. While in *Cahiers* violence is the only form of deliberation of the oppressed class, in the conception of the law as popular justice Sartre adds petit-bourgeois legalism. In other words, while in the forties Sartre denied the law any emancipatory potential, twenty years later he recognized it in popular justice. In this way, *Cahiers* advanced from a phenomenological ontology what would be later developed from a dialectic materialism view. *Cahiers* carefully defines a series of premises that are less developed in *Critique of Dialectic Reason*.

Third, *Critique of Dialectic Reason* systematically explains the historical process of formation of the law in the dialectics between individual *praxis* and collective *praxis*. In this relation, the law is a historical and social product, which exerts a mutual dependency on society. The social value of the law as an institution of terror established to guarantee the inert survival of the group is correlative with the legal value of society as consented mutilation of individual freedoms. In historical terms some annotations,

which are visible in earlier texts, are summarized. Thus the concept of function, of vital importance in Duguit's theory and heavily criticized by Sartre, is newly analyzed in the insoluble pair right/duty in *Cahiers pour une morale* and in *Critique of Dialectic Reason*. The law is to fulfill the duty, that is, the function, which detotalizes man in a gear. To guarantee the operation of the social apparatus, the force of the law imposes itself through authority and through a terror regime applicable to everyone who stops fulfilling this function, that is who betrays the group. The institutionalization of the law, that is the prescription of a conduct tied to punishment, finds its basis in the right/duty of life and death from which the dominant class produces and reproduces oppression in the face of the oppressed class' impotence, which is forced to recognize the law of the oppressor class.

If one analyzes one of Sartre's early literary texts, it is possible to sum up Sartre's position regarding the law taking into account that it combines phenomenological ontology with dialectic materialism. I believe that in *The Childhood of a Leader* (1969), published in 1939, we find a masterful summary of the Sartrean conception of the law. Here, Sartre tells the story of Lucien Fleurier, a child destined to become, as his father did, a great leader. The transformation into a leader is consolidated once Lucien, as an adolescent, joins an anti-Semitic political organization and hits a Jewish man. After becoming conscious of his being in the world, that is, after defining himself as a leader, an excited Lucien reassures himself:

'I HAVE RIGHTS!' Rights: Something like triangles and circles: it was so perfect that it didn't exist. You could trace thousands of circles with a compass in vain, you could never make a single circle. Generations of workers could as well scrupulously obey the commands of Lucien; they would never exhaust his right to command; rights were beyond existence, like mathematical objects and religious dogma. And now Lucien was just that: an enormous bouquet of responsibilities and rights. He had believed that he existed by chance for a long time, but it was due to a lack of sufficient thought. His place in the sun was marked in Férolles long before his birth. They were waiting for him long before his father's marriage: if he had come into the world it was to occupy that place: 'I exist,' he thought, "because I have the right to exist' (Sartre, 1969, p. 143)⁷¹.

⁷¹ Due to its importance, I cite the original: «J 'AI DES DROITS ! » Des droits! Quelque chose dans le genre des triangles et des cercles : c'était si parfait que ça n'existait pas, on avait beau tracer des milliers de ronds avec des compas, on n'arrivait pas à réaliser un seul cercle. Des générations d'ouvriers pourraient, de même, obéir scrupuleusement aux ordres de Lucien, ils n'épuiseraient jamais son droit à commander ; les droits, c'était, par-delà l'existence, comme les objets mathématiques et les dogmes religieux. Et voilà que Lucien, justement, c'était ça : un énorme bouquet de responsabilités et de droits. Il avait longtemps cru qu'il existait par hasard, à la dérive : mais c'était faute d'avoir assez réfléchi. Bien avant sa naissance, sa place était marquée au soleil, à Férolles. Déjà -bien avant, même, le mariage de son père- on l'attendait; s'il était venu au monde, c'était pour occuper cette place : « j'existe, pensa-t-il, parce que j'ai le droit d'exister» (Sartre, 1939, pp. 127 – 128).

From this small literary fragment it is possible to conclude, I insist conjugating the two great moments in Sartrean philosophy, that the law: (i) just like geometrical figures and mathematical objects, the law embeds itself, in its perfection, outside the world of the being, denying its existence, if it were, beyond existence. The law responds, above all, to an ontology of negativity; (ii.) but it is also an instrument for the preservation of the *statu quo*, which means, on the one hand, that the oppressed classes, the workers, only have the duty of obeying, and on the other hand, that the oppressive classes, the leaders, have the right to order or, what is the same, an inexhaustible right to exist. To sum up, the law *is* not, it is something we *have*⁷². Denying reality in the name of what should be can be a violent tool in favor of the powerful. Nevertheless, as we will see, in some occasions, this violent tool, which we call the law, can be used by the oppressed classes with an emancipatory purpose. This, according to Sartre, is expressed in popular justice.

Fourth, popular justice is constructed as a response to that impotence, as a way of empowering the oppressed classes. Here, the emancipatory potential of the law (*petit-bourgeois* legalism) becomes clear, a topic of great interest to the sociology of the law. According to Sartre, the law can be useful to the oppressed masses, who find in it a way to struggle or resist against the oppressors. Popular justice seeks that the dominant class regrets the formal concessions granted on the oppressed. So, it is about fighting against the law through the same law to reveal what is hidden in it: the bourgeois impartiality of the judges, the objectification of the trial, the impossibility to judge, the falsification of the law. Without a doubt, this assertion, supposes a paradigm shift in comparison with the position defended by Sartre in *Cahiers pour une morale*.

It could be said that for Sartre, the emancipatory potential of the law takes on a strong and closed character, unlike the contemporary tendency inclined to adopt a broad and weak conception of that potential: “The law does not hold revolutions: the opposite occurs: the law impedes revolutions. However, some uses of the law under the right circumstances produce important and even revolutionary social changes” (García Villegas, 2014, p. 215), basically, as “the struggle for the law and for rights is not a struggle destined to the inevitable victory of the dominators” (García Villegas, 2014, p. 231). In that sense, in Sartre’s case, it is about an open potential, because besides the partial victories, the utility of *petit bourgeois* legalism consists in obtaining the

⁷² In Spanish: el derecho no *es*, sino que se *tiene*.

liberation of the oppressed classes, awakening the petit bourgeois and reminding the masses the legal character of historical events. However, it is a strong potential because petit bourgeois legalism, which is associated with violence, is not reduced to small victories but on the contrary it aims at achieving the absolute liberation of the oppressed.

One might ask: what sense does this emancipatory potential of the law make today? How could that potential be reinvented to answer the challenges posed by today's society? In any case, today Sartrean thought could not be accepted in uncritical and ahistorical terms. Despite that, to think against Sartre it is necessary to think with Sartre, even if not like Sartre. In this way, installed in a situation (historical and dialectic) violence is rejected as an instrument of social change and the presence of legal regulation is accepted in nearly all spheres of social life (Santos, 2009, p. 476). Also, it would be necessary to suspect the social categories of the bourgeoisie and the masses, because if it is necessary to preserve them, they must be resignified.

Cited Works

ALMEIDA, S.L. (2011). **Sartre: Direito e Política**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo.

ARRIETA, E. (2015). **Introducción a la crítica del concepto de derecho en Jean-Paul Sartre**. En: Crisis de la noción de derecho (Ruiz, A). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2015.

BLAS ZULETA, L. (1960). "Presencia existencialista en el campo jurídico". **Anuario de Derecho Civil**, 476: 1-7.

BOBBIO, N. (1949). **El existencialismo**. México: Fondo de Cultura Económica.

BRUFAU PRATS, J. (1967). **Moral, vida social y derecho en Jean-Paul Sartre**. Salamanca: Universidad de Salamanca.

COHEN-SOLAL, A. (2005). **Sartre: 1905-1980**. Barcelona: Edhasa.

COLLECTIF. (1967). **Tribunal Russell, Tome I: Le jugement de Stockholm**. (V. Dedijer, Ed.) Paris: Gallimard.

COLLECTIF. (1968). **Tribunal Russell, Tome II: le jugement final**. Paris: Gallimard.

CONTAT, M., Rybalka, M., & Sartre, J.-P. (1970). **Les Écrits de Sartre. Chronologie et bibliographie commentée**. Paris: Gallimard.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

DAVY, G. (1920). “L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit”. **Revue philosophique de la France et de l'étranger**. PUF. 234-349.

DAVY, G. (1922). **La foi jurée: Étude sociologique du problème du contrat: la formation du lien contractuel**. Paris: Librairie Félix Alcan. Disponible en: <https://archive.org/details/lafoijuretud00davy>

DE BEAUVOIR, S. (1981). **La cérémonie des adieux. Suivi de Entretien avec Jean-Paul Sartre août-septembre 1974**. Paris : Gallimard.

DE BEAUVOIR, S. (1982). **La ceremonia del adiós** (J. Carbajosa, Trad.). Barcelona: Edhasa.

DUFFET, J. (1968). **Against the Crime of Silence: Proceedings of the Russell International War Crimes Tribunal**. Stockholm, Copenhagen. New York: O'Hare Books and Bertrand Russell Peace Foundation.

DUGUIT, L. (1921). **Traité de droit constitutionnel**. Paris: Fontemoing.

DURKHEIM, E. (1982). **The rules of Sociological Method**. New York: The Free Press.

DURKHEIM, E. (1986). **Las reglas del método sociológico**. México: Fondo de Cultura Económica.

ENGLE MERRY, S. (2004). “Una clasificación de la justicia popular”. **El otro derecho, 30**: 39- 74.

ENGLE MERRY, S. (1993). Sorting Out Popular Justice. In: *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*. Michigan: The University of Michigan Press. 31 – 66.

FOUCAULT, M. (1979). “Sobre la justicia popular. Debate con los Maos”. En: **Microfísica del poder**. Madrid: La Piqueta, pp. 45 - 76.

FOUCAULT, M. (1989). “Foucault responde a Sartre”. En: **Saber y Verdad**. Madrid: La Piqueta, pp. 39 – 46.

FOUCAULT, M. (1994a). “Foucault répond à Sartre ». En: **Dits et Écrits. Tome I**. Paris : Gallimard, pp. 662 – 668.

FOUCAULT, M. (1994b). “Sur la justice populaire, Débat avec les maos”. En: **Dits et Écrits. Tome II**. Paris: Gallimard, pp. 340 – 368.

GARCÍA, G. (2005). “Praxis, totalización e historia en la **Crítica de la razón dialéctica**”. **Revista de Filosofía Universidad de Costa Rica**, 109/110: 143-149.

GARCÍA, S. M. (1965). “Moral y derecho en la filosofía existencialista”. **Revista de Legislación y Jurisprudencia**, 113: 543-575.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

GARCÍA VILLEGAS, M. (2014). **La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina**. Bogotá: IEPRI, Debate.

GERASSI, J. (2012). **Conversaciones con Sartre**. Madrid: Sexto Piso.

GÓMEZ Duque, L. F. (1980). **Filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HAURIOU, M. (1916). **Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat en sciences politiques**. Paris: L Tenin. Disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553439/f34.table>

HEGEL, G. W. (1968). **Filosofía del derecho**. (A. Mendoza de Montero, Trad.) Buenos Aires: Claridad.

HEGEL, G. W. (1991). **Elements of the Philosophy of Right**. Cambridge: Cambridge University Press.

HERRERA, D. A. (2009). “¿Es posible una fundamentación del derecho y de los derechos sin referencia a la metafísica y a Dios?” **Prudentia Iuris**, **66/67**: 127-152.

KAIL, M. (2013). “Sartre et le question du droit”. **Annales de l'Université de Craiova. Serie de Philosophie**, **32**: 15-30.

KANT, I. (1996). **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Barcelona: Ariel.

KANT, I. (2005). **Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals**. New York: Dover.

KANT, I. (2007). **Crítica del juicio**. Madrid: Espasa Calpe.

KANT, I (2008). **The Critique of Judgement**. London: Wilder Publications, 2008.

KAUFMANN, A. (1999). **Filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KAUFMANN, A., & Hassemer, W. (1992). **El pensamiento jurídico contemporáneo**. Bogotá: Debate.

MARX, K (1844). **On The Jewish Question**. Retrieved from: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1844/jewish-question/>

MURDOCH, I. (2007). **Sartre un racionalista romántico**. Barcelona: De Bolsillo.

ORTEGA y GASSET, J. (1983). “Prólogo a una edición de sus obras”. En: Ortega y Gasset, **Obras completas (Vol. VI)**. Madrid: Alianza y Revista de Occidente.

PACHECO G, M. (1990). **Teoría del derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

Picado Sotela, S. (1965). “Jean-Paul Sartre: una filosofía de la libertad”. **Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica**, 15/16: 301-322.

POULANTZAS, N. (1965a). **Nature des choses et droit**. Paris: Librairie Générle de Droit et de Jurisprudence.

POULANTZAS, N. (1965b). “La critique de la raison dialectique de J.-P. Sartre et le Droit”. **Archives de Philosophie du Droit**, 10: 83-106.

Quintano RIPOLLES, A. (1952). “Posibles consecuencias penales del existencialismo”. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, 5: 432-456.

ROMANO, B. (2001). “Sartre: los otros y el derecho”. AA.VV. **Sartre contra Sartre**. Buenos Aires: Ediciones del Signo.

ROMANO, B. (2010). **Derechos del hombre y derechos fundamentales**. Vías alternativas: Buber y Sartre. Bogotá: Doctrina y Ley.

RUIZ, A. (2012). “La nuda vida: entre el poder soberano y una analítica del biopoder”. **Logos**, 22: 55-73.

RUSSELL, B. (2009). *The Autobiography of Bertrand Russell*. New York: Routledge.
Santos, B.D. (1979). "Popular justice, Dual Power and Socialist Strategy". In: **Capitalism and the Rule of Law**. London: Hutchinson, pp. 151 - 163.

SANTOS, B. D. (1980). “Justicia popular, dualidad de poderes y estrategia socialista”. **Revista de Sociología**, 13: 243-263.

SANTOS, B. D. (2009). **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho**. Bogotá: ILSA.

SANTOS, B. D. (2010). **Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal**. Buenos Aires: Clacso, Prometeo.

SARTRE, J.P. (1939). **L'enfance d'un chef**. Paris: Gallimard.

SARTRE, J.P. (1943). **L'être et le néant: Essai d'ontologie phénoménologique**. Paris: Gallimard.

SARTRE, J.P. (1963a). *Crítica de la razón dialéctica*. Precedida de Cuestiones de método. Tomo I. Teoría de los conjuntos prácticos. **Libro I. De la praxis individual a lo práctico inerte**. (M. Lamana, Trad.) Buenos Aires: Losada.

SARTRE, J.P. (1963b). **Crítica de la razón dialéctica. Tomo I**. Teoría de los conjuntos prácticos. Libro II. Del grupo a la historia. (M. Lamana, Trad.) Buenos Aires: Losada.

SARTRE, J.P (1964). **The Words**. New York: George Braziller.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

SARTRE, J.P. (1968). *La trascendencia del Ego*. (Ó. Masotta, Trad.) Buenos Aires: Calden.

SARTRE, J.P. (1969). The Childhood of a Leader. In: **The Wall (Intimacy) and Other Stories**. New York: New Directions Publishing

SARTRE, J.P. (1973). **Alrededor del 68. Situación ocho**. (E. Gudiño Kieffer, Trad.). Buenos Aires: Losada.

SARTRE, J.P. (1977a). **Life/Situations: Essays Written and Spoken**. New York: Pantheon Books.

SARTRE, J.P. (1977b). **Autorretrato a los setenta años**. (J. Schwartzman, Trad.). Buenos Aires: Losada.

SARTRE, J.P. (1983). **Cahiers pour une morale**. Paris: Gallimard.

SARTRE, J.P. (1991). **The Transcendence of the Ego: An Existentialist theory of consciousness**. (Forrest Williams and Robert Kirkpatrick, Trads.) New York: Hill and Wang.

SARTRE, J.P. (1992a). **Being and Nothingness: a phenomenological essay on ontology**. Washington: Washington Square Press

SARTRE, J.P. (1992b). **Notebooks for an Ethics**. (David Pellauer, Trad.) Chicago: The University of Chicago Press

SARTRE, J.P. (1993). **El ser y la nada: Ensayo de ontología fenomenológica**. (J. Valmar, Trad.). Buenos Aires: Altaya.

SARTRE, J.P. (2004). **Critique of Dialectical Reason**. New York: New Publishers.

SARTRE, J.P. (2005). *Las palabras* (M. Lamana, Trad.). Buenos Aires: Losada.

SARTRE, J.P. (2007) **Existentialism Is a Humanism**. Yale: Yale University Press.

SARTRE, J.P. (2009). **El existencialismo es un humanismo**. (V. Praci de Fernández, Trad.) Barcelona: Edhasa.

SARTRE, J.P., & Mergy, J. (1997). “Quand le jeune Sartre réfléchissait à la théorie de l'État dans la pensée française: Présentation du texte de Sartre: La théorie de l'État dans la pensée française d'aujourd'hui”. **Revue Française de Science Politique**, 1: 89- 106.

SARTRE, J.P., Astruc, A., & Contat, M. (1979). **Sartre por él mismo**. (J. Schwartzman, Trad.) Buenos Aires: Losada.

SICARD, M. (1989). **Essais sur Sartre. Entretien avec Sartre (1975-1979)**. Paris: Galilée.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

SIMONT, J. (2005). “La morale de Sartre, entre humanisme et anti-humanisme”. **Daimon. Revista de Filosofía**, 35: 11-24.

SOLANO Vélez, H. (2012). **Pulimento raciovitalista del concepto de derecho**. Medellín: Diké.

SPADEMAN, T.B. (1996). **Sartre, Marx and legal theory**. Doctoral dissertation. Purdue: University of Purdue.

THEUNISSEN, M. (2013). **El otro. Estudios sobre la ontología social contemporánea**. México: Fondo de Cultura Económica.

TOBÓN SANÍN, G. (2011). “La obra de Nicos Poulantzas y la teoría marxista del derecho y la política”. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filipp**, 3(1): 36-58.

TURSINI, V. (2004). “Los Cahiers pour une morale de J.-P. Sartre, desde la escritura hasta la publicación”. *Tonos: Revista Electrónica de Estudios Filológicos*, Universidad de Murcia. Disponible en: www.um.es/tonosdigital/znum7/relecturas/cahiers.htm

WORMSER, G. (2006). “**Ethique et violence dans les Cahiers pour une morale de Sartre**”. En: G. Wormser, Sartre, violence et ethique. Lyon: Sens Public et Parangon. Disponible en: <http://sens-public.org/spip.php?article158&lang=fr>

ZURRO, M. (2003) “Notas para releer la filosofía de J-P Sartre”. **Convivium**, 16: 95-116.

THE RIGHTS WATER AND SANITATION. **Reconhecimento dos Direitos Humanos à água e saneamento pelos Estados-Membros das Nações Unidas a Nível Internacional**. Disponible en: <http://www.righttowater.info/new-publication-recognition-of-the-human-rights-to-water-and-sanitation-by-un-member-states-at-the-international-level/>. Acceso el 08 de junio de 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTADO DE DIREITO E SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL DO SÉCULO XXI: RÁPIDOS APONTAMENTOS SOBRE O GARANTISMO PENAL COLOCADO EM XEQUE

Gabriel Antinolfi Divan

Considerações Iniciais

O presente trabalho visa desenvolver linhas gerais que servem de aportes críticos para uma reflexão sobre o paradigma liberal-contratualista relativo aos sistemas de justiça brasileiros e, mais especificamente, em relação ao processo penal. Procurar-se-á expor o que se acredita ser um ponto de esgotamento (teórico) do modelo *garantista* calcado no padrão e na índole constitucional-democrática: o excesso de enredamento dessa proposta/pacote de ideias e medidas com os cânones do paradigma a ser superado e a ausência de necessários pontos de crítica (sobretudo de raiz criminológico-radical ou *dialética*) alocam esse conjunto teórico – que em certa medida se supõe ‘crítico’ – dentro de um incômodo padrão de *establishment* sob cerca e inegável ótica.

Procurar-se-á traçar, a partir de agora, um conjunto de elementos problemáticos que entravam (dos pontos de vista teórico e mesmo pragmático) o avanço das perspectivas de atuação do sistema jurídico-penal para novos e necessários formatos.

1 A crise de um paradigma ‘fantasma’

Pode-se dizer que há uma vigorosa encruzilhada política onde se encontram os frutos jurídico-processuais do paradigma liberal-contratualista, e aqui a estrutura do *garantismo penal* e suas matrizes orientadoras se encontram exponencialmente sob enfoque.

Em uma década onde elementos fundamentais que regem esse padrão, já há muito considerado como definitivo (mecanismos de constatação do aludido ‘fim da história’ que parecem ter entrado em greve em relação à sua exibição cotidiana), e indissociável da própria identificação nuclear da ‘democracia’, são vistos ruindo e exibindo contradições insolúveis em suas próprias bases teórico-práticas de apresentação, não era de se esperar que os reflexos jurídicos – e de sobremaneira jurídico-penais – dessa realidade ficassem imunes (para ZIZEK – 2012, p. 17 - por exemplo, a tirania escravocrata de certos pilares da indústria chinesa escancara uma antiga, e agora exposta, chaga nas bases de pensamento que sempre aludiram o

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
capitalismo como umbilicalmente ligado à democracia em si e como hipótese democraticamente ‘vitoriosa’ no embate ideológico pós séculos XIX e XX).

Nesse sentido, Pinto Neto (2012a, pp. 209-210) ajuda a situar a controvérsia quando expõe, relativamente ao sistema jurídico-penal, uma espécie de ‘falsa’ oposição entre discursos legitimadores: o *garantismo* (penal) nada mais seria do que uma *singela* retomada dos cânones do discurso liberal-político, que inclusive se situa no mesmo patamar permitido ou atualmente franqueado pelo rescaldo do (neo)liberalismo econômico, sendo definido por ‘oposição’. Não se trata de crítica (quando é, de fato, crítica) puramente independente ou descompromissada, em certo ponto de vista, mas sim a oposição tolerável diante de uma possibilidade permitida. Faz-se construção (ainda que pretensamente oposicionista), da mesma plataforma neoliberal (em sentido amplo) que, conforme seus próprios ditames, é o ápice de todo e qualquer limite possível de cosmovisão. É um dos exemplos mais bem construídos do discurso de que o suposto grande *triunfo* liberal não deve nem retroagir, nem ser extrapolado.

Surgida como um dos mais bem acabados pacotes de propostas ideológicas e substanciais para a *política criminal* liberal-contratualista, a engenharia disposta especialmente ao longo do *capolavoro* de Ferrajoli, “*Direito e Razão*” (2005), conseguiu uma estranha façanha em terras brasileiras: sem jamais ter rendido basicamente nenhuma adesão em relação direta com a política legislativa relativa ao sistema jurídico-penal, se cristalizou em certo momento (sobretudo no final dos anos 90 e início dos anos 2000) como aporte básico para a crítica teórica à expansão do sistema punitivo (em sentido amplo), sendo absorvida também como baluarte doutrinário pelo discurso da práxis de quem se opunha à atividade expansionista das agências e agendas punitivistas (especialmente a partir de obras e rendições nacionais dos seus pressupostos processuais e penais – Cf. CARVALHO, 2008, LOPES JR., 2010, cujas edições primárias datam do início da década de 2000 e se mostram admitidamente influenciadas pela obra de Ferrajoli).

É preciso entender que em um país onde tudo em termos de *política* (especialmente em acepção de *policy*, relativo a ‘políticas públicas’ – Cf. SCHMIDT, 2008, pp. 2310-2311) é feito geralmente visando o curto e (em algumas oportunidades) o médio prazo, e em verdadeiramente poucas situações como uma genuína busca dos efeitos a longo prazo – mormente com estratégias que visam a *continuidade* de gestões e não o *casuísmo* – a esfera das instâncias administrativas, político-legislativas e judiciárias relativas ao sistema penal estão entre as que mais são tangenciadas (e se

deixam controlar) pelo fenômeno. Assim, muitas vezes *slogans* e práticas sem qualquer estudo prévio de acoplagem ou impacto são colocadas em funcionamento por atores e conjuntos de medidas legislativas que se mostram demasiadamente ocupados com a tentativa de resultados vigorosos e instantâneos. Em termos de um sistema jurídico-penal que possui instâncias policiais extremamente *letais* e desorganizadas para um ordenamento pretensamente democrático, uma estrutura legislativa que descontenta pessoas de *todas* as frentes ideológicas e órgãos fiscais e jurisdicionais que geram desconfiança em grande monta, é visível o porquê de uma série de teorias e discursos contra majoritários e opositores de um caldo cultural punitivista se mostraram, certa feita, amalgamados.

Como acertadamente previu Zaffaroni (1991), o cerne da propositura *garantista* precisou ganhar implemento de uma série de recomendações e ulteriores ajustes e adaptações (domesticções) para que pudesse ser aqui (na América Latina) defendido enquanto marco teórico de todo um discurso crítico também amalgamado, que não mirava exclusivamente em um aspecto (na violência policial, na falta de racionalidade na elaboração de leis penais, ou na baixa constitucionalidade procedimental dos ritos processuais, etc.) e sim em todos. Aos poucos, algumas arestas foram sendo aparadas e se percebeu não apenas alguns graus de incompatibilidade no amálgama, como também se optou por algum grau maior de acurácia e especialização nos discursos/críticas.

A *absorção*, o uso da estrutura teórica do *garantismo* por parte daqueles que querem, em suas premissas complacentes, justificar um contra discurso (a)crítico que sustenta retoricamente suas fundações, mas que passa ao largo de qualquer discussão ideológica, também auxiliou o brotar de mais desconfiança: a exploração maciça de alguns aspectos da construção de Ferrajoli – dessa vez sem nenhum cuidado ou pudor de adaptação ou de veio crítico – fez proliferar uma série (ao seu modo) vitoriosa de considerações acadêmicas sobre a ‘*dupla face*’ ou a parcela ‘*social*’ do *garantismo*, que encontra (ainda que não necessariamente proposital) guarida (quase) perfeita em alguns discursos expansionistas e casuístas (Cf. LOPES JR., 2013, especialmente p. 73 e seguintes). Isso faz do Brasil (especialmente em questão da discussão acadêmica) uma seara de rara análise. Seara onde o discurso *garantista* (que em alguns momentos em nada difere de uma afirmação simples e básica das premissas constitucionais-democráticas eleitas e positivadas), embora jamais tenha tido sucesso em fomentar ou motivar como base políticas públicas e posturas legislativas, tenha sido, por mais de uma década, o campo de batalha onde se enfrentaram proposições difusas opostas que

aproveitaram parcelas da tese estruturada conforme a necessidade impunha a uns e a conveniência profissional permitia a outros. Resta pensar se houve de fato algum tipo de câmbio preferencial de *usufruto* do discurso *garantista* – focado em outras de suas vertentes ou premissas – ou se algumas *inversões* verificadas (bem expostas por, entre outros, BIZZOTTO, 2009) não são, em realidade, o formalismo e o núcleo positivista incrustado na própria teoria, enfim, desabrochado. Mais notória ainda é a incompatibilidade de uma ‘crítica’ essencialmente *garantista* relativamente a certos ataques e objetos: mais do que nunca, a construção assume seu surpreendente e insuspeito caráter *pro-establishment*.

Diante de um ‘ranço’ pragmático e ideológico que alguns setores funcionais, alguns arautos dos discursos punitivistas e alguns teóricos de soluções midiáticas, não-empíricas e controversas para o espectro das políticas públicas e legislativas brasileiras frente ao sistema jurídico-penal (e suas agências) promoveram, o discurso *garantista*, sobre o qual se fez muito barulho, é um curioso caso de sofrer uma derrocada e uma oposição sem que jamais tenha se configurado como padrão ou situação ou mesmo *mainstream*, de qualquer forma.

O fato é que a crítica jurídica – sobretudo aquela dotada de cunho e orientação política de *esquerda* (opositores naturais das consequências da ‘invasão de esferas’ do liberalismo econômico-mercantilista dentre o rol pressuposto pelo liberalismo-político) – do mesmo modo que não abre mão das premissas de um ‘garantismo’ onde ele reflete os fundamentos básicos de uma educação constitucional voltada para a emancipação e para defesa efetiva de liberdades democráticas primais, não tem mais como defender as bases de tal pacote de ideias que pressupõe certas consequências inconcebíveis e que abre espaço para o florescer de outras tantas. Os problemas relativos ao sistema jurídico-penal e suas instâncias e agências, como um todo, por sua vez seguem volumosos e seguem simbióticos ou amalgamados, a despeito das metodologias, subdivisões e *epistemes* que se prefira para crítica.

Do ponto de vista processual, a tese *garantista* e seus desdobramentos tem a felicidade de trazer a lume todo um conglomerado de quesitos elementares, organizados de forma lógica e estipulados com base em fundações simples: há um estrato ideológico necessário sem o qual não se vai anuir com absolutamente nada da ideia padrão, mas em relação a isso, há que se dizer que se o contestador não aderir sequer à noção primitiva de que o poder punitivo excessivo deve ser tolhido e de que é preciso racionalizar seu uso, não há porque buscar qualquer via de entendimento.

Do ponto de vista geral, a tese *garantista*, no entanto, sofre de um mal que se desdobra em duas circunstâncias: a) é o modelo exemplar da referência liberal-contratualista que visivelmente se encontra em uma crise relativa à própria relação entre suas expectativas/promessas e seus resultados; e, principalmente, b) como símbolo máximo do paradigma liberal-contratualista, não só não reconhece a possibilidade de ser superada, como oferta ameaças e previsões catastróficas para justificar a adoção de seu pacote frente a ideários opostos, dissidentes ou conflitantes. Como lembram Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, o direito penal de matriz liberal (e o poder punitivo do estado liberal como um todo) tende a *ameaçar* ideologicamente a sociedade com uma espécie de cenário apocalíptico no caso do abandono de seus aparelhos como o são (1999, p. 385).

E como bom exemplar de espaço onde as conquistas e referências *modernas* aportam de forma *tardia*, o Brasil, e mais especificamente seu corpo legislativo, político e administrativo referente ao sistema jurídico-penal vivencia essa *crise* de um paradigma que jamais se implementou se não por acaso, de forma esparsa, e cuja ideologia de base jamais foi vigorante. Estamos voltando nossas críticas – com justiça, em vários aspectos, diga-se – a um sistema que jamais adotamos e de cujas prometidas benesses não nos beneficiamos antes de estudar sua melhoria ou o abandono.

2 As regras e as exceções

Não rara a confusão entre juristas que impõe os formatos e módulos de solução conflitiva a partir do paradigma liberal-contratualista como uma ‘resposta’ ou revide à *exceção*: para muitos, alguns espaços problemáticos seriam resumidos em uma dicotomia simples de espaços ausentes de regra, para os quais o aportar da regra seria a simples solução. O problema, sob certo aspecto, seria a pouca incidência da regra – refletida também na baixa *constitucionalização* do sistema de regras aplicáveis.

Em realidade, o poderoso conceito de “*Estado de Exceção*” – a partir de Walter Benjamin e, sobretudo, hodiernamente, de Giorgio Agamben – é um problema que mancha o lustro programado para o sistema liberal-contratualista: na impossibilidade de conter, de aprisionar a *exceção*, acaba-se mesmo por reproduzir seus contextos e até mesmo (re)afirmar os próprios (Cf. AGAMBEN, 2002, pp. 112-113). Um *garantismo* penal, bem como uma liberdade – *regrada*, minimamente, bom lembrar – para o direito de contratar, pactuar, não são nem nunca foram impeditivos para que o abuso real (físico, literal, em última instância) do direito de punir/perseguir/persecutar (dentro, ou

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 mesmo transbordando para além da conformação legal – como para PINTO NETO, 2012a, p. 211) ou ainda para outros tipos de abuso tal o conceito já absurdamente ultrapassado em descalabro das ‘cláusulas leoninas’ dos contratos de empréstimo bancários ou das cada vez mais frágeis (do ponto de vista do *empregado*) garantias contratuais trabalhistas.

Os caminhos que passam por uma maior ‘regulamentação’ jurídica e administrativa não raramente ocultam (por vezes, propositalmente) um intuito inteiramente adverso, contrário: nesse ponto, as *ocupações* (ditas “pacificadoras”) promovidas por um aparato bélico portentoso nas *favelas* do Rio de Janeiro e a ideia de regulação legal do *trabalho terceirizado* no Brasil, através do ideário contido no Projeto de Lei 4.330/2004, vêm com proposta declarada de abrigar situações de ‘instabilidade’ jurídica dentro um perímetro de legalidade. Em realidade, o que parece claro é a tentativa de oficialização/legitimação de uma situação de desnível patente, que no caso da ação policial militar – e outras - gera os mesmos resultados dramáticos que sempre gerou. A *exceção* triunfa mais do que nunca quando se instala enquanto ‘lei’, eis que atua como sempre, guardando um respaldo de normalidade.

Quando não ocorre a literalidade *violenta*, o cinismo por vezes explícito até demais impera: veja-se o caso da oposição à tese que ficou conhecida como da “*esquerda punitiva*” – duramente criticada por *garantistas* por tentar reproduzir os mecanismos político-criminais do discurso punitivista, alterando o vetor da *luta de classes* para ‘usar’ o sistema jurídico-penal de forma *invertida* e atingir aqueles que usualmente são os protegidos pelo(s) sistema(s). Essa oposição hoje, se vale do padrão *garantista* não como uma manobra de intelectualismo orgânico para contar o punitivismo e a expansão penal, seja ela dirigida a quem for. Há um claro embuste ideológico onde a classe favorecida pelo *establishment* promove o discurso racionalizador e minimalista e se abriga nele para atingir aquilo que hoje faz parte da ordem do dia: o poder do discurso *garantista* (cujo parentesco com discursos de fundamentação na ‘lei’ e na ‘ordem’ não é tão distante quanto alguns gostariam, na prática) e de seus remédios, instaura, sim, *exceção*, na medida que só beneficia alguns (Cf. PINTO NETO, 2012b, p. 4).

Basta, por exemplo, acompanhar o trâmite do Projeto de Lei 3842/12, que conta com maciço apoio de congressistas brasileiros integrantes do bloco conservador conhecido como “Bancada Ruralista”: notórios defensores de pautas reacionárias e incentivadores históricos do punitivismo em termos de agenda penal, propõem uma

medida para (supostamente) racionalizar o tipo penal que pune a imposição de *Redução a condição análoga à de escravo* (Artigo 149 do Código Penal Brasileiro): visivelmente preocupados em evitar as chances de imputação e a conseqüente pena acessória de desapropriação das terras onde se verificar o trabalho escravo, os parlamentares lobistas do agronegócio usam os argumentos de ‘minimalismo’ e ‘taxatividade’ da lei penal para claramente procurar diminuir as chances de incidência do tipo em questão. Em manifestações públicas, os congressistas em questão não raramente sacam argumentos que alocam a proposta dentre um conteúdo de ‘aprimorar’ a ‘segurança jurídica’ em torno da incidência mais ‘enxuta’ da lei incriminadora.

Lamentavelmente não parece haver clima para discutir limitadamente ao cumprimento ou não das ‘*regras do jogo*’ quando esse aspecto é só discernível e discutível em ocasiões específicas, e claramente se faz praxe para um grupo minúsculo e privilegiado, que não pode ser justificativa ou exemplo para uma imensa massa para quem a regra cotidiana é ausência (ou falta de importância) da mesma. Não à toa que Zaffaroni (1993) apelida o *garantismo* de “*cruz vermelha*” penal: o discurso *garantista* (como bom exemplo de ideologia liberal-contratualista que é, não parece preocupado com um câmbio geral de perspectivas e por isso mesmo trabalha com um padrão intencionalmente limitado de minimização das violências: a partir da pedra fundamental de que o sistema jurídico-penal deve ser e existir em moldes programados, ele se esforça para justificar sua atuação com lastros democráticos (de fato, louváveis). Porém quando confrontado com hipóteses verdadeiramente minimalistas ou mesmo com um *abolicionismo* que parte de premissas similares e ideologicamente se encontra (ou encontraria) alinhado nas mesmas fileiras, a ferida se expõe (Cf. ACHUTTI, 2014).

3 O subjugar das alternativas: a jurisdicionalidade alarmista

A crítica *garantista* acerta em um incontável número de aspectos. Promove – como toda teoria – opções ideológicas e políticas que são fruto de uma escolha pensada. Não é por isso (inegavelmente sua maior vantagem) que o seu conjunto teórico deve ser atacado. Deve, sim, ser atacado, onde ele simplesmente se recusa a comportar qualquer padrão de genuína pretensão de câmbio (social, político, etc.). Um *garantismo* que não marcha à frente, que não visa propiciar o desabrochar de uma cultura que gradual (ou imediatamente, sempre que possível) busque maior emancipação social através de um

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
efetivo desmuniciar penal-estatal é um exercício circular e tão só (Cf. LARRAURI, 2005, pp. 20-21).

Talvez se possa dizer que – com ares de tese – a (ainda diminuta e ainda *outsider*, apesar de tudo) recepção tardia do *garantismo* penal como fora exposto por Ferrajoli, no Brasil, sofre de um mal identificado com a visão jurídico-constitucional vigente e o momento político *idem*. Sabe-se que o constitucionalismo pós-ditatorial de países como Espanha, Portugal e também o Brasil e especialmente suas normas e programações atinentes às garantias individuais e coletivas oponíveis aos poderes soberanos são um fruto de uma explosão posterior a imaginável retração dessas pautas durante períodos tirânicos (aqui para considerações mais aprofundadas sobre o tema, remete-se o leitor para um trabalho onde elas são analisadas de forma mais detida e com explanação argumentativa mais condizente: Cf. DIVAN, 2015, pp. 322-346).

Daí, duas premissas: a) a visão de uma possibilidade de câmbios sociais tomando-se como ponto de partida o constitucionalismo *dirigente* e a juridicização do debate e da condução política por meio de programações constitucionais substanciais, nesse sentido; b) a visão de um judiciário já não mais amordaçado, podendo não só exercer seu papel *garantidor* (em sentido amplo) como passando a um estágio de *atuação* ou *ativismo* respaldado por aquela juridicização.

Daí, igualmente, duas premissas subseqüentes: c) a ideia de que a jurisdição existe para consertar os erros políticos e para ‘salvar’ o cidadão do exercício político perverso e inepto; d) a ideia de que a jurisdição deve se adiantar e desbancar a instância política não apenas como na clássica visão dos contrapesos e freios e sim como uma espécie de superpoder calcado no próprio dirigismo substancial constitucional.

Em verdade, temos no cerne desse tópico, um panorama que pouco respeita a *jurisdicionalidade* enquanto garantia ao cidadão ou em quanto manifestação democrática de um poder/dever estatal, e sim como uma espécie de necessidade legitimadora e conformadora que ultrapassa seu próprio conceito-chave. A *necessidade* jurisdicional enquanto princípio processual que evita o arbítrio e respeita a *due process clause* (LOPES JR., 2013, p. 174) e sua *inafastabilidade* devem ser lidas com um propósito: possibilitar e desobstruir (o que propriamente está trazido na própria Constituição no seio do inciso XXXV do Artigo 5º) o acesso à jurisdição na busca de tutela jurídica. Não em um sentido substantivo onde ela se faz inimiga e antagonista de outros métodos de resolução conflitiva e contra eles se opõe em batalha com ares de enfrentamento do *bem* (conflitos com a chancela da resposta jurisdicional) contra o

‘mal’ (formas ‘alternativas’ de resolução de celeumas juridicamente relevantes – que sempre tenderiam à barbárie e ao descabro).

A partir desse ponto de vista, duas opiniões estranhamente divergentes se condensam e se encontram: os críticos do expansionismo penal que adotam viés *garantista* achincalham o *ativismo* jurisdicional que visa usar a própria luta efetiva pelos direitos fundamentais do programa constitucional. Esses, utilizam a ideia de jurisdição efetiva e extrapolam os limites entre poderes ou mesmo entre normas reguladoras (processuais, por exemplo) para buscar resultados sempre com o subterfúgio da defesa da ‘sociedade’ contra abusos de direitos indisponíveis.

Por sua vez os críticos do *garantismo* salientam que além de ele não prever exclusivamente só barreiras de atuação e também possibilidades, aberturas e mesmo imposições de proteções em alguns casos, ele não raramente é utilizado de um modo *contra legem* em proteção a tutelas necessariamente individuais ‘travestidas’ de tutelas de direitos humanos (que seriam, ‘verdadeiramente’, defendidas a partir de uma *defesa da sociedade* com o maior lastro de atuação do sistema).

Enquanto isso, ambos sempre rejeitaram – por sectarismo, reacionarismo ou disputa egóica e corporativa que emula os embates forenses – visões que saltam na dianteira do novo milênio como opções, mecanismos, práticas e teorias que buscam, justamente, resgatar o cerne máximo de efetivação da *dignidade* humana em um sistema que não raramente usa esse valor tal um mero *termo* ou bravata absorvido pelo seu ‘lado’. Enquanto a crítica reacionária e punitivista segue arvorada de um suspeito papel de paladina moral, e a crítica *garantista* segue repudiando supostos soldados da mesma trincheira, é preciso ir adiante.

O Brasil adentrou o século XXI envolvido em uma polêmica acadêmica e político-criminal já datada: a de ‘se’ a Constituição institui um *sistema garantista* em relação ao processo penal – e é óbvio que a resposta é sim (Cf. DIVAN, 2012), ou mesmo ‘se’ já se pode pensar que podemos passar a defender um *garantismo social* ou *invertido* (e sem termos instituído a primeira linha, e sem ter vivenciado o *bem estar social* em todas suas vertentes, inclusive em relação ao sistema jurídico-penal, a resposta parece se impor como negativa). O Brasil ainda irrompe no século XXI buscando o implemento de alternativas necessariamente vencidas, lutando tristemente pela implantação de sistemas operacionais grifados pela redundância.

O debate não pode mais ser uma luta demagógica sobre quem em tese mais representa o ideário *dirigente* e *democrático* do programa constitucional entre

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

concorrentes ou alternativas que visam estagná-lo e sufoca-lo pela cristalização no tempo e no espaço. E sim entre mais e melhores alternativas para representar esse mesmo ideário de uma forma inovadora que, no cerne de sua ‘inovação’ procure simplesmente mostrar a que veio.

Toda uma crítica antiquada a fatores de informalização da justiça penal (independentemente de essa informalização ter sido, de fato, levada a cabo de modo falho no país em suas tentativas procedimentais atuais) e todo um preconceito com a aplicação penal de medidas que fogem ao velho esquema retributivo simplório precisam ser enfrentados.

A questão da sociedade orientada a partir de uma cartilha programática que resguarda e encapsula tudo com um teor jurídico e jurisdicional prévio já pode ser superada, passada a fase inicial de ressaca ou *repuxo* do ambiente ditatorial de escassez de direitos fundamentais. Até hoje esse caráter – frente à Constituição brasileira – gerou mais tentações de usurpação do ‘posto’ de discurso, ideologia, teoria ou mesmo categoria profissional que seria seu guardião ‘legítimo’ do que atuação nesse sentido, em si. Toda essa fonte vai desaguar quase sempre em uma opacidade de visualização das escolhas em política criminal como *políticas públicas*, no sentido de estratégia de gestão somada à proposta ou projeto de continuidade. A parte da (tentativa ou expectativa) de câmbio social do dirigismo foi bem compreendida, mas mal executada. A juridicização e a própria jurisdição (penal) tomaram suas linhas de frente, sem que se pense na sustentabilidade política desses vetores. Seguidas pela teoria (discurso acadêmico) que acaba caindo na contenda, onde todos discutem problemas tópicos em postos avançados.

4 Considerações finais para breves apontamentos críticos propositivos

Essencial que tomemos alguns pontos de partida ao propor um (início de) debate sobre qual o formato e o comportamento de um *sistema de justiça* (penal) para o século XXI e conectado com o aprendizado gerado pelas aplicações do século anterior:

Primeiramente – alguns *insights* que se aliam à boa parte das propostas *garantistas* e *minimalistas* penais: admitir que é necessário um repensar profundo das mazelas que o próprio sistema de justiça produz, como *resíduo* consequencial da própria atuação, ainda que otimizada ou ‘positiva’. Nesse viés, necessário abrir o foco para minimizar o máximo possível todas as bases de atuação (teórica e prática) do sistema

jurídico-penal que se encadeiam entre si: desde reduzir drasticamente a criminalização a partir da também drástica redução do número de tipos penais e circunstâncias incriminantes. Procurar fazer valer a malfadada e desprestigiada cláusula do direito penal como *ultima ratio*, mas em um panorama renovado: a atuação político criminal (não apenas criminalizante) do estado enquanto *ultima ratio* e – dentro dela – a atuação de ostensividade e criminalização como *extrema ratio* (DIVAN, 2015, p. 309). Ainda que se pense no trato político-criminal de algumas questões (leis com implicações nesse sentido) o rol de condutas criminalizadas e criminalizáveis (que puxam a reboque a atuação desde os órgãos policiais ostensivos e investigativos, até o sistema processual-burocrático) deve se constituir em um âmbito cada vez mais seletivo, fechado e disposto a extirpar conteúdos sempre que possível.

Em segundo lugar: firmar posição de que o sistema jurídico-penal – quando se mostrar conveniente e assim for requerido – deve agir pautado pela lógica constitucional-democrática de cunho *garantista*, uma vez que a *índole* constitucional assim o determina, sepultando o debate sobre a ‘existência’ ou não de um paradigma de garantias individuais (estágio atrasado no qual ainda se encontra o discurso prático e uma assombrosa parcela da doutrina brasileira).

Em contrapartida, e em terceiro plano: a abertura para novas modalidades discursivas e formas de sistemas de justiça que reconheçam como viáveis o *informalismo*, a lógica *dialogal*, a possibilidade de superar o *retributivismo* raso pela *restauração* e a superação (no grau máximo possível) da orquestração jurisdicional pela *mediação* dos conflitos. O cinismo de uma lógica *garantista* que por vezes nega o trato com o (verdadeiro) conflito social para manter inerte a falácia do trato com o *caso penal* precisa ser desvelado, inclusive em âmbito acadêmico. A defesa de uma lógica *garantista* (como parte do pacote liberal-contratualista) enquanto reserva de ganhos e vantagens democráticas possíveis é plausível, mas fica denunciada e posta em cheque se não estiver acompanhada de um fundo transformador que busque (não ‘utopicamente’, mas, concretamente) sua própria superação. Não há mais espaço para o alarmismo (sobretudo acadêmico) com a ameaça do binômio caos e/ou controle administrativista para além (ou para fora) desse *hobbesianismo* redivivo.

Em adendo, se poderia dizer que um panorama crítico-acadêmico que não visa sempre se mostrar combativo à neutralização ou normalização da *exceção* e que não vise o denunciamento da mesma não pode ser levado à sério enquanto apelidado de ‘crítico’. O convívio manso e pacífico com as franjas e os transbordos do arbítrio

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 oriundo vezes do vácuo, vezes do próprio conformismo do sistema jurídico-penal, escancara ou um vazio ideológico perigoso, ou a ideologia reacionária nefasta do *lobo* em pele de *cordeiro*.

Mais – em quarto lugar: abandonar a premissa de que a jurisdição (e em especial a figura hipotética do magistrado) é a plataforma de lançamento / agente primordial de políticas calcadas no espectro constitucional, fazendo a jurisdição reassumir seu posto de salvaguarda e não de linha de frente proativa. A consideração da *jurisdicionalidade* não enquanto direito do cidadão e dever estatal a postos, mas sim como premissa básica e inafastável e ainda por cima primordial da resolução de conflitos é bizarra. E é também outro dos grandes pilares que sustentam a ineficácia ou o sufocamento de formas alternativas e práticas no mínimo testáveis de novos sistemas de justiça.

Referências

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BIZZOTTO, Alexandre. **Inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. “Poderes instrutórios do julgador criminal do ponto de vista político-processual: índole e instrumentalidade” in **Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012 – disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/25.pdf>

_____. **Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995.

LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo” in **Revista de Estudos Criminais**. Ano V, N. 20. Sapucaia do Sul: Notadez/ITECRS/PUCRS, 2005.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5 ed., 2010.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. “Em defesa da esquerda punitiva” in **Rastros** n.1. Revista Eletrônica. Desterro: Cultura e Barbárie, Out. 2012b, Disponível em <http://culturaebarbarie.org/rastros/n1.html>

_____. “Garantismo Penal e Neoliberalismo: há oposição entre ambos?” In: Alexandre Bizotto e Denival Silva. (Org.). **Garantismo e Neoliberalismo**. 1ed. Goiânia: AB, 2012a

SCHMIDT, João Pedro. “Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos” in **Direitos Sociais: desafios contemporâneos e políticas públicas**. REIS, Jorge Renato dos. LEAL, Rogério Gesta (Org.) Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, Tomo 8.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, vol1. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ed.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria” in **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**. GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.) Torino : Giappichelli, 1993

ZIZEK, Slavoj. “O violento silêncio de um novo começo” in HARVEY, David, et. al. **Occupy – movimentos de protesto que tomaram as ruas**. São Paulo: Boitempo Editorial / Carta Maior, 2012.

LIBERDADE SINDICAL: OS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DE BRASIL, ESPANHA E PORTUGAL

Gilberto Stürmer

Considerações Iniciais

O presente artigo teve origem a partir da participação deste autor em três eventos internacionais realizados em novembro e dezembro de 2015.

Referidos eventos foram os seguintes: II Seminário Internacional Hispano-Brasileiro sobre Sociedade, Direitos Humanos e Meio Ambiente, realizado em Ourense (Espanha) e coordenado pelas Professoras Doutoras Ana Garrida Domínguez e Susana Álvares González, da Universidade de Vigo (Espanha); VI Encontro Hispano-Brasileiro de Filosofia do Direito e Direitos Humanos realizado em Sevilla (Espanha) e coordenado pelo Professor Doutor Álvaro Sanchez Bravo, da Universidade de Sevilla (Espanha); e, por último, o Seminário sobre Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais – Perspectivas de Direito Comparado – Homenagem ao Professor Jorge Miranda, realizado em Lisboa (Portugal) e coordenado pelos Professores Doutores José Luis Bolzan de Moraes (UNISINOS) e Jorge Miranda (Universidade de Lisboa).

As palestras resultaram no presente artigo e no honroso convite dos Coordenadores da presente obra coletiva, Professores Doutores (e, principalmente, amigos), Álvaro Sanchez Bravo (Sevilla) e Jacson Roberto Cervi (URI – Santo Ângelo). Sinto-me honrado em colaborar junto aos professores e amigos que aqui estão publicando.

A fim de delimitar o tema, refere-se que o comentário relativo ao sistema sindical brasileiro restringe-se aos artigos 8º e 9º da Constituição, sem deixar de fazer referência a aspectos de outros dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais que tenham ligação com a abordagem feita. Destaca-se, também o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho (art. 7º, inciso XXVI).

O artigo 8º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, está inserido no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, e no seu Capítulo II, que trata dos direitos sociais.

Estruturado com o caput, oito incisos e um parágrafo (único), o artigo 8º da Constituição dispõe sobre o sistema sindical.

Em relação à Constituição Espanhola de 1978, abordam-se os artigos 7º, que trata de sindicatos e associações empresariais, 28, liberdade de sindicalização, e 37, conflitos coletivos de trabalho e negociação coletiva.

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, destacam-se os artigos 46º, liberdade de associação, 55º, liberdade sindical, 56º, direitos das associações sindicais e negociação coletiva, e 57º, que aborda o direito de greve e a proibição ao *lockout*.

1 História da norma (Constituições Brasileiras anteriores)

O caput do artigo 8º, da Constituição da República de 1988, dispõe que “é livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:”. A idéia central do legislador constituinte de 1988, foi de estreitar o direito interno com o direito internacional e com a tendência mundial em termos de Direito Sindical. A idéia de liberdade contida no dispositivo, busca, ainda, adequação ao princípio constitucional insculpido no artigo 5º, caput¹, esteio dos direitos e garantias fundamentais e base dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Neste contexto, importante destacar que o caput do artigo 5º irradia um comando principiológico que deve nortear as regras constitucionais – caso do artigo 8º - e infraconstitucionais².

A amplitude teórica do conceito de liberdade como princípio a nortear as regras do direito sindical foi tratada por este autor na obra *A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*³. No referido trabalho foram examinados acerca do tema liberdade, Montesquieu⁴, Bobbio⁵, Locke⁶, Kant⁷, Hegel⁸ e Hobbes⁹.

¹ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

² Sobre o tema ver Alexy, Bonavides, Dworkin, Bobbio, Canotilho e Ávila, entre outros.

³ Ver *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁴ *O Espírito das Leis* (trad. Cristina Murachco). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵ *Igualdade e Liberdade* (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Ediouro, 1996 e *As Ideologias do Poder em crise* (trad. João Ferreira). Brasília: UNB, 1999.

⁶ *Dois Tratados sobre Governo* (trad. Julio Fischer). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷ *A metafísica dos costumes* (contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude) (trad. Edson Bini). São Paulo: EDIPRO, 2003.

⁸ *Princípios da Filosofia do Direito* (trad. Orlando Vitorino). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

A Revolução Francesa de 1789, com seu ideal liberal no sentido de que não deveria haver intermediários entre o indivíduo e o Estado, proibiu as corporações de ofício¹⁰. Esta proibição chegou ao Brasil trinta e cinco anos depois, quando Dom Pedro I outorgou a Constituição imperial de 25 de março de 1824, que dispunha no seu artigo 179, inciso XXV^{11 12}:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
[...]
XXV. Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

Proclamada no Brasil, a República em 1889, veio a necessidade de uma Constituição republicana. Assim, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil¹³. Dispunha a referida Constituição, no seu artigo 72, parágrafos 8º e 24º¹⁴:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual, e á propriedade nos termos seguintes:
[...]
§ 8º. A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia, sinão para manter a ordem pública.
[...]
§ 24º. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.

Importante referir que a primeira Constituição republicana do Brasil abriu as portas para a associação sindical, ao referir sobre a licitude de associação.

Mais tarde, em 07 de setembro de 1926, uma Emenda Constitucional alteraria a Constituição de 1891, não havendo mudança nos dispositivos acima citados.

Com o início do constitucionalismo social e sob a influência das constituições do México (1917) e Weimar (1919)¹⁵, além das reformas trabalhistas levadas a cabo

⁹ Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil (trad. Alex Martins). São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

¹⁰ Ver NASCIMENTO, Amauri Mascaro, em *Compêndio de Direito Sindical*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p.74.

¹¹ STÜRMER, 2007, p. 67.

¹² Ver CAMPANHOLE, Hilton Lobo e CAMPANHOLE, Adriano, em *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 832-833.

¹³ STÜRMER, 2007, p. 70.

¹⁴ CAMPANHOLE, 1999, p. 769..

¹⁵ Segundo SÜSSEKIND, em *Direito Constitucional do Trabalho*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 11-12, a Constituição do México de 1917, dispôs sobre sindicalismo no seu artigo 123 e a Constituição alemã de Weimar de 1919, assegurou a liberdade sindical.

especialmente a partir da Revolução de 1930, em 16 de julho de 1934, foi promulgada a terceira Constituição brasileira, sendo a segunda republicana e primeira social¹⁶.

Importante registrar que a Constituição 16 de julho de de 1934, que durou pouco mais de três anos, foi a primeira e única Constituição brasileira a assegurar a pluralidade sindical¹⁷.

O artigo 120, da Constituição de 1934, assim dispôs¹⁸:

Art. 120. Os sindicatos e as associações profissionaes serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Paragraphe único. A lei assegurará a pluralidade syndical e a completa autonomia dos sindicatos.

Com um golpe de estado, em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição no Brasil. No que diz respeito ao sindicalismo, houve duro retrocesso¹⁹. O artigo 138, assim dispôs²⁰:

Art. 138. A associação profissional ou sindical é livre. Sòmente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas do poder público.

Formalmente democrática, a Constituição de 18 de setembro de 1946, tratou do sindicalismo no seu artigo 159²¹, não alterando o *status quo*:

Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma e sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício das funções delegadas do pòde público.

Veio a ruptura da ordem legal a partir de 1964. Em 24 de janeiro de 1967, sob a égide do governo militar, o Congresso Nacional promulgou nova Constituição²². A matéria sindical foi tratada pelo artigo 159²³:

¹⁶ STÜRMER, 2007, p. 73.

¹⁷ A pluralidade sindical, ao contrário da unicidade sindical, admite a possibilidade de constituição em uma mesma base territorial (normalmente municípios), de número ilimitado de sindicatos da mesma categoria. No caso da Constituição brasileira de 1934, o número era limitado a três, mas além disso, o seu pouco tempo de vigência não permitiu tal implantação.

¹⁸ CAMPANHOLE, 1999, p. 719.

¹⁹ STÜRMER, 2007, p. 73-74.

²⁰ CAMPANHOLE, 1999, p.624.

²¹ CAMPANHOLE, 1999, p. 516.

²² STÜRMER, 2007, p. 76.

²³ CAMPANHOLE, 1999, p. 436.

Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei.

§ 1º. Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por êles representadas.

§ 2º. É obrigatório o voto nas eleições sindicais.

A Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969, foi, de fato, uma nova Constituição, já que alterou toda a estrutura da anterior. Os direitos sindicais, embora sem alteração na redação dos dispositivos, foram para o artigo 166^{24 25}.

A partir de 1979, o Brasil voltou a, lentamente, respirar ares democráticos. Eleita a nova Assembléia Nacional Constituinte em 1986, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição.

2 Estrutura normativa na Constituição da República de 1988 e suas remissões legais

A retomada da democracia no Brasil “contaminou” todos os setores da sociedade no afã pela liberdade. Não foi diferente com a elaboração da Constituição, o que, de certo modo, até levou o seu texto final além do que seria materialmente constitucional.

Como já referido no item I supra, o artigo 8º da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, está inserido no Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Este Capítulo II do Título II, abrange os artigos 6º até o 11.

O artigo 8º aborda especificamente o sistema sindical. Composto de caput, oito incisos e um parágrafo, o dispositivo alterou substancialmente o sistema sindical brasileiro a partir de 1988, ainda que não tenha inserido no Brasil a tão almejada liberdade sindical.

Dispõe o caput do artigo 8º:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

Veja-se que a intenção primeira do legislador constituinte de 1988, foi de inserir a liberdade de associação²⁶ e a liberdade sindical no Brasil.

²⁴ STÜRMER, 2007, p. 77.

²⁵ CAMPANHOLE, 1999, p. 322.

Foi limitado, contudo, este direito à liberdade sindical, especialmente por dois incisos do mesmo artigo 8º, que serão referidos a seguir, pela ordem crescente.

O inciso I do artigo 8º, preceitua:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

Merece aqui uma referência, o artigo 520, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispunha sobre o reconhecimento do Estado através de uma “carta de reconhecimento”, e que exatamente em função da disposição ora comentada, não foi recepcionado pela vigente Constituição.

Assim é que, em princípio, observadas as limitações de base territorial²⁷ e de enquadramento categorial²⁸, passou a não mais haver limitação para a fundação de sindicatos.

Existem regras formais a serem observadas na fundação do sindicato, que atualmente estão dispostas na Portaria nº 186, de 10 de abril de 2008, sucessora da Portaria nº 343, de 04 de maio de 2000, com nova redação dada pela Portaria nº 376, de 23 de maio de 2000, ambas do Ministério do Trabalho e do Emprego.

²⁶ Sobre a liberdade de associação, o artigo 5º, dispõe nos incisos XVII a XXI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

²⁷ Inciso II, do artigo 8º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁸ Os conceitos de categoria econômica e categoria profissional foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma expressa nos incisos II, III e IV do artigo 8º. Referidos conceitos estão dispostos respectivamente nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 1º. A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º. A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

O registro no órgão competente que, de início, suscitou algumas dúvidas, logo foi pacificado pela doutrina²⁹ e pela jurisprudência³⁰, no sentido de que, para a aquisição da personalidade jurídica sindical, é necessário o registro no Ministério do Trabalho e do Emprego³¹.

Antes disto, porém, é importante lembrar que o sindicato tem natureza jurídica de associação de direito privado³². Assim, uma vez reunidos os integrantes de determinada (nova) categoria a partir da convocação pelos interessados na criação da nova entidade, em edital publicado em jornal diário de grande circulação, são extraídos a ata de fundação e os estatutos da nova entidade. Com a necessidade de aquisição de personalidade civil – associação de direito privado que é – o registro inicial dá-se no Cartório de Pessoas Jurídicas do município. Assim, a entidade poderá usufruir dos direitos civis de manter uma sede, contas bancárias, aquisição de bens, admissão de empregados, além da inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ)³³. Posteriormente é que, à luz das regras formais da Portaria nº 343, de 04 de maio de 2000 e, mais recentemente a Portaria nº 186, de 10 de abril de 2008, ambas do Ministério do Trabalho e do Emprego, é que será requerida a personalidade sindical.

Ao contrário do que ocorria antes da promulgação da Constituição ora comentada, o Poder Público não mais pôde interferir ou intervir nas organizações sindicais. Sem dúvida, a parte final do inciso I, do artigo 8º, abriu uma brecha para a definitiva, ainda que tardia e até agora inexistente, implantação da liberdade sindical no Brasil. Os sindicatos, para exercerem com tranqüilidade as suas funções³⁴ de representar determinada categoria e negociar por ela, não podem ter interferência ou intervenção estatal.

O inciso II dispõe sobre a unicidade sindical, com a seguinte redação:

²⁹ Ver, entre outros, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, em *Compêndio de Direito Sindical*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2000, RUSSOMANO, Mozart Victor, em *Princípios Gerais de Direito Sindical*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998 e STÜRMER, Gilberto, em *A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

³⁰ Ver, entre outras, a ADI-MC 1121/RS, julgamento em 06/09/1995, pelo Tribunal Pleno, Rel. Min Celso de Mello, publicada no DJ 06/10/1995, pp 33127.

³¹ Ver arts. 1º e 2º, da Portaria nº 343, de 04 de maio de 2000, do Ministério do Trabalho e do Emprego.

³² STÜRMER, 2007, p. 81.

³³ STÜRMER, 2007, p. 81.

³⁴ No entendimento da majoritário da doutrina, as principais funções dos sindicatos, são a negocial e a de representação. Este autor, concordando com a posição de Amauri Mascaro Nascimento (*Compêndio de Direito Sindical*), entende que, além das duas principais, o sindicato também exerce as funções assistencial, arrecadação, política (colaboração com o Estado) e ética (princípio da boa-fé negocial).

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município.

No mesmo sentido, o artigo 516 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os graus de organização sindical referidos no dispositivo, constituem o chamado sistema piramidal: sindicato na base (município)³⁵ e as entidades de grau superior³⁶, sendo a federação³⁷ em âmbito mínimo estadual e a confederação³⁸ em âmbito nacional.

A Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008, reconheceu Formalmente as Centrais sindicais³⁹. Considerando que tais entidades têm atuação em âmbito nacional, entende-se haver choque com o dispositivo em comento, que veda a criação de mais de uma entidade sindical da mesma categoria, na mesma base territorial.

A manutenção da unicidade sindical no Brasil, fere frontalmente a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, de 09 de julho de 1948 e, também por esta razão, até hoje não ratificada pelo Brasil, em que pese ser o mais importante Tratado da Organização Internacional do Trabalho.

O inciso III trata da função de representação ao dispor que:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

A antiga Súmula nº 310, do Tribunal Superior do Trabalho, que limitava a substituição processual, foi cancelada pela Resolução nº 119/2003. A Corte Trabalhista curvou-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a substituição processual da categoria pelo sindicato que a representa, é ampla⁴⁰, não se limitando apenas à argüição da insalubridade e/ou periculosidade em Juízo⁴¹, à Ação

³⁵ Ver artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁶ Ver artigo 533 da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁷ Ver artigo 534 da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁸ Ver artigo 535 da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁹ Tramita no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.067 ajuizada pelo Partido Democratas e cujo Relator é o Ministro Joaquim Barbosa. Quando preparado este artigo, o processo estava concluso com vista do Ministro Ayres Britto.

⁴⁰ Ver, entre outros, o RE 210029/RS, julgamento em 12/06/2006, pelo Tribunal Pleno, Rel. Min Carlos Velloso, publicada no DJ 17/08/2007, pp 00025

⁴¹ Artigo 195, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

de Cumprimento⁴², da postulação do Funde de Garantia do Tempo de Serviço em Juízo⁴³ e do mandado de segurança coletivo⁴⁴.

A Constituição de 1988 criou uma então nova modalidade de custeio das entidades sindicais. Dispõe o inciso IV:

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

A então novel contribuição depende de assembléia geral da categoria para ser aprovada e custeada apenas pelos sócios do respectivo sindicato⁴⁵. Tem, contudo, o condão de financiar o sistema confederativo, ou seja, contribuir para o sustento, além dos sindicatos, das federações e das confederações.

Importante notar que a parte final do dispositivo, ao referir que a contribuição para custeio do sistema confederativo foi instituída independentemente da contribuição prevista em lei, fez com que a Constituição de 1988 tivesse recepcionado a contribuição sindical prevista nos artigos 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na esteira da genérica regra do artigo 5º, inciso XX, da Constituição da República, de forma específica o inciso V, do artigo 8º dispõe:

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.

O enquadramento sindical que regula os conceitos de categoria econômica e categoria profissional trata apenas da representatividade categorial, esta sim obrigatória. O empresário ou o trabalhador de determinada atividade em determinada base territorial é, obrigatoriamente representado pelo sindicato daquela categoria

⁴² Artigo 872, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho e artigo 1º, da Lei nº 8.984/95.

⁴³ Artigo 25, da Lei nº 8.036/90.

⁴⁴ Artigo 5º, inciso LXX, alínea *b*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁵ Neste sentido, a Súmula nº 666, do Supremo Tribunal Federal: A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. E o Precedente Normativo nº 119, da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho: Contribuições sindicais – inobservância de preceitos constitucionais – A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

naquela base territorial, não sendo obrigado, se não quiser, a ser filiado a este mesmo sindicato.

Como já referido, o inciso III trata da função de representação do sindicato. Atrelado a este dispositivo e, ainda, em função de que o interesse coletivo prepondera sobre o interesse individual, é que o inciso VI refere que:

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Embora não disponha de forma expressa, é certo que tal obrigatoriedade se dá apenas aos sindicatos da categoria profissional e não aos da categoria econômica. Tal situação se dá em face da proteção aos trabalhadores⁴⁶ e por interpretação sistemática⁴⁷, já que o inciso XXVI, do artigo 7º, também da Constituição de 1988, reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho⁴⁸. E, na medida em que convenção coletiva de trabalho é o resultado da negociação coletiva entre o sindicato da categoria profissional e o sindicato da categoria econômica⁴⁹ e acordo coletivo de trabalho é o resultado da negociação coletiva entre o sindicato da categoria profissional e a(s) empresa(s)⁵⁰, verifica-se, à toda evidência, que a única interpretação possível ao inciso VI do artigo 8º, é a da obrigatoriedade de presença tão somente do sindicato da categoria profissional nas negociações coletivas de trabalho⁵¹.

A aposentadoria é direito constitucional dos trabalhadores⁵² e, nos termos do inciso VII:

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais.

Isto para que o trabalhador aposentado se sinta prestigiado e participando da vida do sindicato, ao qual ele tanto se doou quando na ativa.

O inciso VIII, último do artigo, trata da estabilidade do dirigente sindical no emprego⁵³:

⁴⁶ Sobre a matéria, RODRIGUEZ, Américo Plá, em *Princípios de Direito do Trabalho* (trad. Wagner D. Giglio), 1ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: LTr, 1996, p. 28 e seguintes.

⁴⁷ Neste sentido, ver FREITAS, Juarez, em *A interpretação sistemática do direito*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 46.

⁴⁸ Art. 7º. XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

⁴⁹ Ver artigo 611, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁵⁰ Ver artigo 611, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁵¹ STÜRMER, 2007, p. 88.

⁵² Ar. 7º, inciso XXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵³ Sobre a estabilidade provisória dos dirigentes sindicais, ver as Súmulas nº 369 e nº 379, do Tribunal Superior do Trabalho.

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Referida estabilidade já era regulada nos mesmos termos, pelo artigo 543, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. É que o dirigente é o próprio sindicato e, nas obrigatória e incessante busca dos interesses da categoria, é natural que em determinados momentos, a relação com o empregador fique estremecida. Entendeu o legislador que um ano após o final do mandato é tempo suficiente para que eventuais rugas ocorridas sejam amainadas.

Finalmente, o parágrafo único, estende as disposições contidas no artigo às organizações sindicais rurais e às colônias de pescadores, na forma estabelecida por lei. Assim está redigido:

Parágrafo Único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

O objetivo foi o de fixar claramente que o tratamento constitucional no que diz respeito aos aspectos sindicais, deve obedecer ao princípio fundamental da isonomia.

O artigo 9º trata do direito à greve, alçado em 1988 à categoria de direito fundamental, e é assim redigido:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

A Constituição reconheceu a greve como direito fundamental, mas remeteu ao legislador ordinário o regramento sobre o exercício do direito, o que ocorreu em 28 de junho de 1989, ao ser promulgada a Lei nº 7.783.

Este direito referido no artigo 9º da Constituição da República e regulado pela Lei nº 7.783/89 aplica-se aos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Registre-se que o artigo 37, inciso VII, assegura o direito de greve aos servidores públicos, a ser definido em lei específica, nos termos da redação determinada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Na medida em que, aplicado o princípio da isonomia, a greve do servidor público é direito fundamental e, ainda, por não ter sido regulamentado este direito, em decisão do Supremo Tribunal Federal de 25 de outubro de 2007, foram julgados os Mandados de Injunção números 670, 708 e 712, determinando a aplicação analógica da Lei nº 7.783/89 aos servidores públicos enquanto não for regulamentado o artigo 37, inciso VII, da Constituição.

O direito de greve é importante instrumento de pressão da classe trabalhadora na busca por melhores condições de trabalho. Em um ambiente de liberdade sindical com a negociação coletiva de trabalho levada a pleno e sem a existência de poder normativo da Justiça do Trabalho, a greve é meio eficaz de pressão. Para tanto, necessária seria também a ratificação da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, proibindo a dispensa arbitrária⁵⁴.

3 O sistema sindical na Constituição Espanhola de 1978

A Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978 trata de sindicatos e de associações no artigo 7º, que assim dispõe:

Artículo 7.

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

As associações empresariais referidas no artigo, são aquelas de representação da categoria econômica e, portanto, equivalentes aos sindicatos na representação de trabalhadores.

Para além da representação categorial, o sistema constitucional espanhol destaca a importância destes entes na contribuição para defesa e promoção de interesses que a eles dizem respeito.

É de suma importância a determinação constitucional que garante a liberdade de criação e do exercício da atividade das entidades sindicais de trabalhadores e patronais, desde que existente a democracia interna e respeitada a Constituição .

⁵⁴ Propositamente não se aprofunda o exame da Convenção 158 da OIT neste texto, sob pena de alongá-lo e fugir do seu objetivo. De qualquer forma, a matéria, extremamente relevante, é sempre objeto de discussão.

O artigo 28, dividido em duas partes, trata da liberdade de sindicalização, nos seguintes termos:

Artículo 28.

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho de fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o de afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.
2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Aqui fica clara a existência da liberdade sindical preconizada pela Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, aliás, ratificada pela Espanha em 1977.

Os direitos individual e coletivo à sindicalização ocorrem nos moldes no sistema brasileiro, assim como o fato de que ninguém poderá ser obrigado a filiar-se a sindicato. A limitação se dá apenas para servidores públicos civis e militares⁵⁵.

A Constituição Espanhola, em consonância com a Convenção 87 da OIT, estabelece diferença fundamental em relação com o sistema brasileiro, ao referir o direito de filiação ao sindicato eleito pelo sujeito. Por outro lado, a possibilidade de filiação a organizações de grau superior e organizações internacionais é existente também no Brasil.

A greve, como no Brasil, é direito constitucional que deve ser regulado por legislação infraconstitucional, com especial cuidado aos serviços e atividades essenciais.

Os conflitos coletivos de trabalho e a negociação coletiva estão definidos no artigo 37:

Artículo 37.

1. la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convênios.
2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto coletivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

⁵⁵ No Brasil, o artigo 142, § 3º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, proíbe a greve aos militares.

A negociação coletiva de trabalho, como instrumento de pacificação social, tal como ocorre no Brasil, é destacada pela Constituição Espanhola. Verifica-se a sua importância, ao conferir-se força normativa e vinculante às convenções coletivas de trabalho.

Por outro lado, diferente do que ocorre no Brasil, a Espanha aborda expressamente na segunda parte do artigo 37 da sua Constituição, a possibilidade de o conflito coletivo de trabalho chegar à greve, já que, em um contexto amplo de liberdade sindical, não há poder normativo da Justiça do Trabalho.

4 O sistema sindical na Constituição Portuguesa de 1976

A abordagem ao sistema sindical na Constituição portuguesa de 02 de abril de 1976, como referido na introdução, está nos artigos 46º, 55º, 56º e 57º.

A liberdade genérica de associação, tal como existente no Brasil no artigo 5º, incisos XVI a XXI, da Constituição de 1988, está regulada no artigo 46º, que assim dispõe:

Artigo 46º - Liberdade de Associação

1. Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal.
2. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial.
3. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela.
4. Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que partilhem ideologia fascista.

De uma forma geral, no que diz respeito à liberdade de associação, o sistema constitucional português é muito semelhante ao brasileiro.

Destaca-se o item 3 do artigo citado, semelhante à regra geral brasileira prevista no artigo 5º, inciso XX, da Constituição de 1988: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado”.

A Constituição Portuguesa, assim como a espanhola e, diferente do que ocorre no Brasil, consagra o princípio da liberdade sindical. Aliás, diga-se de passagem, assim como a Espanha e ao contrário do Brasil, Portugal ratificou a Convenção nº 87 da OIT sobre liberdade sindical, no ano de 1977.

O artigo 55º aborda a liberdade sindical nos seguintes termos:

Artigo 55º - Liberdade sindical

1. É reconhecida aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses.
2. No exercício da liberdade sindical, é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação, designadamente:
 - a) A liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis;
 - b) A liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser obrigado a pagar quotizações para sindicato em que não esteja inscrito;
 - c) A liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais;
 - d) O direito de exercício de actividade sindical na empresa;
 - e) O direito de tendência, nas formas que respectivos estatutos determinarem.
3. As associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem sujeição a qualquer autorização ou homologação, e assentes na participação activa dos trabalhadores em todos os aspectos da actividade sindical.
4. As associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamenta da unidade das classes trabalhadoras.
5. As associações sindicais têm o direito de estabelecer relações ou filiarem-se em organizações sindicais internacionais.
6. Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo de suas funções.

A liberdade sindical insculpida no artigo citado, diz respeito à categoria profissional, ou seja, aos trabalhadores. Esta liberdade é fundamento da atividade e da dinâmica sindicais.

Destacam-se a garantia de não discriminação, a liberdade de constituição de sindicatos e entidades de grau superior, a filiação a órgãos internacionais, a liberdade de inscrição, a fundamental proibição de impor contribuições aos não associados, bem como as questões relativas à regulamentação interna e estatutária, atividades na empresa, participação categorial e eleições livres e democráticas.

A proteção em relação ao estado e a possíveis condutas anti-sindicais também estão presentes na Constituição Portuguesa.

É destacada no sistema constitucional português, a democracia para participação sindical no Direito do Trabalho, bem como a negociação coletiva de trabalho como instrumento de efetividade da liberdade sindical.

Veja-se o artigo 56º:

Artigo 56º - Direitos das associações sindicais e contratação coletiva

1. Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.
2. Constituem direitos das associações sindicais:
 - a) Participar na elaboração da legislação do trabalho;
 - b) Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;
 - c) Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução;
 - d) Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei;
 - e) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.
3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei.
4. A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho, bem como à eficácia das respectivas normas.

A previsão de defesa dos direitos e interesses categoriais também está prevista na Constituição brasileira.

Em que pese não estar previsto constitucionalmente como em Portugal, de um certo modo, os sindicatos no Brasil, especialmente através das centrais sindicais, também participam da elaboração da legislação trabalhista, de órgãos em que há interesse de classe (artigos 10 e 11 da Constituição de 1988) e da concertação social.

O que dificilmente ocorre no Brasil é a participação de entidades sindicais em planos económicos e reestruturação de empresas.

Em Portugal, como na Espanha, a negociação coletiva de trabalho avança em relação ao sistema brasileiro, porque não há poder normativo da justiça do Trabalho.

Por fim, como no Brasil, a Constituição portuguesa estabelece o direito de greve, mas diferente do Brasil, onde a proibição do *lockout* está na lei (art. 17 da Lei nº 7.783/89), em Portugal a proibição é constitucional.

Assim está redigido o artigo 57º:

Artigo 57º - Direito à greve e proibição do lock-out

1. É garantido o direito à greve.
2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito.
3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis.
4. É proibido o lock-out.

Na esteira da liberdade sindical, da negociação coletiva de trabalho e, por consequência, do efetivo direito de greve, ao contrário do Brasil, a Constituição

Portuguesa enfatiza que a lei não pode limitar o direito dos trabalhadores de definir o âmbito de interesses a defender através da greve.

Por fim, como no Brasil, o sistema português prioriza as atividades essenciais.

Considerações Finais

O objetivo do presente trabalho, foi destacar especificamente as regras constitucionais sindicais brasileiras.

O destaque às constituições espanhola e portuguesa, diz respeito, não a um estudo aprofundado de direito comparado, mas apenas demonstrar as diferenças básicas entre os três países.

Fica como conclusão, o sentimento de que neste início de terceiro milênio, o Brasil ainda não alcançou a liberdade sindical, o que já faz parte dos sistemas espanhol e português há mais de trinta anos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. **As Ideologias do Poder em Crise** (trad. João Ferreira). 4ª ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Igualdade e Liberdade** (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7ª ed. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo e CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. (trad. De Marta Guastavino). 4ª ed. Barcelona: Ariel, 1999.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito** (trad. Orlando Vitorino). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** – Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (trad. Alex Martins). São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes** (contendo a doutrina do Direito e a doutrina da Virtude). (trad. Edson Bini). São Paulo: EDIPRO, 2003.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. (trad. Julio Fischer). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis** (trad. Cristina Murachco). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. (trad. Wagner D. Giglio), 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

RUSSOMANO, Mozart. Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STÜRMER, Gilberto. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DERECHOS HUMANOS: EL ARTE COMO MEDIACIÓN**Hernando Blandón Gómez****Introducción**

Colombia vive una intensa y compleja situación en materia de Derechos Humanos. Nuestra cotidianidad incluye términos que señalan los atropellos con que se vulneran la dignidad moral y jurídica de los colombianos: guerrilla, conflicto armado, desaparición forzada, secuestro, paramilitares, desplazados, falsos positivos, asesinato y violencia en sus múltiples manifestaciones.

De acuerdo con las estadísticas proporcionadas por el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (SNARIV), a marzo de 2016 se tiene registro de casi ocho millones de víctimas del conflicto en los últimos 31 años¹. 6,3 millones de desplazados en Colombia es el número que sobresale en el continente y superado, en el mundo, sólo por Siria. El 14% son víctimas de amenazas, homicidio, desaparición forzada y, en menor medida, de secuestro, violencia sexual, despojo y abandono de bienes, lesiones, tortura, reclutamiento forzado de niños y niñas, y atentados. Cifras² que invitan a pensar en el cumplimiento y protección de los Derechos Humanos, a revisar cómo la justicia ampara el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, los derechos políticos y el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ante la violación de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos son garantías inherentes al ser humano que exigen ser estudiadas desde diversos campos académicos, dado que su contenido e interpretación implica aspectos morales, sociales, económicos jurídicos y políticos. Una mirada integral a los mismos no debe olvidar la dimensión histórica y social de la justicia. Sobre este aspecto, Rainer Forst (2014) realiza un interesante análisis sobre la teoría de la justificación³, en el cual analiza dos representaciones de la justicia que exponen sendas formas de entender la justicia social y política. La primera, según Forst, centrada en los bienes, y la otra centrada en el resultado. Finalmente, Forst presenta la teoría

¹Cf. En <http://rni.unidadvictimas.gov.co>. Consultado el 12 de enero del 2016.

²Cf. El Informe del Alto Comisionado de paz, sobre el proceso de paz en Colombia. En <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/comunicados/Documents/proceso-paz-colombia-cartilla-acuerdo-victimas.pdf>. Consultado el 07 de enero del 2016.

³ Cfr. Forst, R. *Justificación y crítica*. 2014. Katz editores. Madrid, 228 p.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
alternativa de Axel Honneth⁴ y su concepción de una eticidad postradicional sustentada en el modelo de Hegel de una lucha por el reconocimiento.

Con otro enfoque, este texto plantea una reflexión sobre los Derechos Humanos, a partir de la Estética y el Derecho. Con esta finalidad, se entiende por Estética la discusión filosófica referida al hecho artístico, con su carga de subjetividad; y se asume que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas de un sistema objetivo. Plantearé mi argumento desde la convergencia de estos dos saberes para construir un puente que permita, a través del arte, la comprensión de la justicia y de los Derechos Humanos. Trataré de responder la siguiente pregunta: ¿cómo el arte puede contribuir a divulgar, incorporar y defender los Derechos Humanos?

En el marco conceptual entre el arte y el derecho, este texto se inscribe en los planteamientos de las “Estéticas legales⁵”. Sabemos que ambos, el arte y la ley, han servido como instrumentos de dominación y exclusión, pero igualmente, podrían hacerlo como instrumentos de conocimiento, emancipación y justicia. De esta forma, vemos que organizaciones como Amnistía Internacional⁶, *Human Rights Watch* o la Coordinación Colombia Europa de ONGs defensoras de los derechos humanos, han logrado concertar este diálogo entre el arte y los Derechos Humanos. Asimismo, pequeñas comunidades barriales en el mundo⁷ trabajan por este encuentro de entendimiento y perdón.

En Colombia las prácticas artísticas elaboran su discurso en relación con la reparación de las víctimas, son mujeres, jóvenes y niños que a manera de catarsis acompañan a los artistas y a los colectivos artísticos para garantizar la no repetición como una propuesta de resistencia y lucha⁸ por los derechos vulnerados de las minorías.

⁴ Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona, Grijalbo, 1997.

⁵ Las estéticas legales son entendidas como un acercamiento entre el arte y el derecho, filósofos y sociólogos han tratado de crear un puente entre estas dos disciplinas articulando las pretensiones éticas en la primera y las pretensiones estéticas en la segunda. Cf. Sierra, J. ¿Qué son las estéticas legales? *Revista Derecho del Estado*. No 32, enero-junio de 2014, pp57-76.

⁶ Amnistía Internacional es un movimiento global integrado por más de 7 millones de personas en más de 150 países y territorios, que actúan para poner fin a los abusos contra los derechos humanos. En: <https://www.amnesty.org/es/>

⁷ Cf. En <http://www.indh.cl/instituto-nacional-de-derechos-humanos-y-museo-de-la-memoria-abrenconvocatoria-al-concurso-nacional-arte-y-derechos-humanos-2015>. Consultado el 15 de enero 2016.

⁸ Cf. El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62 5 diciembre 2011 Original: Español La situación de las personas afrodescendientes en las Américas 2011 Internet: www.cidh.org. Consultado el 17 de enero de 2016.

Es lo que Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon⁹ denominan “la reparación integral” a las víctimas, y que según estos autores requiere la aplicación de cinco elementos:

1. Restitución del derecho, que busca devolver a la víctima a ña situación anterior a la violación de sus derechos;
2. Compensación o indemnización económica por los perjuicios materiales incurridos;
3. Rehabilitación, tanto física como psicológica, por los daños perpetrados;
4. Garantías de satisfacción, que persiguen la verdad, la memoria, las disculpas públicas, la dignidad, la conmemoración de las víctimas, y
5. Garantías de no repetición, que tienen como objetivo lograr cambios en la sociedad y el Estado para que las atrocidades no se vuelvan a repetir, a través del fortalecimiento del Estado de derecho, de la educación en derechos humanos, de reformas institucionales, o del desmantelamiento de organizaciones criminales.

En esta línea de pensamiento, debemos analizar ambas partes, estética y política. Sin embargo, vale aclarar que es el discurso artístico el que nos sirve de excusa para sondear cómo éste interviene para hacer comprender, socializar y defender los Derechos Humanos. Pregunta abierta que invita a cuestionar el papel del arte a través del tiempo, determinar su impacto en la historia de la humanidad, su función social y su rol en el ejercicio estético del poder y la política.

Esta reflexión articula la teoría crítica, en especial los razonamientos de Walter Benjamin en su texto *La obra de arte en la época de su reproductibilidad Técnica* (1936)¹⁰ con las propuestas de algunos movimientos artísticos. Asimismo, reflexiona sobre el pensamiento de filósofos y artistas cuyas obras fragmentan las representaciones del arte, transgreden clasificaciones y escuelas, desplazan paradigmas para crear nuevos espectadores y ciudadanos atentos al discurso plástico, político y social.

1 Walter Benjamin, el filósofo de la imagen

⁹ Uprimny, R., Saffon, M. P. *Repara en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Universidad del Rosario, 2006.

¹⁰ Cfr. Benjamin, W. *La obra de arte en la era de la reproductibilidad técnica* (2008). México: D.F: Editorial Ítaca.

Es complejo construir un puente entre estas dos áreas antagónicas: el derecho, desde la lógica tradicional y la razón; y el arte desde la sensibilidad que permite acceder a encuentros inesperados a través de la experiencia estética. Pensar el derecho y sus prácticas desde un lugar diferente se remonta a la Escuela de Frankfurt. Sus miembros partieron de la crítica a las consecuencias adversas de la modernidad, el capitalismo y los regímenes totalitarios a través de otros marcos de pensamiento más afectivos, estos pensadores consideraron que el arte podría ser el camino para construir una sociedad diferente, más justa, sobre todo, ante la desconfianza probada de la racionalidad como único camino.

A propósito de este pensamiento frankfurtiano, Benjamin, en su texto *La obra de arte en la era de la reproductibilidad técnica* (1936), realiza desde el pensamiento crítico un análisis que va desde la noción de arte hacia el concepto más contemporáneo de visualidad. Benjamin acude a la revisión crítica del pasado para recuperar etapas, para aceptar el presente. En este proceso de recuperación, el autor indaga, confronta, captura en el pasado la huella, la memoria de la explotación, de la exclusión y, en sus palabras, de la barbarie. En esta línea de pensamiento, imagina la reconquista de la justicia para el oprimido, los vencidos y las víctimas como el criterio válido de interpretación de la historia.

En esta exploración, conceptos como exclusión y violencia son entendidos como cualquier acto de injusticia, trazan en la obra de arte un desplazamiento, de lo estético que rinde culto a lo mágico y ritual, al arte como concepto funcional de lo político, en la era de la imagen. Este camino pasa inevitablemente por el concepto benjaminiano de “Aura” y su desmoronamiento; de la idea Nietzscheana de verdad hasta llegar al mundo contemporáneo de los estudios visuales, el de las crisis económicas, del deterioro del medio ambiente y de la globalización, lo que Edgar Morin (2006) denomina el tiempo del proceso de deshumanización y por ende, de los derechos humanos.

Para Benjamin la obra de arte es una categoría de universalidad filosófica. Es belleza entendida como algo necesariamente oculto y ocultador para el observador. Ocultación que conforma una zona mística alrededor de la obra benjaminiana: “La imagen del pasado que amenaza desaparecer con cada presente que no se reconozca mentado en ella” (Benjamin, 1968, p. 255). El arte es esencia, es lo bello, es fundamento divino de la belleza. El autor sostuvo que jamás se ha comprendido una verdadera obra de arte, excepto cuando se ha presentado como misterio.

2 Aura, Dadaísmo y Pop

El concepto de Aura en Benjamin es distancia, velo, misterio, algo esencial de la belleza, de la apariencia. El filósofo revela desde la estética crítica una ruptura en el modo de presentación y representación del pensamiento. Asegura que la aparición de las técnicas de reproductibilidad permite una reconfiguración del mundo social y, asimismo, una crisis que conlleva a una transformación del arte. El arte deja de ser un arte “aurático”, excluyente, en el que predomina un “valor para el culto”, y pasa a convertirse en un arte profano, de carácter social, en el que predomina un valor para la exhibición o para la experiencia.

Mediante la interacción colectiva y masiva de estos elementos tecnológicos, Benjamin predice una democratización de las imágenes, el viraje antropológico hacia una estética de la percepción del siglo XXI, que no se relaciona con el cuerpo “natural” del hombre individual, sino con el cuerpo colectivo devenido históricamente, organizado a través de imágenes. Mediación entre naturaleza y técnica, liberada del dominio. La obra de arte reproducida por las nuevos medios tecnológicos adquiere una función política, está dirigida a la masa, supone inclusión, es interdisciplinar, es diseño, periodismo, reportería gráfica, cine de autor, multimedia, realidad virtual, realidad aumentada y hasta hologramas. Este polidiscurso tecnológico hace posible el giro simbólico, el cambio de la función elitista del arte hacia la función política del arte.

En el siglo XX, el dadaísmo se propuso cambiar la visión establecida del arte. Su reflexión estética permitía asignarle un concepto a una pieza de arte. Para Marcel Duchamp era preciso romper los viejos esquemas, argüía que lo importante en el arte era la idea, el "concepto" de la obra, no la obra en sí, ni los materiales o soportes en los que ésta es realizada. Su propósito fue cuestionar, proponer una reflexión sobre el concepto de arte, de estética y de belleza, tal como lo hicieron los griegos dos mil años antes. Los dadaístas formularon preguntas cruciales para el desarrollo del arte contemporáneo: ¿quién decide que algo es arte?, ¿por qué esto es bello y esto otro no?

3 El fin de la era de lo singular

El artista que agitó la bandera conceptual de Duchamp fue Andy Warhol. El arte Pop presenta dos características: la inclusión de objetos y símbolos de la sociedad de consumo y la propuesta de un giro lingüístico donde las imágenes o los objetos pueden generar una reflexión conceptual acerca de lo simbólico y lo real. El Pop se describe a

partir de la exposición de dos tensiones presentes en el arte contemporáneo: la interna del “mundo del arte” (realismo y formalismo); y la que se establece entre el arte de élites y el arte de masas. Tensiones que conducen nuevamente a la cuestión: ¿qué es el arte?

Pregunta irreverente y provocadora de los dadaístas que el movimiento Pop retomó para advertir no solo el cambio del paradigma estético y el anquilosamiento del arte, sino, también, para provocar el giro epistemológico que influiría, en adelante, en la formación de nuevos patrones estéticos y del gusto. Esta revisión del arte y de sus liturgias decimonónicas, artífices de una ritualidad añeja, expuso la necesidad de repensar en la institucionalidad de la plástica. Warhol, al interesarse en los objetos cotidianos: latas de sopa, cajas de jabón, esponjillas de brillo, etc., derribó el concepto de “intocable” del arte, que ha habido sido develado por Benjamin, y propone un arte en accesible cotidianamente mediante la reproducción seriada de las obras de arte.

Respaldada por el desarrollo tecnológico, esta ruptura da paso a nuevos lenguajes estéticos y al ejercicio de inclusión de la obra de arte del siglo XX, dando comienzo a lo que alguna vez el poeta William Yeats expresó “fundir en una sola imagen realidad y justicia” (Citado en Rorty, 1998). En el libro *Las tres eras de la imagen*, José Luis Brea (2010) presenta el desarrollo histórico de la imagen: Imagen–materia, film y e-image y su incidencia en la sociedad de consumo y el público en general. En este mundo de las imágenes, el arte continua desplegando lo que Brea (2010) ha llamado la promesa de duración, de permanencia contra el pasaje del tiempo, tal vez lo que Benjamin solía nombrar como lejanía y que, en Brea, es lo que instituímos como promesa de memoria que expande lo vivido hacia los otros. Esos otros, los otros que se encuentran en el espacio público de lo político. Al respecto, Hanna Arendt (1964) en el video *¿Qué queda? queda la lengua materna*, señala sobre lo político:

Lo político, entendido como espacio público, debe contar con la pluralidad humana y con un ordenamiento mínimo común. Es a partir del reconocimiento de la pluralidad como un espacio público puede adquirir sentido, pues la vida política sólo tiene posibilidad si cuenta con la diversidad, entendida como libertad política. La aniquilación total o parcial de este espacio implica la pérdida de la libertad, de la espontaneidad y de la manifestación de la individualidad humana. La negación al espacio público en el que el hombre habla y se manifiesta permanentemente suprime, igualmente, la condición de la diferencia individual, llevando al hombre irremediabilmente al aislamiento y a la masa (Arendt, 1964, video).

En la naturaleza de lo público que es lo social, habitan el mundo de las imágenes y lo político, que a su vez tiene que ver con la política, términos opuestos que sujetan la vida social. Este trabajo asume estos dos términos que la teórica política Chantal Mouffe ha definido así:

Concibo «lo político» como una dimensión de antagonismo que considero constitutiva de las sociedades humanas, mientras que entiendo a la «política» como el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad derivada de lo político (Mouffe citada en Bal, 2010, p. 43).

Este recorrido histórico del arte pasa de la reproducibilidad técnica de Benjamin a la era de la reproducibilidad telemática (Brea, 2003, p. 28). En este sentido, cuando se habla de imagen o del arte, también se habla desde la arena virtual y en el terreno de lo público, en donde es posible el disenso, el antagonismo constitutivo y natural que menciona Mouffe. Igualmente, nos referimos a esa sociedad que habita y comparte lo público y lo privado, que se comunica trazando redes de conversaciones con palabras, imaginarios olvidados e imágenes en el circuito dialógico que conforma la cultura. Al discurso del arte y de las imágenes en la arena de lo público en el siglo XXI le corresponde hablar de lo que acontece en lo cotidiano, de lo que se dice en esas redes de conversación sobre las realidades que las habitan y destruyen. El arte pasa de representar el mundo de lo social con sus obligaciones ideológicas con la religión, la tradición y el poder, al mundo de lo público que incluye lo político, a presentar el mundo del disenso donde es posible conversar. Se trata de concebir el arte como posibilitador de discursos opuestos y representaciones creadoras de sentido social y político, en donde se incluyen los Derechos Humanos.

Luis Alberto Matta Aldana en su artículo *Tres consideraciones para entender los derechos humanos en Colombia* (2000)¹¹ afirma que este país tiene el mayor número de acuerdos internacionales aprobados sobre derechos humanos, táctica utilizada por los sucesivos gobiernos para diluir su responsabilidad como régimen político. Corrobora, además, la mala fama que tiene Colombia en materia de derechos humanos, mala fama que organismos internacionales como Amnistía Internacional y

¹¹ Cf. Matta, Luis Alberto. *Tres consideraciones para entender los derechos humanos en Colombia*. 2000. En <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/matta.html>. Consultado el 15 de diciembre de 2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
estudios recientes de Human Rights Watch o de la Coordinación Colombia Europa de ONGs defensoras de los derechos humanos, ratifican.

Así las cosas, se entiende por qué las redes de conversación en Colombia giran alrededor de un lenguaje que salpica de sangre y dolor lo cotidiano. Un lenguaje pleno de términos que sólo enuncian la injusticia social, la desigualdad y la corrupción económica en muchos niveles de la cartografía sociopolítica y cultural del país. Por estas razones, los discursos del arte y de las imágenes podrían dignificar la vida de miles de ciudadanos, al proponer, debatir y presentar clara y críticamente desde las propuestas artísticas un acercamiento real a la vida política, social y cultural que resisten los colombianos. El arte puede mediar para hacer comprensible, a una nueva generación de jóvenes colombianos, atentos y esperanzados, las realidades que delimitan un futuro sin guerra, una identidad latinoamericana, ideas acordes con el momento histórico y con el ejercicio de una ciudadanía activa y contemporánea que logre convertir el sueño de la paz en una realidad.

La sociedad requiere de la sensibilización y formación de nuevas ciudadanías mediante el uso de las imágenes, las nuevas tecnologías y los discursos que el arte y el mundo del diseño podrían proveer para que un país viva en paz. Finalmente, basta recordar que el arte nos mantiene ilusionados, nos hace sentir menos solos, el arte hace visible el dolor, nos ayuda a preciar la totalidad de las cosas, el arte, el diseño y las imágenes son instrumentos para mejorar la condición humana y crear conciencia de nuestros derechos.

Existen numerosos ejemplos de obras de arte que han mediado para la comprensión de los hechos de violencia contra los derechos humanos en Colombia y que realizan un llamado por el cumplimiento de los mismos. Obras que denuncian la violación y la urgente reparación de las víctimas. El rastreo básico muestra cómo un evento mayor como el Holocausto del Palacio de Justicia, en 1985, es registrado en el fotomontaje de Gustavo Zalamea; otra artista que toma el discurso político es Beatriz González¹² y su obra con el presidente Belisario Betancur. Oscar Muñoz¹³, artista caleño, presenta un trabajo sobre las desapariciones forzadas con su obra *Aliento*, en donde siete espejos que al entrar en contacto con la respiración del observador producen

¹² En http://www.elpais.com.co/elpais/sites/default/files/multimedia/fotos/2012/03/_AAA4440.jpg
Consultado el 18 de enero del 2016.

¹³ En <http://www.colarte.com/graficas/Fotografos/Mu%C3%B1ozOscar/MuOMAM76.jpg>
Consultado el 18 de enero del 2016.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

la imagen de la víctima. Doris Salcedo¹⁴, Alejandro Echavarría¹⁵ y otros más, han construido el escenario del arte político que denuncia la violencia en Colombia.

También son muchos los colectivos artísticos que trabajan de manera colaborativa con las comunidades, creando conciencia, educando a las comunidades para el conocimiento y apropiación de los derechos humanos.

4 Experiencias del arte como mediación

Desde hace muchos años Colombia está construyendo la memoria del conflicto a través del arte. La voluntad política del Estado hacia la paz dialogada ha ampliado la creación de colectivos artísticos que con nuevas propuestas ayudan a la comprensión del naciente estadio político. Una de las tareas esenciales es resignificar lo que pasó, para comprender y asumir un país sin guerra y con la participación de otros actores políticos. La mediación del arte en un país que urge del perdón de millones de víctimas, desplazados y desaparecidos, no es una tarea fácil. Enumerar las propuestas de tantos colectivos, corporaciones y organizaciones y sus trabajos no es el objetivo de este texto, sin embargo, para evidenciar cómo el arte y el diseño son mediadores de paz, se relacionarán a continuación la gestión cultural y el compromiso de algunos colectivos artísticos en nuestro país y en nuestra ciudad.

Según datos del Cinep¹⁶, durante los tres años de negociaciones en la Habana (2012-2015) se incrementó el número de movilizaciones por la paz, respecto a las presentadas en el gobierno anterior, con un total de 599 acciones. Medellín vive el arte como mediación. Contamos con la exhibición y presentación de proyectos artísticos representados por numerosas expresiones plásticas: performance, instalación, fotografía, video, documentales, acompañados por proyectos literarios, teatrales en el que se elaboran composiciones multimediales, son utilizados como dispositivos de sensibilización social, en el trabajo artístico comunitario. Son muchas las instituciones gubernamentales como El Museo Casa de la Memoria¹⁷; el Museo de Arte Moderno de Medellín¹⁸; el Museo de Antioquia¹⁹; las Organizaciones no gubernamentales, ONG's

¹⁴ En <https://s-media-cache-ak0.pinimg.com/736x/85/0a/94/850a94b2a7e1f490e4e6fe2283602ad7.jpg>. Consultado el 18 de enero del 2016.

¹⁵ En <http://highlike.org/media/2013/03/jose-alejandro-restrepo-Musa-Paradisiaca.jpg>. Consultado el 18 de enero del 2016.

¹⁶ En <http://territoriosporlapaz.gov.co/> Consultado el 28 de enero de 2016.

¹⁷ <http://www.museocasadelamemoria.org/>

¹⁸ <http://elmamm.org/>

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 como la Red Nacional de Mujeres²⁰; la Corporación La Rueda Flotante²¹; el Colectivo artístico El Cuerpo Habla²²; el Colectivo la Nariz Obrera²³, Cuerpos Gramaticales²⁴ y la RED Territorios por la paz²⁵, por mencionar algunas, buscan resonar en la ciudad con propuestas barriales que logran a través del arte establecer nuevas ciudadanía en las comunidades de la ciudad.

El arte es un lenguaje que ayuda a comprender lo humano que nos habita, ayuda a sensibilizar al otro para ponerse en los zapatos del que sufre una injusticia, completa lo que Martha Nussbaum denomina el “espíritu de las humanidades”(Citada en Sierra, 2014, p.72) que según la autora daría lugar a la comprensión de las diferentes experiencias humanas desde la empatía, es decir, conectarnos con lo que los otros están sintiendo, una pedagogía de la sensibilidad que ayude a equilibrar el ejercicio de la democracia desde la solidaridad y la justicia que incluye un pensamiento crítico, reflexivo, pero absolutamente humanista.

Referencias

- Aguirre, J. (1972). **Iluminaciones II. Tentativas sobre Brecht**. Trad. *Jesús Aguirre*. Madrid: Taurus.
- Arendt, H. (1964). **¿Qué queda? queda la lengua materna**. Video. <https://youtu.be/WDovm3A1wI4> Consultado el 13 de enero de 2016.
- Bal, M. (2010). Arte para lo político. **Revista Estudios Visuales**, (7), 40-66
- Benjamin, W. (2008). La obra de arte en la época de su reproductibilidad Técnica: México: D.F: Editorial Ítaca.
- Benjamin, W. (2015). **El autor como productor**. Madrid: Casimiro Libros.
- Brea, J. L. (2005). **Cambio de régimen escópico del inconsciente óptico a la e-image**. Madrid: Gredos.
- Brea, J. L. (2010). **Retóricas de la resistencia: una introducción** (la potencia de los estudios críticos frente al triunfante “capitalismo antihegemónico”). *Revista Estudios Visuales* (7), 8-13.

¹⁹ <https://www.museodeantioquia.co/>

²⁰ <http://www.rednacionaldemujeres.org/>

²¹ <http://laruedaflotante.blogspot.com.co/>

²² <http://cuerpohabla.blogspot.com.co/>

²³ <https://www.facebook.com/narizobrera.medellin?fref=photo>

²⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=ziS0TvyEni8>

²⁵ <http://www.territoriosporlapaz.gov.co/>

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

Garay, J. L. (2003). En torno a la economía política de la exclusión social en Colombia. **Revista de Economía Institucional**, 5(8), 1-31.

Mitchell, W. J. T. (2009). **Teoría de la imagen**. Barcelona: Akal.

Nietzsche, F. (2013). **El nacimiento de la tragedia**. Madrid: Casimiro.

Optiz, M. & Wizial, E. (2014). **Conceptos de Walter Benjamín**. Buenos Aires: Las Cuarenta.

Rorty, R. (1998). “**Trotsky y las orquídeas silvestres**”, en Pragmatismo y política, Buenos Aires, Paidós.

Sarlo, B. (2000). **Siete ensayos sobre Walter Benjamin**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Sierra, J. (2014). **¿Qué son las estéticas legales? Una aproximación a la noción de “arte y derecho”** Revista Derecho del estado n. 32, enero-junio de 2014, pp 57-76.

Üprimny, R, Saffon, M.P. (2006). **Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión**. Universidad del Rosario, Bogotá.

Vera Barros, T. (Comp.). (2015). **Estética de la imagen. Fotografía, cine y pintura. Walter Benjamin**. Buenos Aires: La Marca.

CONSTITUIÇÃO, COMUNIDADE RESPONSIVA E ESPAÇO LOCAL.

Jacson Roberto Cervi

Considerações Iniciais

O presente estudo buscará fomentar o debate a respeito das possíveis contribuições que uma efetiva valorização do espaço local possa trazer para a concretização de uma democracia participativa, como forma de equacionar as mazelas do Estado Democrático de Direito, em especial no que diz respeito ao meio ambiente.

Como prováveis hipóteses, temos que o Estado Brasileiro, para realizar os direitos sociais, necessita de instrumentos que efetivem o pacto federativo, nos moldes propostos pela Constituição Federal de 1988. Tais instrumentos correspondem ao princípio da subsidiariedade, enquanto busca do empoderamento da sociedade local e as comunidades responsivas, detentoras da ideia de pertencimento inclusivo.

Logo, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas para questão tão complexa, acredita-se que a cooperação e o desenvolvimento de políticas públicas participativas em prol do fortalecimento do espaço local podem contribuir significativamente para a realização dos preceitos do Estado Democrático de Direito. O método utilizado é o dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica.

1 O estado democrático de direito na Constituição Federal e sua relação com a comunidade.

O estudo do Estado confunde-se com o da própria sociedade, à medida que aquele surge enquanto instituição voltada a viabilizar a vida dos homens em comunidade. O conceito de Estado, ao longo da história, sempre esteve ligado à ideia de “monopólio da força”, “institucionalização do poder” ou, ainda, “forma de organização social”, o qual é insuficiente para caracterizar o atual modelo de Estado em todos os seus elementos. Nesse sentido, contemporaneamente, pode-se entender por Estado, “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.” Assim, tem-se uma noção de Estado que engloba todos os seus elementos constitutivos, quais sejam: poder, politicidade e territorialidade. (DALLARI, 1994, p. 101)

Dentre as funções essenciais do Estado Democrático de Direito, enquanto “força nascida da consciência coletiva”, temos a garantia da perenidade do grupo, mediante a imposição de regras de conduta. (BURDEAU, 1977, p. 27-28 e 35)

Com relação às formas de exercício do poder político estatal, cabe um recorte para algumas considerações sobre a democracia. Segundo Alain Touraine, o “espírito democrático” (TOURAINÉ, 2002, p. 11) implica em limitar o poder político por meio da efetivação das garantias constitucionais e jurídicas e responder as demandas da maioria. Para tanto, entende o autor que a democracia deve ser vista de forma tridimensional, cujas faces compreendam: “respeito pelos direitos fundamentais, cidadania e representatividade dos dirigentes.” (TOURAINÉ, 2002, p. 23)

Ao analisar a situação da democracia no caso específico dos países em desenvolvimento onde a “política puramente liberal só poderá produzir efeitos contrários à democracia”, o autor conclui que:

a democratização impõe uma intervenção política, uma gestão negociada das mudanças econômicas e sociais e, sobretudo, uma vontade firme de dar a prioridade à luta contra as desigualdades que destroem a sociedade nacional. É provavelmente no Brasil, país onde os atores sociais estão bem mais constituídos, que esse movimento se consolidará com maior vigor, uma vez que o país tiver saído de uma crise política e financeira, ligada à manutenção parcial do antigo papel do Estado. (TOURAINÉ, 2002, p. 241).

O paradigma do Estado Democrático de Direito possui as condições para resgatar a força integradora do Direito, considerando o caráter público e o privado, não como elementos antagônicos, mas, como “esferas complementares e essenciais uma à outra para configuração do regime democrático”. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 166-168) Neste contexto, não cabe mais aos cidadãos a mera posição de administrados, reivindicadores de serviços públicos, mas uma participação ativa na tomada das decisões estatais através do exercício pleno de seus direitos e deveres para com a sociedade, consagrados pela democracia.

Em outras palavras, a concretização da norma exige estratégias de efetivação no aspecto formal, considerando-se a democracia muito mais do que a vontade da maioria. Para isso, Antônio Carlos Wolkmer, aponta a necessidade de uma nova organização do espaço público, adoção de uma ética da alteridade, além de uma racionalidade emancipatória (Wolkmer, 1994, p. 222), como condições para a concretização desse desiderato, destacando que:

Efetivamente, a terceira condição geral para pensar e articular um novo pluralismo de dimensão política e jurídica é viabilizar as condições para a implementação de uma política democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza um espaço comunitário centralizado e participativo. (Wolkmer, 1994, p. 222)

Porém precisamos ter consciência de que tal busca não se restringe a atacar um ou outro setor, mas de uma ação conjunta e permanente, envolvendo os mais diversos setores sociais, pois:

Precisamos, enfim, formular o princípio espermático da ação política. A ação política não é dotada da mesma eficácia da ação física, onde cada martelada, quando bem aplicada, enterra um pouco mais o prego. E não é somente porque, em política, pensamos estar demolindo muros quando acreditamos estar afundando pregos. É porque a eficácia política, como a eficácia biológica da sexualidade, necessita de incontáveis esforços infrutíferos, de desperdícios inauditos de energia e de substância vital para chegar finalmente a uma fecundação. (Morin, 2010, p. 69)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito, com poderes emanados do povo, mediante a eleição direta de representantes, fundado nos princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, conforme artigo 1º da CF/88. (BRASIL, 2008, p. 3)

Além disso, alcança-se uma gama de direitos e garantias sociais sem precedentes na história brasileira. Fruto de movimentos sociais, a nova Carta Política representou, além da restauração do Estado Democrático de Direito, a superação do pensamento liberal do Estado mínimo em nome de uma maior proteção ao direito à vida, à liberdade, à igualdade e à participação social. A CF/88 representou uma redefinição radical do sistema brasileiro de proteção social, passando a adotar o modelo redistributivo, afastando-se do modelo meritocrático-conservador. (CASTRO, 2009, p. 18-19 e 30)

Outra questão fundamental é a que diz respeito à positivação constitucional dos direitos fundamentais. Maria Paula Dallari Bucci, analisando o contexto brasileiro, afirma que “seria absolutamente frustrante do ponto de vista político, aceitar a inexequibilidade dos direitos sociais” (BUCCI, 2006, p. 10). Isso porque, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), além de conter extenso rol de direitos sociais (arts. 6º e 7º), definindo inclusive os modos ou estruturas básicas de concretização de tais direitos (arts. 193-232), o fez na tarefa de redemocratização do Estado brasileiro. Diante disso, do ponto de vista jurídico, a negação dos referidos direitos, implica tornar inócuo o

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
próprio qualificativo de “Estado Social de Direito”, firmado pelo artigo 1º da CF/88.
(BUCCI, 2006, p. 10)

O Título II da CF/88, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, contempla tanto direitos individuais, a exemplo da igualdade, liberdade, livre manifestação do pensamento e direito à propriedade, quanto direitos coletivos como o de livre associação, proteção do consumidor e direitos sociais a exemplo da educação, saúde, trabalho, segurança, lazer, dentre outros. (BRASIL, 2008, p. 4)

Não obstante essa previsão inicial, o direito ao desenvolvimento e os direitos sociais se encontram melhor explicitados nos títulos VII (Da ordem econômica e financeira) e VIII (da ordem social) da CF/88, respectivamente. Dentre os princípios gerais da atividade econômica, constantes no artigo 170 da CF/88, destaca-se a valorização do trabalho humano, a propriedade, a livre iniciativa e concorrência, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros, visando assegurar a todos existência digna. Como disposição geral da ordem social, o artigo 193 da CF/88 prescreve como escopo da mesma o primado do trabalho com objetivo de alcançar o bem-estar e a justiça social. (BRASIL, 2008, p. 116 e 125)

Essa breve referência a alguns dispositivos constitucionais, justifica-se na tentativa de demonstrar o fato de que, embora a CF/88 trate o direito ao desenvolvimento e os direitos sociais como complementares entre si, de mesma hierarquia, o que se percebe na realidade é uma frequente dissonância entre os mesmos, vistos como incompatíveis. Porém, isso resulta de uma concepção de desenvolvimento ultrapassada, fundada apenas no aspecto econômico.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau realiza um estudo da ordem econômica na CF/88, através de uma hermenêutica sistemática e crítica. Entende o citado Autor que os dispositivos constitucionais pretendem a busca de implantação de uma nova ordem econômica, cuja compreensão extrapola o conteúdo do Título VII, exigindo uma interpretação integrada e contextualizada do texto constitucional, que leve em consideração os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, os princípios da República Federativa do Brasil e da ordem econômica, por exemplo. Para Grau, (2006, p. 194), “por certo pode, a ordem econômica na Constituição de 1988 – Constituição dirigente, dinamismo – instrumentar a busca da realização, em sua plenitude, do interesse social.”

Nesse particular, os autores divergem a respeito da posição da Constituição Federal de 1988, ora defendendo que ela tende mais ao público/estatal ora ao privado. A cultura jurídica brasileira, tradicionalmente arraigada ao pensamento liberal e privatista, consistiu em entrave à concretização de uma nova ordem econômica. Porém, essa forma de pensar vem dando sinais de esgotamento, principalmente no Direito Constitucional contemporâneo, graças a inclusão das ideias de Constituição dirigente e, mais recentemente, do constitucionalismo comunitário. Para o constitucionalismo comunitário, portanto, o processo de concretização da Constituição, enquanto efetividade de um sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público. (CITTADINO, 2004, p. 21)

Diante desse quadro, alguns desafios se apresentam ao Brasil de hoje, no que diz respeito à efetividade dos direitos sociais garantidos na CF/88. Nesse aspecto, destaca-se a necessidade de conciliação do crescimento econômico com a distribuição de renda. No século XX, o grande crescimento econômico vivido pelo país entre os anos 1950 e 1970 esteve associado ao aumento das desigualdades e da exclusão social.

A relação da política social com o desenvolvimento revela-se ao menos em três enfoques interconectados, porém autônomos:

1) o dos direitos sociais como entitlements - instrumentos que objetivamente propiciam a inclusão social, dotando o cidadão de poderes e capacidades, e protegendo-o dos riscos; 2) o da política social como forma de redistribuição de renda e oportunidades – reduzindo as desigualdades entre famílias e regiões, induzindo investimento produtivo para tal tarefa; e, 3) o enfoque do gasto social público e seu papel de indutor de demanda efetiva e de sentido anticíclico na baixa conjuntura – que foi flagrantemente testado durante a crise econômica no início de 2009. (CASTRO e RIBEIRO, 2009, p. 67)

Se é verdade que o Brasil avançou na direção da implementação de um modelo de desenvolvimento mais sustentável e inclusivo, muito ainda há que ser feito para que possamos sentir os benefícios dessa política. Daí resulta a vital importância do Estado enquanto instituição com poderes para definir e orientar políticas públicas e dar eficácia integral à Constituição, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais nela previstos. Nesse mesmo sentido, tarefa essencial cabe às universidades, iniciativa privada, ONGs e sociedade civil como um todo na participação deste processo, enquanto formadores de opinião e controladores do poder estatal através do exercício da cidadania.

Pode-se, então, afirmar que o “Estado paternalista gera um cidadão dependente, não crítico, passivo, apático e medíocre.” (GORCZEVSKI, 2010, p. 3022) Nesse sentido, Lapierre leciona que:

A definição mais restrita de Estado é de um poder político institucionalizado e não individualizado: os que o exercem não o fazem por qualidades ou predisposições individuais (eleição divina, carisma, etc.), mas segundo regras de procedimentos consuetudinários ou constitucionais, que não dependem de sua vontade pessoal. O conceito de Estado de direito implica a institucionalização do poder. (LAPIERRE, 2003, p. 101)

Portanto, considerando que a participação requer a implementação de um novo modelo de Estado fundado na inclusão social, bem como de regras jurídicas dialogadas e não impostas, cuja efetividade exige transformações profundas, conforme visto, conclui-se pela necessidade do desenvolvimento de uma consciência cívica a ser alcançada através de uma “democracia participativa e dialogada.” (LAPIERRE, 2003, p. 111) Contudo, tal modelo de gestão pública requer uma forma de atuação mais descentralizada, a qual, no atual cenário político brasileiro, poderia ser alcançada mediante a instituição de políticas públicas que valorizem a participação cidadão em âmbito local.

2 O princípio da subsidiariedade na perspectiva horizontal e a comunidade responsiva

O princípio da subsidiariedade guarda estreita relação de dependência com o comunitarismo, em especial na sua dimensão administrativa interna horizontal. A concretização do comunitarismo passa pela observância do princípio da subsidiariedade, o qual, por sua vez, somente será alcançado mediante uma maior participação social nas decisões estatais. A relação entre o princípio da subsidiariedade e o comunitarismo resta evidente, à medida que ambos buscam valorizar o espaço local e estabelecer correlações entre comunidades e indivíduos. Nesse sentido, Baracho Júnior leciona:

A correlação entre comunidades, grupos e o modelo individualista pode configurar os tipos de relações na sociedade. Essa reflexões prévias, antecipatórias do tema, em suas particularidades, realçam o papel do governo e do governado, através da configuração da cidadania, da racionalidade das decisões públicas, do interesse local, com incursões na temática da subsidiariedade, liberdade, federalismo, democracia pluralista, equidade e indivíduo. (BARACHO JUNIOR, 1996. p. 2)

Além disso, ainda seguindo os ensinamentos do Autor supracitado, a aplicação de tal princípio implica que “todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas à coletividade.” (BARACHO JUNIOR, 1996. p. 31) Essas competências continuam a ser controladas pelo Estado, de forma democrática e participativa.

Nesse aspecto, as teorias comunitaristas podem servir de instrumento para a conciliação dessas intersecções, à medida que contém ideias como a de pertencimento inclusivo, a qual requer uma noção mais ampla de cidadania, bem como de solidariedade, a qual também pode ser muito útil para a superação da dicotomia individualismo e estatismo. Nesse cenário, percebe-se também que ao Estado não mais cabe apenas a função de coator, mas também e principalmente, uma função promocional dos direitos e garantias fundamentais e indutor de políticas públicas.

Não obstante a singular contribuição de Autores comunitaristas, distribuídos nas diversas matrizes teóricas, tais como Thomas More, Zygmunt Bauman e Robert Putnam, foi na década de 1990, nos EUA, que emergiu a mais importante expressão do comunitarismo contemporâneo, sob a perspectiva do *comunitarismo responsivo*. Amitai Etzioni (1929 – nome originário: Werner Falk), apresenta sua teoria como uma terceira via, confrontando social conservadores e liberais individualistas. Para o Autor, a sociedade comunitarista tem como finalidade e ideal a construção da boa sociedade, assim compreendida “aquela em que as pessoas se tratam como fins e não como instrumentos para atingir outro fim.” (ETZIONI, Amitai., 2000. p. 41)

Segundo Etzioni, essa terceira via, consiste em cultivar o desenvolvimento de comunidades, vendo o Estado como possibilitador e catalisador. Assim, os procedimentos e políticas públicas existentes devem ser revisados periodicamente para assegurar que a renovação e a manutenção das comunidades existentes não estejam sendo prejudicados e para garantir que proporcionem o desenvolvimento comunitário nos níveis local, regional e social. (ETZIONI, Amitai, 2000, p. 41)

Ao apontar o equilíbrio entre Estado e mercado como um dos imperativos da boa sociedade, o Autor desenvolve um novo paradigma, ora denominado *paradigma sociopolítico*, ora de *paradigma deontológico* ou *paradigma eu e nós*. A base desse novo modelo de sociedade reside mais na voz moral do que na coerção.” (ETZIONI, Amitai, 2000, p. 43)

A boa sociedade fomenta tanto as virtudes sociais como os direitos individuais. Mais do que a maximização de ordem e autonomia, a boa sociedade deve buscar um equilíbrio (dinâmico) entre ambos, o que deve ser buscado através da fixação de responsabilidades morais (obrigações não impostas pela coerção), vistas como virtude social. A velha regra de ouro acentua a importância do lado social, enquanto a nova regra de ouro busca o equilíbrio entre ordem social e individual. (ETZIONI, Amitai, 2000, p. 18)

De todo o exposto, pode-se verificar que o comunitarismo responsivo hoje pode ser visto como uma filosofia de realização do princípio da subsidiariedade. Contudo, no caso específico do Brasil, o contexto de exclusão social e a nossa história, não são fatores que contribuem para a inserção do comunitarismo. A tradição do Estado brasileiro é de pouca expressão cívica, o que faz, até mesmo de governos populistas, adotarem políticas autoritárias. Por isso, em nome de um desenvolvimento mais sustentável e homogêneo, faz-se premente a instituição de políticas públicas mais democráticas e descentralizadas, que fomentem a participação, menos clientelistas e assistencialistas e mais de engajamento cívico.

A atual hermenêutica constitucional, afasta qualquer possibilidade de Estado centralizador ou de democracia limitada à representatividade. Devemos sempre adotar uma postura de buscarmos estabelecer, cada vez mais, as conexões entre os direitos, considerando o privado parte do público, o Estado parte do cidadão e vice-versa. Para tanto, indispensável ao jurista o abandono de velhos conceitos cartesianos, abrindo-se a uma nova perspectiva, a um novo paradigma que requer mudança de pensamento e da própria cultura jurídica tradicional.

Diante dos avanços e retrocessos, provocados pelos conflitos entre o velho e o novo, os direitos fundamentais consistem no grande legado dessa nova ordem moral que surge do imaginário da sociedade moderna, enquanto instrumento de valorização dos indivíduos, seja como pessoa ou enquanto membros de uma coletividade, sujeitos de direitos, os quais podem ser contrapostos inclusive contra o próprio Estado, fruto de uma relação horizontal e não mais hierárquica. (TAYLOR, 2010, p. 167)

No Brasil, a Constituição de 1988 inovou ao atribuir ao Município uma posição de destaque, sendo esse um ente fundamental para a valorização das comunidades. Assim, as políticas públicas, como forma de empoderamento social local, devem ser pensadas sob a perspectiva do princípio da subsidiariedade, mais especificamente, na sua dimensão horizontal. Isso implica em permitir não apenas que os municípios

desenvolvam suas capacidades para desempenhar sua autonomia constitucional em nome do interesse local, mas também no Estado assumir seu papel de indutor de tais políticas e permitir que a sociedade civil organizada atue para concretizar os direitos sociais, dentro das suas possibilidades, como forma de gestão participativa. Porém, resta definir o que cabe à sociedade e o que deve permanecer como competência estatal.

Na configuração dessas competências, entre a ação do poder público maior e os grupos intermediários, aparecem entidades naturais como contexto social, como a família, bem como entidades necessárias as associações profissionais e ao município, entidades essas necessárias à vinculação de seus membros, com a preservação de uma esfera de ação própria. Considera-se aí o município como entidade intermediária em cujo núcleo aparece o homem, possibilitando a satisfação das necessidades comunais prioritárias e públicas. Lembra Dromi que a polis, entre os gregos, era considerada como a sociedade perfeita, caracterizada pela autossuficiência, isto é, autarkeia, distinguindo-se qualitativamente dos demais grupos sociais. Como titular natural das competências locais, possibilita a integração do indivíduo no corpo social municipal. O Município é tido como a forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado. (BARACHO JÚNIOR, 1996, p. 51)

O fomento de políticas públicas de participação local, enquanto forma de concretização pacto federativo trino, deve incentivar o desenvolvimento dos instrumentos de participação e controle popular, previstos na CF/88, a exemplo do plebiscito, audiência pública, consulta popular, conselhos consultivos, orçamento participativo, dentre outros. Esses instrumentos característicos do Estado Democrático de Direito, atualmente, se encontram prejudicados pela burocratização da máquina estatal e também pela restrição da democracia à representação e ao exercício do voto. A participação social, além de conceder maior legitimidade as decisões governamentais também tem a função de qualificar a atuação da administração pública.

Ao dividir o poder decisório com os cidadãos, está-se diante de um mecanismo otimizador da gestão da coisa pública, eis que induz os representantes a agirem com maior transparência, a fim de desenvolver as funções sociais da cidade como um todo, garantindo o bem-estar de seus habitantes, tomando decisões mais afinadas ao interesse da cidadania, bem com aumentando o controle social do poder político. (SANTIN, 2010, p. 427)

Contudo, para que o modelo de democracia participativa funcione, necessários a observância de alguns princípios, com destaque para: a) dever da administração pública de informar os cidadãos sobre atos praticados; 2) dever dos órgãos públicos discutir com a população questões mais relevantes; 3) promoção de uma cultura da participação;

4) desenvolvimento de uma consciência coletiva de pertencimento; e, 5) reconhecer e valorizar o papel das associações e grupos de cidadãos no desenvolvimento local. (OLIVEIRA, 2005, p. 32-34)

Por sua vez, esses princípios essenciais, para serem efetivados, requerem algumas ações e medidas que visem favorecer a participação cidadã, tais como: A) educação para a cidadania; B) transparência das instituições; C) adotar uma política de comunicação; D) avaliar o funcionamento do sistema eleitoral local e sanar eventuais defeitos; e E) utilizar as novas tecnologias de informação e comunicação. (OLIVEIRA, 2005, p. 39)

Além de políticas públicas de fomento à participação dos cidadãos na gestão pública, como forma de empoderamento local, outra medida prática em prol da realização da autonomia dos municípios e da realização do princípio da subsidiariedade, pode ser encontrada em instrumentos de governança cooperativa, a exemplo dos Coredes (Conselhos Regionais de Desenvolvimento), Comudes (Conselhos Municipais de Desenvolvimento), os consórcios intermunicipais, convênios e associações.

A literatura contemporânea aponta que a cooperação entre pessoas, organizações sociais, empresas ou governos tem sido uma prática utilizada ao longo da história do homem. Problemas que individualmente não são resolúveis encontram na cooperação a energia necessária para serem enfrentados. Assim, entende-se que a cooperação intermunicipal pode ser considerada uma alternativa viável para o desenvolvimento e execução de projetos e ações nos quais por exemplo, os pequenos e médios municípios, de forma isolada, não teriam estrutura técnica e financeira para viabilizar sua implementação. (DALLABRIDA, 2010, p. 373-374)

A inovação desse pensamento, localizado entre as posturas procedimentalistas e substancialistas, reside exatamente na preocupação em não transformar a democracia participativa em uma verdadeira ditadura da maioria, onde a vontade dos grupos hegemônicos sempre prevaleceria. Busca-se, com isso, garantir a inclusão das minorias no espaço público, bem como evitar retrocessos, através dos limites impostos pela Constituição, mais especificamente, pelos direitos fundamentais.

O que se está tentando afirmar é de que carecemos de mais democracia. Ao contrário do que alguns teóricos mais conservadores acreditam, de que a única democracia viável é a representativa, John Dewey entende que os problemas da participação direta da comunidade apenas podem ser superados com mais democracia. Ao diferenciar a democracia como ideia de vida social da democracia política, o autor

entende a primeira como sinônimo de vida comunitária, ao ponto de afirmar que: “a clara consciência de uma vida comunitária, com todas as suas implicações, constitui a ideia de democracia.” (DEWEY, 2004, p. 138)

Estudo sobre o tema revela que, embora os direitos de participação estejam, via de regra, consagrados nessas democracias, apresentam problemas na sua concretizações tais como a necessidade de consagração do dever legal de informação, a limitação da renovação de mandatos, disposição de meios necessários para o exercício das atividades pelos grupos municipais, dentre outros. (OLIVEIRA, 2005, p. 150)

Enfim, além do necessário amadurecimento dos instrumentos e processos de participação cidadã e de definição de políticas públicas, há que se pensar na promoção de uma cultura da democracia participativa local. Tal construção somente será possível se houver uma redefinição do papel dos municípios no federalismo brasileiro, na perspectiva do princípio da subsidiariedade e da visão comunitarista, tanto no que diz respeito a relação desses entes federados com os demais, bem como com a comunidade local.

Considerações Finais

O Estado Democrático de Direito Brasileiro objetiva a realização da justiça social através da garantia da vigência e eficácia dos direitos fundamentais e pela superação das desigualdades. Contudo, para se alcançar a efetividade desse princípio democrático, além de desestimular comportamentos tradicionalmente aceitos pela sociedade, individualistas, que comprometem sobremaneira o coletivo, o Estado deve buscar uma relação mais horizontal, seja com os demais países, entre seus entes federados ou ainda com os cidadãos.

O princípio da subsidiariedade sempre subentende observância aos princípios constitucionais, como forma de controle da ação local. Consiste num princípio em fazer localmente o que a Constituição preceitua e não apenas agir conforme vontade da maioria. Exige a definição mais abrangente do espaço local e que os municípios deixem de ser meras instâncias de repetição das ações dos demais entes. Assim, a observância do princípio da igualdade, para combater as oligarquias e garantir a democracia local, surge na concretização do princípio da subsidiariedade.

Tal princípio, principalmente na sua dimensão horizontal, se identifica também com a filosofia comunitarista, em especial com a matriz do comunitarismo responsivo, à

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
medida que ambos cobram uma atitude mais ativa do cidadão e valorizam o local. Além disso, suas premissas constituem as características de um federalismo trípulo, cooperativo e municipalista, nos moldes sugeridos na Constituição Federal de 1988, no qual cabe ao Estado a função de promotor e indutor de políticas públicas participativas, em prol de uma gestão pública eficiente e compartilhada, onde o público e o privado sejam convergentes e a sociedade e o Estado, ao invés de se contrapor se complementem.

Contudo, o principal desafio hoje é solucionar o paradoxo entre intervenção e não intervenção, gerado pelo princípio da subsidiariedade. Nesse contexto de incertezas, carecemos de maior referencial teórico sobre o municipalismo brasileiro para definir quando se verifica a necessidade de intervenção do estado e quando há capacidade dos atores sociais em atuarem em defesa de seus próprios interesses. Contudo, resta a convicção de que a realização plena do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais não pode prescindir da valorização e da cooperação comunitárias.

Referências

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo, Saraiva. 2008.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Publicações Europa-América, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CASTRO, Jorge Abrahão; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: **IPEA**. Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos de Constituição Federal. Brasília: IPEA, 2009, 3 vol. P. 17-73.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4ª ed. Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

CORRALO, Giovanni. **A democracia participativa nos municípios brasileiros.** Ricardo Hermany (org.). Empoderamento social local. Santa Cruz do Sul: Editora IPR. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DALLABRIDA, Valdir Roque; Et al. **Gestão Pública Descentralizada e Estruturas Subnacionais de Gestão do Desenvolvimento:** Consórcios Intermunicipais de Desenvolvimento e sua necessária integração às estruturas de governança regional. Ricardo Hermany (org.). Empoderamento social local. Santa Cruz do Sul: Editora IPR. 2010.

DEWEY, John. **La opinión pública y sus problemas.** Madrid: Ediciones Morata, 2004.

ETZIONI, Amitai. **La Tercera Vía hacia una buena sociedad.** Propuestas desde el comunitarismo. Madri: Minima Trotta, 2000.

ETZIONI, Amitai. **La nueva regla de oro:** comunidad y moralidad em uma sociedad democrática. Barcelona e Buenos Aires: Paidóis, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros Ed. 2014.

GORCZEWSKI, Clóvis e Luciana Turati. Los espacios de participación política e de deliberación en la protección de los recursos hídricos: un recorte desde de los comités de cuencas hidrográficas en Rio Grande do Sul. IN: **Políticas Públicas Ambientais.** Álvaro Sanchez Bravo (Editor). Sevilha, Espanha: ArCiBel Ed., 2008. p. 239-279.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política.** Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada.** Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo.** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis RJ: editora Vozes, 2010.

OLIVEIRA, Antônio Cândido de. **A democracia local** (aspectos Jurídicos). Coimbra: Coimbra Ed. 2005.

SANTIN, Janaína Rigo. **Poder Local e Gestão Democrática Municipal:** Uma análise a partir da teoria do discurso de Jünger Habermas. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. Ricardo Hermany (org.). Empoderamento social local. Santa Cruz do Sul: Editora IPR. 2010.

TAYLOR, Charles. **Imaginários Sociais Modernos.** Trad. Arthur Morão. Lisboa: Texto e Grafia. 2010.

TOURAINÉ, Alan. **O que é a democracia?** 2.^a ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. IN: **WOLKMER**, Antônio Carlos; **LEITE**, José Rubens Morato (Orgs). Os “Novos” direitos no Brasil natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2003.

A TRAJETÓRIA DE WARAT E A INFLUÊNCIA DE KELSEN PARA UMA CONCEPÇÃO DE MEDIAÇÃO NA OBSERVAÇÃO DO DIREITO

Leonel Severo Rocha

Sheila Marione Uhlmann Willani

Considerações Iniciais

Buscando ampliar fronteiras e dar contribuições que provoquem os movimentos da alma no caminho da paz, prima-se por estruturas abertas, receptivas ao novo, ao diferente, ao inigualável, a alteridade. Para isso, mergulha-se nos sentidos humanos, nos valores sociais (morais e éticos), individuais e plurais, num Direito que possa refletir justiça e, significar não apenas respostas para uma sociedade conflitiva, mas apresentar caminhos para que se possibilite a conquista da solução para seus desentendimentos interpessoais. (WARAT, “O ofício do mediador”, pg. 191)

A possibilidade de se ditar um “ideal” normativo, que abarque toda a população mundial, para reger o comportamento humano, é equivocada, mas esperar uma conduta unanime de paz e de equilíbrio nas relações entre eles para que se dê a continuidade da espécie, sua qualidade na reprodução, recepção e estabilidade para a mesma sim, é correta. Por esse motivo, podemos dizer que a raça humana ainda encontra-se numa fase inicial em face de sua forma de se comunicar: onde encontra vários meios de fazê-la, no entanto, encontra dificuldades para se expressar por meio destas.

A teoria Kelseniana é de grande relevância para os estudos jurídicos, auxiliando na percepção do que se encontra ao buscar pelo rito tradicional processual. Ou seja, a estrutura Jurídica dá respostas (regras e normas) ao meio de agir social, no entanto, quando se depara a peculiaridades na prática dessa ação, fica a mercê de julgamentos sob a perspectiva moral e ética de outras pessoas. Essas pessoas (denominadas como Juizes, promotores e estudiosos) buscam encaixar assim, uma resposta que entendem como mais adequada ao caso em comento, não dando vazão aos motivos ou sentimentos percebidos no momento do ato, deixando o acusado sem a expressão de sua visão dos fatos, apenas o que consta no papel e que foi externalizado por um defensor (3ª pessoa =

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 sem participação ou vínculo afetivo) é que tem valor. O importante é a implantação e a imposição das normas e regras.

Interpela-se aí pela importância da comunicação, da conversação, das estruturas que se colocam à disposição, abertas a escutar o que os partícipes de um conflitos social, familiar ou não, tem a dizer, dando a oportunidade de expor os fatos segundo sua ótica, seu conhecimento e compreensão.

A teoria Waratiana canaliza a expressão do ser em seus atos e palavras, dando ao Direito uma brecha para uma opção distinta do tradicional. Ela flexibiliza o entendimento dando margem para a singularidade, ao Direito Natural.

1 O princípio

A Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires foi o palco argentino da formação jurídica de Luis Alberto Warat, inclusive onde ele realizou o seu Doutorado entre 1969 e 1972. Este acontecimento é muito importante, e deve ser levado sociologicamente em consideração, pois, este período, maio de 68, coincide com o início de seu curso de doutoramento. Nesta época, emerge na França uma revolução cultural que denunciava, sobretudo, a crise da universidade. Durante o seu doutorado ele vivenciaria existencialmente esse movimento que derrubou o método de ensino tradicional no ocidente.

Não é sem motivo, então, o fato de que muitos dos eventos que nós realizamos, traziam como temática reflexões sobre Maio de 68. Realmente foi um momento de grande significado, onde se propôs o questionamento do ensino tradicional. Nesse percurso, se colocou a importância do prazer, do desejo e da criatividade na sala de aula. Ou seja, Warat é alguém que, na América Latina, percebeu imediatamente esse movimento, que chegaria ao Brasil, como se sabe, muito tempo depois. Claro, um dos motivos pelos quais existiu certa demora foi porque, neste período o Brasil vivia uma ditadura militar.

Esse é um dos motivos-chaves para se entender a vida de Warat (e de toda uma geração). O Brasil em 1964 teve uma ditadura militar, e, posteriormente, a Argentina também sofreria com alguns períodos de ditadura. O importante é que o mundo inteiro estava passando por um movimento, uma mudança cultural, muito forte, e, Warat percebeu isto com uma rara lucidez, apesar dos mecanismos de censura que todos

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
conhecemos. Ele teve a perspicácia e a coragem de mesmo nesses momentos produzir um pensamento crítico.

2 Em Buenos Aires

Luis Alberto Warat durante o seu doutoramento na Universidade de Buenos Aires sofreu forte influência da Filosofia Analítica. Warat, inicialmente, foi orientado por *Ambrosio Gioja*, que era um professor extremamente rigoroso e formalista, sendo que depois de sua morte Warat passou a ser dirigido por Roberto José Vernengo. Os dois professores orientadores tinham uma postura extremamente distanciada dos alunos, sendo tidos por Warat como sendo muito esnobes.

Esse tipo de Professor iria marcar profundamente Warat, que sempre teceu fortes críticas a esse modelo docente, as vezes ocultas, as vezes mais declaradas. Warat discordava drásticamente da metodologia de professores que ministram suas aulas magistralmente, e exigiam que os alunos apenas seguissem o que eles determinassem.

Assim Warat vai formular toda uma proposta pedagógica, que, no começo, consistiria em uma forma de compreensão e experiência do mundo, na medida em que ia, dialeticamente, negando os professores mais importante que teve. A Faculdade de Direito de Buenos Aires, coloca um ponto de partida para entender Warat: um grande conhecimento de filosofia analítica, do normativismo, na linha de um autor chamado Hans Kelsen. Embora, em seus estudos, nos últimos anos de seu doutoramento, inicie o declínio da filosofia analítica, que surge, principalmente, com as críticas de Alf Ross.

O realismo jurídico demonstrou que a teoria normativista era insuficiente para explicar o Direito, pois deixava de lado a sua função social. O marxismo também levantou os comprometimento ideológico da Analítica. A partir deste instante na Argentina houve um espaço para estudos sobre a linguagem na linha do segundo Wittgenstein e da Semiologia. Neste contexto, não é por acaso que Warat vai desenvolver sua tese sobre Semiótica Jurídica¹.

A tese de doutorado waratiana naturalmente seria sobre Semiótica e Direito. A Semiótica poderia ver vista como uma metodologia crítica do ensino do Direito. Começa a surgir então uma questão muito forte: se o ensino do Direito baseado na analítica é um ensino conservador e dogmático, talvez aí esteja o problema. O problema

¹ O livro “O Direito e sua Linguagem” publicado em Porto Alegre pela SAFE em 1984, com a nossa colaboração, resume essa questão.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 está no ensino. É preciso mudar o ensino e com isso surge a idéia da ALMED - Associação Latino Americana de Metodologia do Ensino do Direito- uma associação voltada a crítica da Epistemologia dominante no Direito. Uma teoria que hoje se aproxima muito daquela do Warat é a de Humberto Maturana. Para este último, criador da teoria da autopoiese, para quem o centro de todo interesse na comunicação é a aprendizagem. A questão relevante reside em se questionar: Como aprender? Assim a metodologia de ensino é o caminho para se repensar a aprendizagem e a partir daí produzir condições de mudança na vida das pessoas. Essa era a idéia que o Warat trazia sempre, por meio da ALMED, centrada no ensino, sendo a linguagem a forma da crítica.

3 Warat no Brasil: a partir de Santa Maria

Warat, Doutor, vai ao Rio de Janeiro, convidado por Joaquim Falcão, para ministrar um curso na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ. Por motivos pessoais e políticos decide fixar residência no Brasil. Depois de alguns trabalhos terminou indo para UFSM em 1977 (provavelmente pela proximidade com a Argentina). Em Santa Maria em 1979, organizou no sul do Brasil, um encontro onde já figuravam grandes nomes como, o próprio Joaquim Falcão, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Aurélio Wander Bastos, e outros, que culminou com a fundação da Almed no Brasil. Posteriormente ocorreu um encontro na cidade de Santo Angelo, com a criação do núcleo missioneiro.

4 Em Florianópolis

No final dos anos setenta estavam sendo criados no Brasil os primeiros Programas de Mestrado em Direito, conforme as exigências da Capes, e um dos primeiros foi o da Universidade Federal de Santa Catarina. Contudo, na época enfrentava-se um grande problema para constituir o corpo docente desses programas. Tratava-se do pouco número de doutores no mercado. Assim, quando se ficou sabendo que Luis Alberto Warat, residia no Brasil e em Santa Maria, imediatamente, o coordenador do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Prof. Paulo Blasi, foi buscá-lo e ele, terminou assumindo como professor de Filosofia do Direito.

5 Reencontro com Kelsen

Warat decidiu fazer o concurso para professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina. Nessa oportunidade, o tema indicado por Warat, para a apresentação de sua tese foi: "Reencontro com Kelsen". Convém mencionar que Kelsen se tornou um autor emblemático porque, de alguma maneira, quando Warat criticava o Direito, também estava criticando o modelo kelseniano. Obviamente nem todo jurista pensa como Kelsen, mas Warat sempre criticava a dogmática como se fosse inspirada no autor da Teoria Pura do Direito. Esse "Reencontro com Kelsen" foi uma maneira que ele encontrou para apresentar a sua tese e, ao mesmo tempo, retomar esse debate. Uma das coisas que nós pensamos na época e depois Warat conseguiu realizar, foi fazer o "Kelsen em quadrinhos". A partir daí, começou em Florianópolis, um movimento que já existia na Europa, mas ali se tornou muito forte, assentado numa idéia de crítica do Direito. E para se referir a isso de modo mais criativo e até bem humorado, Warat se utilizaria, mais tarde, da idéia dos "pingüins". Dizia que o sonho de todo estudante de Direito era se tornar o que já são os profissionais da nossa área: "pinguins". Todos iguais, sem desejos, sem vontades, uma padronização, além de tudo, estética.

A crítica waratiana a Kelsen foi sintetizada no texto denominado por ele de Pureza do Poder², onde afirmou que a Teoria Pura do Direito não conseguir realizar o sonho impossível de uma ciência do Direito, pois continuava ligada a política e a ideologia e até a aspectos jusnaturalistas. A contribuição de Kelsen foi maior no sentido da construção de uma dogmática jurídica mais sofisticada.

Um dos frutos desse período foi a revista *Contradogmática*. Uma revista que nós fizemos quase artesanalmente em 1980. O título foi sugerido por André-Jean Arnaud, que sempre enviava algum artigo da França. Foi uma publicação importante, uma das primeiras revistas críticas que surgiram no Brasil desta época. Nesta fase, Warat começou a publicar vários livros criticando o Direito, e o que muitos falam hoje como uma nova *Hermenêutica Jurídica*, ele já pensava desde aquela época. Nesse sentido se poderia citar os livros "Mitos e Teorias da Interpretação da lei" ou mesmo "Direito e sua linguagem". Muitos estão hoje descobrindo o que Warat, de certa forma, já havia mencionado naquela época, às vezes inclusive sem citá-lo. Isto que deve ficar claro é

² Warat, Luis Alberto. **A Pureza do Poder**. Porto Alegre: Síntese, 1992.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 que desde o final dos anos 70, início dos anos 80, já havia uma forte análise crítica a interpretação formalista da lei. Nesse período também há um momento extremamente criativo em Florianópolis, no qual Warat, começa a liderar a crítica tendo influências surpreendentes para quem é da área do Direito. Por exemplo, a noção de carnavalização, o Manifesto do surrealismo jurídico, a Cinesofia, e a idéia de uma Pedagogia da Sedução.

Esta idéia de Carnavalização, que aparece em Bakhtin (autor russo) em um primeiro momento, na perspectiva waratiana sugere que para se pensar o Direito é preciso uma linguagem carnavalizada, que não tem lugar único, ponto certo, constituindo uma polifonia de sentidos. Trata-se de uma linguagem que não possui um centro, se configurando em um lugar onde todos podem falar.

Com o Manifesto do Surrealismo jurídico ele começa a criar momentos de imensa criatividade, definindo o novo pensamento waratiano. O surrealismo é muito importante, porque Warat postula, e os seus alunos ainda mais, entendem que o que se pensa pode acontecer. Essa é uma idéia baseada na psicanálise. Ou seja, a realidade é criada pela nossa imaginação. Também se pode mencionar um outro texto: "Manifestos para uma ecologia do desejo"³.

Do mesmo modo, divulgando suas teorias, na cidade de Curitiba, Warat também fez vários encontros sobre *o amor*. Começa-se a sair da sala de aula. As coisas vão acontecendo fora da instituição e isso configura a sua grande crítica ao ensino do Direito. Finalmente, o mais importante é para a construção do saber é a afetividade, e, precisamos de outros lugares para isso.

Por outro lado, outro aspecto marcante do pensamento waratiano é o fato de que a literatura passa a aparecer cada vez com mais intensidade. Warat, seria o primeiro a ministrar a disciplina de *Linguagem e Argumentação Jurídica*, em Florianópolis. Para tanto, ele utilizaria o livro "O nome da rosa" de Umberto Eco, como texto da disciplina, algo surpreendente para muitos. Também teve interesse por Jorge Amado tendo lugar de destaque um de seus livros mais famosos, revisto como: "A Ciência Jurídica e seus dois Maridos"⁴. Jorge Amado, para ele, era surpreendente pela possibilidade que tem dona Flor de conciliar dois tipos de personagens diferentes, como maridos. Ele brincava muito com isso. No livro de Jorge Amado, ele coloca dois pontos

³ WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Acadêmica, 1990.

⁴ WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

opostos, uma pessoa mais racional e outra mais sentimental (vamos dizer assim). Warat vai criticar duramente o formalismo e a criação desses espaços como polo dominante no Direito.

Neste sentido, Warat propõe, como uma espécie de cartografia, a Didática da Sedução: um território onde as pessoas se apaixonam pelo saber. Assim, ao mesmo tempo, em que ele pensava a sala de aula, também apresentava duras críticas ao universo jurídico, direcionadas tanto, ora para juízes como ora para promotores (e também para professores), que eram os Teodoros da história. Assim ele iria preparando a saída da sala de aula (e do Direito oficial). Para tanto, uma das estratégias que Warat também adotaria foi o tema da mediação, compreendida por ele como um espaço onde realmente as pessoas poderia, talvez, manifestar e demonstrar seus desejos. Em todo esse processo permeava um tema muito forte, que trazia o seguinte questionamento: qual seria o ensino ou a didática mais adequada? Para Warat era preciso um ensino voltado ao prazer, por isso ele chamou isso de *Didática da Sedução*. Não é fácil, mas todo o professor deveria ser um sedutor.

6 Final do milênio

Pode-se perceber em textos que vão de 1997 a 2000, que Warat começa a fazer uma espécie de balanço de sua vida. Já havia ocorrido uma Parada da Meia-idade em 1990. Mas a virada do milênio é um significativo tanático. Tudo isto porque, cada vez mais, o crepúsculo, colocava-o como um personagem, protagonista, de tudo. O famoso caderno de anotações, *borrador*, que segundo Russo, o acompanhava até na banheira (Prefácio de Derecho al Derecho), seria substituído pelo notebook, transformando-se em um blog.

Realmente o blog foi usado por Warat como forma de comunicação simbólica universal para colocá-lo democraticamente em rede (luislabertowaratblogspot). Warat deixaria de ser um privilégio de poucos, para entrar no ciberespaço. Houve projetos até de se fazer um canal de TV, que experimentalmente se chamou *arte e Direito*. Deste modo, conseguiu assimilar facilmente novas tecnologias. Com o seu blog adotou a idéia da aprendizagem em rede, como exatamente aquilo que ele precisava para sair da prisão da sala de aula.

7 Cabaré

Outrossim, em consonância com tudo isso Warat recriaria a idéia de *Cabarés*. Trata-se de uma inspiração que ele trazia de sua juventude, ou seja, de utilizar o teatro como uma forma de expressão. Entendia ele que as pessoas que estão estudando precisam ter a possibilidade de expressar seus dons e competências mais profundos, e o professor teria como principal função permitir isso. Assim, desde as formas artísticas mais tradicionais, música, poesia, até as mais inusitadas, todos merecem um instante, pelo menos, das luzes do cabaré. De qualquer maneira seria um lugar de liberação, inclusive sexual. Então, o cabaré seria um lugar fantástico, que de alguma forma responderia a questão que coloquei no início: a construção de um espaço diferenciado que pode ser chamado de *Aula Mágica*.

8 O outro lado de Kelsen: a mediação

A aula mágica tem como equivalente crítico para Warat a Mediação. Buscando ampliar fronteiras e dar contribuições que provoquem os movimentos da alma no caminho da paz, prima-se por estruturas abertas, receptivas ao novo, ao diferente, ao inigualável, a alteridade. Para isso, mergulha-se nos sentidos humanos, nos valores sociais (morais e éticos), individuais e plurais, num Direito que possa refletir justiça e, significar não apenas respostas para uma sociedade conflitiva, mas apresentar caminhos para que se possibilite a conquista da solução para seus desentendimentos interpessoais. (WARAT, “O ofício do mediador”, pg. 191)

A possibilidade de se ditar um “ideal” normativo, que abarque toda a população mundial, para reger o comportamento humano, é equivocada, mas isto não impede que se aspire a uma uma conduta voltada a paz e o equilíbrio.

A teoria Kelseniana é de grande relevância para os estudos jurídicos, auxiliando na percepção do que o importante é a implantação e a imposição das normas e regras. Para a Mediação valoriza-se a importância da comunicação, da conversação, das estruturas que se colocam à disposição, abertas a escutar o que os participantes de um conflitos social, familiar ou não, tem a dizer, dando a oportunidade de expor os fatos segundo sua optica, seu conhecimento e compreensão.

Considerações Finais

A Aula Mágica é um Cabaré. O mal estar da civilização é a repressão do desejo. As pessoas vivem em uma sociedade de incertezas, quanto ao que é certo ou errado, dominadas pela tecnologia e o consumismo. Então em uma sociedade desse tipo, o mais importante, talvez, seja ter, ao menos, alguns momentos de prazer. Este junto com a afetividade talvez seja o caminho. Se na universidade não tenho esse lugar: invento o Cabaré.

No início, houve o Cabaré Macunaíma, em homenagem aos autores brasileiros da literatura, depois os cafés filosóficos, que transformavam uma mesa de bar em um circo mambembe. Tudo isso atravessado pelo amadurecimento do blog. Houve até um momento Warat Avatar. Mais tarde com a materialização (mágica) da Casa Warat, todo este movimento rompeu todas as fronteiras. A partir daí, Warat tem compartilhado como nunca, com todos, os seus cúmplices a solidariedade do desejo.

Warat nos ensinou com seu próprio exemplo que é possível desenvolver uma pedagogia voltada à criatividade. Como exemplo de sucesso desta pedagogia nós temos que, todos os alunos mais diretos do Warat conhecem muito bem a teoria de Kelsen. Mas, Warat, poucas vezes, ensinou Kelsen em sala de aula. Tratava de ensinar com paixão e criatividade, colocando as pessoas no centro do processo didático. Embora, não se ensinasse, às vezes, diretamente o tema, as pessoas vivenciavam um processo de aprendizagem. Isto quer dizer que com Warat, se aprendia Kelsen sem ter grandes aulas magistrais. Criava-se uma motivação, um desejo e as pessoas participavam de forma ativa desse processo. Essa didática waratiana é extremamente interessante, porque, ao contrário, do que todo professor tradicional pensa, somente se tem acesso ao saber, e a construção de memória com afetividade. Pelo menos essa é uma interpretação que fazemos da didática waratiana.

No entanto, é na Mediação que Warat desvela os sintomas do conflito para então propor uma conversa entre os mediandos, de forma amorosa, afetiva, reconstruindo o sentido dos relacionamentos no interior da sociedade. Para Warat, o normativismo, assim como as formas tradicionais do instituído impedem o surgimento de um Direito voltado para uma proposição de paz. Isto é, uma sociedade não dogmática permite a abertura para canais de afetividade até então fechadas para os juristas. O ofício do

mediador é uma terapia do reencontro. Por meio de uma semiótica do segredo se chegaria a uma psicosemiótica da mediação. Para Warat:

“O juiz ou o árbitro ocupam um lugar de poder, o mediador, ao contrario, ocupa um lugar de amor. O discurso do mediador é amoroso, transpira cuidados, de infinitas paciências, como dizia Clarisse Lispector, quando tentava pensar o amor.”⁵

O Ofício do Mediador é a vida em sua versão reflexiva.

Referências

- AARNIO, A.. **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**. Dordrecht, Holland, D. Reiderl Publishing Company, 1987.
- ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. 1975. **Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales**. Buenos Aires, Astrea, 277 p.
- ALEXY, R.. **Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989, 346 p.
- BARRETO, Vicente Paulo, **Direito da Sociedade policontextural**./Vicente de Paulo Barreto, Francisco Carlos Duarte, Germano Schwartz. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2013..
- BERTASO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos**, vol. 4; Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012.
- BOBBIO, N.. **Teoria generale del diritto**. Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, 297 p.
- CARNAP, R.. **Meaning and Necessity**. Chicago, The University of Chicago Press, 1964, 258 p.
- CASTELAIN, Bernard. **De l'autre coté du conflit: la médiation**. Liege: Anthemis, 2013.
- CASTORIADIS, C.. **Fait et à faire**. Paris, Seuil 1997., 281 p.
- D'ANTIN, Martine Bourry; PLUYETTE, Gérard; BENSIMON, Stéphen. **Art et techniques de la mediation**. Paris: Litec, 2004.

⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 65.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

DARIO RODRIGUEZ e MARIA PILAR OPAZO. **Comunicaciones de La Organización**. Santiago: Ediciones Universidad Catolica de Chile, 2007.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **Qu'est-ce que la philosophie?** Paris: Les Editions de Minuit, 1991-2005.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes**, New Haven, CT: Yale University Press, 1973.

DWORKIN, R.. **Law's Empire**. London, Fontana Press, 1986,470 p.

DWORKIN, R.. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2010,568 p.

FERRAZ JÚNIOR, T.S.. Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo,Atlas, 2002,286 p.

FERRY, Luc. **De l'amour: Une philosophie pour le XXI siècle**. Paris: Odile Jacob, 2014. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GANDHI, Mohandas Karamchand. **A roca e o calmo pensar**. São Paulo: Palas Athena, 1991.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal** [recurso eletrônico] / Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Social: O poder das relações humanas**. São Paulo, Ed. Campus, 2007.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf. Segunda tiragem, 2013.

LATOUR, Bruno. **La fabrique du droit: Une ethnographie du Conseil d'État**. Paris: La Découvert, 2004.

LEFORT, C . **Essais sur le politique**. Paris, Seuil, 1986,331 p.

LEFORT, C.. **Le temps présent, Écrits 1945-2005**, Paris, Belin, 2007,10041 p.

LEMPEREUR, Alain; SALZER, Jacques; COLSON, Aurélien. **Méthode de Médiation: Au coeur de la conciliation**. Paris: 2008.

LUHMANN, N.. **La sociedad de la sociedad**. México, Herder,2007, 954 p.

LUHMANN, N.. **Sociologia do Direito –II**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro,1985, 212 p.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, H.L.A.. O conceito de direito. São Paulo, Martins Fontes, 2009,399 p.

MATURANA, H.R.; VARELA, F. . **El arbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano.** Madrid, Debate, 1996,172 p.

MISRAHI, Robert. **La joie d’amour pour une érotique du bonheur.** Paris: Autrement, 2014.

MOORE, Cristopher. **O processo de Mediação,** Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

NONET, P.; SELZNICK, P.. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** Rio de Janeiro, Revan,2010, 174 p.

PARSONS, T.. **A estrutura da ação social.** Petrópolis, Vozes, vols. I e II,2010, 999 p.

PIKETTY, Thomas. **Le capital au xxi siècle.** Paris: Seuil, 2013.

RAWLS, J. . **A Theory of Justice.** Cambridge, Harvard University Press,1980, 461 p.

RAZ, J.. **O sistema do Direito.** São Paulo, Martins Fontes, 2012, 326 p.

REALE, M. . **Teoria tridimensional do Direito.** São Paulo, Saraiva, 1968,105 .

ROCHA, Leonel Severo. **A AULA MÁGICA DE LUIS ALBERTO WARAT:** Genealogia de uma Pedagogia da Sedução para o Ensino do Direito In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 9 . Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p 203-212.

ROSANVALLON, Pierre. **Le Parlement des Invisibles.** Paris: Seuil, 2014.

RESTA, Eligio. **Direito Fraterno.** Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROCHA, L.S.. **Epistemologia jurídica e democracia.** 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003,201 p.

ROCHA, L.S.. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico.** In: L.S. ROCHA; G. SCHWARTZ; J. CLAM, Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre, Livrariado Advogado, 2005,p. 9-48.

ROCHA, L.S.; KING, M.; SCHWARTZ, G.. **A verdade sobre a autopoiese no Direito.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009,148 p.

ROSENBERG, Marshall. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.** 1ª ed. São Paulo: Ágora, 2006.

SAUSSURE, F. de.. **Cours de linguistique générale.** Paris, Payot, 1985,520 p.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

SUPIOT, Alain. **L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total.** Paris: Seuil, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

VON WRIGHT, G . **Norm and Action: A Logical Enquiry.** London, Routledge&Kegan Paul.1963,

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto; com colaboração ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua linguagem.** Porto Alegre, Safe,1985.

WARAT, Luis Alberto. **A Pureza do Poder.** Porto Alegre: Síntese, 1992.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio. Direitos. Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris,2010.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no Direito.** Argentina: ALMED – Angra Impresiones, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Por quien Cantan Las Sirenas.** Joaçaba – SC: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca.** Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo.** São Paulo: Acadêmica, 1990.

SOBRE O CONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE UM DIREITO AMBIENTAL TRANSNACIONAL

**Liton Lanes Pilau Sobrinho
Jaqueline Moretti Quintero**

Considerações Iniciais

O Estado contemporâneo demonstra-se impotente para estabelecer e controlar as normas jurídicas constituídas para dominar o mercado interno e as políticas externas de imposição econômica. Internamente, o Estado, torna-se uma figura meramente administrativa, com autoridade para gerir os tributos arrecadados, ausentando-se dos planejamentos de administração pública voltados para os aspectos sociais e com pouco controle sobre as interferências econômicas de grandes corporações. A política econômica em face do crescimento social deve ser parte da relação de atributos administrativos do Estado para a contenção de excessos de grupos dominantes e preservação do bem estar de sua população.

Com a falta de controle político sobre o econômico gera-se um foco de crescimento amplamente capitalista, que se ausenta do aspecto social, gerando algumas deficiências para a população, que vai se expandindo pelo mundo e trazendo consequências sociais a diversos países. Estas consequências estão relacionadas com aspectos econômicos e de sustentabilidade econômica, já que as nações originárias não são mais autossuficientes e, alguns países de economia mais rica estão buscando alternativas para receber tal demanda populacional estrangeira. Esta insuficiência na política econômica e a falta de planejamento para atender a própria população é questão de primeira ordem na pauta de políticas administrativas com enfoque na economia sustentável, que invista no crescimento econômico concomitantemente com o desenvolvimento social.

A fuga comportamental da nova sociedade que ora se apresenta, traz lacunas para que o poder de decisão esteja em outras mãos que não nas do próprio indivíduo. De tal forma está assim se manifestando que a, a rede de informações via internet propaga um modelo já pronto de comportamento criado pelas empresas para enaltecer o consumismo sem preocupar-se com o bem estar e com a qualidade de vida do cidadão. A forma de manipulação e venda estabelecido pelas grandes empresas está

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
completamente avessa aos padrões de sustentabilidade econômica, que visam um equilíbrio entre crescimento e bem estar social.

Torna-se, assim, imperativo o questionamento sobre um novo modo de compreender e aplicar o constitucionalismo contemporâneo para que possa atingir um número maior de habitantes do planeta, observadas e respeitadas as questões culturais, políticas e de soberania de cada país e de seu povo, mas, prezando pelo bem estar da humanidade como componente essencial de seu desenvolvimento.

Objetivou-se, no presente artigo, trazer algumas reflexões sobre a Soberania do Estado, a importância e força do Constitucionalismo e as consequências políticas e econômicas da Globalização para o desenvolvimento e a sustentabilidade econômica do Estado contemporâneo, assim como a importância do questionamento sobre a criação de normativas transnacionais para o Direito Ambiental. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo e o de tratamento de dados foi o método cartesiano. As técnicas de pesquisa utilizadas foram o referente, a categoria e a pesquisa bibliográfica.

1 Sobre a Soberania do Estado

A Constituição de um determinado Estado é a forma de integrar e garantir a seu povo, os direitos por este adquirido, como liberdade e igualdade, que servem como base para uma Sociedade que busca a pacificidade e a justiça. Nesse diapasão, a Teoria do Estado permite que a representação política desse Estado esteja concomitante com os interesses de seus representados e possa, assim, fortalecer-se, por meio de sua Constituição. Somente utilizando normas igualitárias e em concordância com as necessidades do povo é que a representação política poderá utilizar de meios para avaliar suas ações em prol desse povo e, assim, garantir os direitos e deveres instituídos para todos.

A soberania do Estado, com as mudanças estruturais e comportamentais dos povos em função dos avanços tecnológicos, da circulação de pessoas entre países e das consequências diretamente ligadas à globalização, vem se enfraquecendo em função das pressões econômicas e políticas internacionais, que interferem nas tomadas de decisões dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, causando adequações que interferem diretamente nas questões relacionadas ao ambiente e ao desenvolvimento do Estado.

A soberania defendida por Heller e a sua importância para a garantia das normas jurídicas positivadas coaduna com a proposta para uma sustentabilidade econômica

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
embasada em normas que protejam o aspecto econômico mas, também, com os interesses da maioria. A decisão deve estar pautada na regularidade da utilização da norma para o bem comum.

No tocante ao processo de integração supranacional normativa, como o próprio autor apresenta, pautado pelos mercados, devemos nos debruçar sobre o conceito de Transnacionalidade e de que forma as normas transnacionais poderão regular os aspectos econômicos entre Estados, com a atenção voltada para a sustentabilidade. Em caráter de matéria ambiental é essencial a discussão de normas supranacionais e de que forma podem interagir sem ferir a Soberania. De tal forma, Heller esclarece que:

O ente Estado, como acontecimento humano cujo sujeito-objeto somos nós mesmos, sai de si próprio mediante o seu conteúdo de vontade e se projeta no futuro. Este conteúdo de vontade forma-se mediante um conteúdo político de valor, que não se deve procurar em uma zona separada da realidade do Estado, mas exclusivamente na vontade do homem que atua politicamente; os homens, unidos em comunidades de vontade e de valores por suas aspirações e concepções políticas, propõem-se conseguir algo para o futuro. Quem desejar descobrir o ser do Estado, terá por força que levar em conta as comunidades de vontade e de valores que se atualizam no presente do Estado, e além disso referir-se ao seu futuro.¹

As comunidades de vontades e valores de que trata Heller são uma forma organizada de representação que objetiva atingir a forma ordenada de regramentos, dentro de seu âmbito territorial, para as percepções políticas que possam garantir as necessidades e interesses do coletivo. Estas regras e normas não são imutáveis, elas devem acompanhar as mudanças que ocorrem nestas comunidades e sobrepesar possíveis alterações para o futuro do Estado. Para Hermann Heller a legitimidade de uma ordem social tem efeito decisivo para as ambições de validade e de poder de determinada autoridade político-social que a acolhe e opera. Uma organização social formada por regras observadas e exigidas torna-se a demonstração necessário para o permanente predomínio.”²

A legitimidade, tanto para as ações do Estado, como para governar suas comunidades, deve estar abarcada por normas que sejam percebidas como de interesse de todos e ideais de toda a comunidade, como forma de validar e fortalecer estas normas para que sejam cumpridas, muito mais por conseguir atingir o maior número de

¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. P. 79. Título original : Staatslehre.

² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. 1968, p. 114.

interessados na utilização de tal norma, do que como ação coatora. A legitimação do poder deve vir do e para o povo, na forma da democracia. Para tanto, a norma deve ser possível e reconhecida pela comunidade envolvida para que possa legitimar-se.

A norma deve ser considerada justa, não exigindo demais de um determinado grupo em detrimento do interesse de outro. Deve tentar atingir o sendo de igualdade para que seus objetivos possam atingir e preservar a comunidade como um todo. Tal demonstração, reforçará, a posição política de aproximação entre Estado e indivíduo sem permitir que interesses econômicos manifestados por certos grupos, invalidem a natureza da norma de preservação dos interesses difusos. O aspecto de diferenças de forças entre grandes grupos e interesses coletivos é visivelmente verificado nos estudos relacionados ao Direito Ambiental, que se encarrega, prioritariamente, da preservação dos recursos naturais para toda humanidade. Como ressalta Hermann Heller:

A manutenção de uma organização política como legalidade própria aparece justificada porque todos os assuntos econômicos têm que conviver dentro dos limites do mesmo espaço, mas o livre tráfico econômico, se pode produzir, em todo caso, uma ordenação de mercado, nunca pode gerar uma ordenação jurídica e uma segurança também jurídica; e, de outra parte, porque a esfera a que se estendem o estabelecimento e a garantia do direito pelo Estado, imprescindível também para a economia, aparece determinada geográfico-politicamente e não economicamente. [...]. Mas a função estatal consiste justamente em acomodar os fins econômicos à situação política total, o que, naturalmente, só pode realizar-se mediante uma posição superior à economia.³

Com o advento da Globalização, o controle econômico por parte do Estado é matéria que deixou de ser particularidade de um País enquanto ente soberano, pois as atividades e políticas econômicas realizadas mundialmente, exercem efeitos em praticamente todos os países, quase que independentemente de formas e sistemas de Governo. O controle político sobre o econômico no âmbito de seu Estado sustentado por Heller foi suplantado pelo liberalismo econômico que dita as regras de uma economia pautada na superprodução, consumismo acelerado e obtenção de lucros sem a preocupação com a preservação dos recursos naturais utilizados para concretização deste ciclo produtivo. As políticas econômicas devem estar voltadas para a sustentabilidade econômica com vistas ao desenvolvimento e preservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

³ HELLER, Hermann. Teoria do Estado. 1968, p. 258.

Para garantir a legitimidade das ações do Estado, é importante que a Sociedade perceba que tais ações se identificam com o atendimento de suas necessidades e representam suas pretensões para garantir uma vivência pacífica em comunidade. A garantia do bem estar coletivo torna-se essencial para a boa condução das políticas utilizadas pelo Estado, sejam estas de ordem econômica ou social, como forma de atingir as proposições e expectativas criadas pela Sociedade. Neste contexto, deve estar inserido, o aspecto da preservação do meio ambiente como forma da conservação do bem estar social, analisando os aspectos econômicos vinculados a proposta de tal preservação.

Há que se questionar, dentre as diversas políticas utilizadas pelo Estado Brasileiro, a política econômica condicionante de ações que priorizam o desenvolvimento econômico para beneficiar determinados grupos em detrimento de ações sociais que possam atingir o coletivo. O fortalecimento das políticas econômicas neoliberais permite o crescimento do país em certos segmentos mas, não consegue atingir grande parte de sua população. Torna-se necessário averiguar e, então propor, quais políticas são voltadas mais para a noção de bem comum e trabalhar com uma perspectiva de economia sustentável para a Sociedade. Essa mesma preocupação com o desenvolvimento sustentável já trazia Hermann Heller quando alertava que:

No segundo atributo a Constituição estabelece indelével conexão com dois outros direitos fundamentais, à vida e à saúde, de modo que tem solidez constitucional a argumentação que defende conceito de desenvolvimento sustentável que condicione totalmente o econômico, de maneira clara e contundente, à proteção da vida (e não apenas a do ser humano) e à promoção e preservação da saúde (também não apenas a do ser humano). Outro aspecto importante da regra constitucional é que o dever da defesa e da preservação do Meio Ambiente é tanto do poder público quanto da coletividade.⁴

No momento em que o Direito Ambiental passar a ser entendido como direito fundamental, as regras postuladas relacionadas a sua preservação e conservação passam a ter maior abrangência e tornam-se dever de todos (público e privado) para com todos. Sendo assim, pode-se entender que o desenvolvimento sustentável deveria estar condicionado à primazia da preservação e conservação da vida, assim, como as políticas ambientais deveriam usar de mais rigor nas suas avaliações para garantir o bem estar

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 112.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
das atuais e futuras gerações, argumentando-se que os interesses difusos não podem ser suprimidos pelos interesses de caráter puramente econômicos.

2 O Direito Ambiental e a Sustentabilidade Econômica

A evolução do Direito Ambiental no Brasil aponta para um desenvolvimento que não deve retroceder pela qualidade legislativa com a qual nos deparamos nas normas designadamente criadas para a preservação do ambiente. Indicando as perspectivas de amadurecimento para com a preocupação da conservação ambiental, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no reconhecimento, em seu art. 225, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratando exclusivamente em seu capítulo VI da obrigatoriedade ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. De tal forma, compreende Antônio Carlos Wolkmer:

Pioneiramente, a Constituição Brasileira consagrou, com seu inovador e norteador art. 225, um complexo conjunto de princípios e direitos, objetivando a proteção e a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, enquanto um bem de uso comum da própria sociedade. Assim, seja no marco da biodiversidade – [...] – atores, grupos humanos ou modelos de organização na posse e no manejo de recursos – estão protegidos constitucionalmente, utilizando-se, de fato, do paradigma socioambiental. É indiscutível o alcance doutrinário que se abre com o teor paradigmático do art. 225, no sentido de que a sociedade hoje, como um todo, é responsável por preservar da degradação e da extinção, os bens comuns ambientais, que as futuras gerações deles dependerão.⁵

O modelo neoliberal inicialmente proposto foi, principalmente através dos movimentos sociais ocorridos na América Latina, sendo questionado por sua imposição de preceitos jurídicos e culturais importados, principalmente da Europa, como não adequados às necessidades locais vividas na época do neoconstitucionalismo latino-americano vivido na composição das últimas reformas constitucionais ocorridas nesses países. As premissas que trariam uma visão voltada para o bem viver, do pluralismo social e o reconhecimento do direito da natureza possibilitaram a criação de normas mais condizentes com a realidade desses cidadãos de sua forma de viver e preservar sua

⁵ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano.** Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 28. (aspas no original)

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

cultura, respeitando suas histórias e origens, assim como seus interesses mais importantes para o bem viver em comunidade. O Estado plurinacional precisou levar em consideração a diversidade efetivamente existente nas diferentes sociedades, como a da Bolívia, por exemplo, e entre outras diversidades. De tal forma, foi necessário observar o pluralismo jurídico a partir de maneiras mais simples para exprimir o direito, suas regras dentro da comunidade, suas regras de comportamento social, de economia popular e democracia estabelecida em assembleias através do consenso, ou seja, normas das mais complexas às mais singelas com o intuito de definir o permissível e o não permissível, o exercício de domínio das pessoas de determinada comunidade – aí incluído o poder jurídico e seu sistema de sanções, a justiça indígena – bem como a manipulação das normas.”⁶

O direito comunitário participativo trata do novo modelo constitucional que permite aos diversos grupos existentes e conviventes em determinado país, possam, através de sua Constituição, ter garantidos os mesmos direitos que, anteriormente, eram projetados preferencialmente ao grupo dominante politicamente. O respeito a realidades jurídicas e culturais distintas criado pelo neoconstitucionalismo surgido na América Latina, permitiu que a participação, além de representativa, pudesse ser exercida de maneira mais efetiva por todos os cidadãos e comunidades, aproximando assim classes e raças para uma política social mais abrangente e igualitária.

3 Os efeitos da Globalização e a Sustentabilidade Econômica

O fenômeno da globalização possibilitou para algumas populações mundiais, o questionamento sobre sua condição de cidadão e sobre os direitos que poderiam estar-lhe sendo cerceados. Esse acesso à organização de sociedades mais democráticas e que garantem direitos fundamentais ao homem, permitiu que alguns países mais carentes de tais direitos pudessem se organizar e pleitear que os direitos existentes em outros países também pudessem ser obtidos em seu país de origem. O acesso à informação trazido com a globalização, traz também o anseio de que os avanços humanitários atingidos por algumas sociedades possam ser alcançados por outras, que ainda não tinham acesso à direitos igualitários de distribuição de renda, por exemplo. Estes anseios servem para uma discussão de direitos fundamentais em âmbito global a ser discutido

⁶ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). *Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas*. p. 147.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
supranacionalmente para a efetivação da justiça nos diversos países do mundo, em busca de uma transnacionalidade normativa que tente minimizar as diferenças existentes entre os diversos países para o alcance da garantia dos direitos humanos. Nos termos de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas de Moraes Nascimento:

A globalização evidenciaria a cidadania passiva, de cima para baixo, impositiva, fazendo com que os Estados incentivem uma cidadania não reivindicativa. Rompe-se a identidade nacional, seja pela formação dos blocos supranacionais, pelos fluxos migratórios ou pelos conflitos de nacionalidade.[...] Acontece que a Constituição dirigente sempre foi considerada a Constituição do Estado, e, agora, com a supranacionalização e internacionalização do direito, as liberdades se tornaram globalitárias.⁷

Para tanto, surge na contemporaneidade, a Governança como instrumento facilitador do desenvolvimento de políticas públicas para atingir ao maior número possível de membros da população, com propostas de desenvolvimento sustentável para o crescimento local e seu entorno, para o melhor aparato fiscalizador e regulador das medidas de segurança populacional, para oferecimento de melhores condições de acesso à saúde, para propostas de melhorias na forma habitacional, qualidade de vida, entre outras soluções plausíveis e de interesse público.

O efeito da globalização econômica apresenta alguns efeitos de concentração de domínio mercadológico e, conseqüentemente de riquezas, que podem impedir o crescimento local do espaço geográfico de produção efetivo. Tal efeito, por vezes, não auxilia no desenvolvimento da população local, levando a riqueza de determinada produção para regiões que não estejam vinculadas pelas mesmas regras jurídicas e culturais, o que ocasiona o desenvolvimento de algumas regiões e populações em detrimento de outras. O direito internacional, por vezes, não consegue alcançar e acompanhar todos os reflexos sociológicos das regiões e países que estão sendo diretamente atingidos pelos efeitos da globalização econômica sem o amparo necessário para seu desenvolvimento e de suas necessidades. Vê-se então, a necessária discussão sobre normas que possam atingir as diversas regiões do planeta atingidas pelos efeitos da globalização econômica de maneira desigual para que uma região seja fortalecida em razão de enfraquecimento de outras por cometimentos de abusos do poderio econômico e político, ou pela simples displicência administrativa da região.

⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

É nesse contexto que a globalização econômica, aliada ao aumento do fluxo de capitais, produtos e serviços, estreitamente relacionados com a transnacionalização do capitalismo, acaba causando profundas rupturas nas estruturas institucionais modernas.”⁸

Torna-se assim, premente a necessidade de uma ampla discussão e esclarecimento sobre as necessidades fundamentais da Sociedade contemporânea global, os efeitos da globalização na vida cotidiana do homem, dos excessos cometidos pelas grandes corporações, os danos causados ao ambiente e a perspectiva de garantia da qualidade de vida para as atuais e futuras gerações. Todos estes temas carecem de normas com efeitos globais que possam atingir às diversas populações mundiais de forma mais igualitária, objetivando a diminuição da pobreza e a segurança entre os povos, com a garantia da dignidade humana.

4 A Racionalidade do Uso dos Bens Comuns

Para a garantia dos bens da coletividade, denominados de bens comuns, faz-se necessário um entendimento da abrangência para o uso e gozo de tais bens, pertencentes a todos e sem propriedade exclusiva, com impedimento para afastar qualquer membro dessa coletividade do uso desse bem coletivo. Mesmo na política neoliberal de mercado, a preservação do patrimônio natural deve ser do interesse de todos, sobrepondo-se às diretrizes e interesses de domínio econômico e de grupos representantes das grandes indústrias, para que a população mundial possa ter a garantia do acesso aos bens naturais que atendem às necessidades dessa população.

É intolerável que alguns recursos naturais que são patrimônio de todos, sejam objeto de disputa política ou econômica, priorizando interesses de poucos em detrimento do interesse coletivo. Torna-se importante a institucionalização de regras supra estatais com alcance global, para preservar os interesses de todos os povos e a conservação do planeta e, conseqüentemente, da humanidade.

Os bens comuns (*common goods*) são os bens fundamentais para os quais volta-se predominantemente, embora não de forma adequada, a atenção da doutrina jurídica e a reflexão teórico-política. A concepção, introduzida no glossário jurídico somente recentemente, tornou-se assunto de interesse e de mobilização política como sempre

⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. p. 72

ocorre quando se trata de bens ou direitos fundamentais, para expressar uma pretensão direta para pôr termo a uma determinada transgressão: o uso dos recursos naturais por parte dos países mais ricos e, sobretudo, a destruição do planeta causada pelo desenvolvimento industrial. Foi a partir dessa devastação e do perigo da sua irreversibilidade que surgiu a temática dos bens comuns.⁹

Para tanto, as normas constitucionais devem priorizar o estabelecimento de limites para os excessos cometidos contra as garantias dos direitos individuais e coletivos, prevenindo e acautelando-se contrariamente aos interesses privados que possam trazer qualquer forma de transgressão a esses direitos.

É impositivo que o constitucionalismo não sofra regressões jurídicas permissivas à degradação do meio ambiente e aos direitos fundamentais estabelecidos após tantos anos de evolução para o atingimento do que hoje, ainda não é o se pode considerar como adequado, por se observar tantas desigualdades e diferenças entre os indivíduos. A amplitude do constitucionalismo deve ser pensada para poder atingir a uma coletividade que está além das fronteiras territoriais e que necessita de garantias de seus direitos fundamentais. A preocupação da preservação da vida no planeta deve ir além dos espaços geográficos e deve ocupar a pauta de discussão mundial par a par com a globalização econômica, para que o desenvolvimento dos países possa vir aliado à propostas de alternativas sustentáveis que atinjam o maior número possível de pessoas no planeta. Como nos alerta Luigi Ferrajoli:

[...] Daí a necessidade de uma nova dimensão do constitucionalismo e do garantismo: um constitucionalismo e um garantismo a longo prazo, além de global, para além da lógica individualista dos direitos e da miopia e do estreito localismo da política das democracias nacionais.¹⁰

A preocupação com a preservação do meio ambiente deve ser do interesse de todos e não pode ser representada por interesses privados, devendo-se buscar alternativas para refrear o crescimento industrial sem ocupações voltadas à sustentabilidade. É primordial a discussão em nível global sobre a possibilidade de criação de um órgão fiscalizador e com poder coercitivo para deliberar sobre questões

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p. 66.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. p. 70.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
de proteção ambiental mundial e impor regras que visem à preservação e precaução nas questões que possam causar danos irreversíveis ou de mal uso do ambiente.

Ultrapassando as diferenças políticas e culturais, as dessemelhanças econômicas e dos incontáveis conflitos que permeiam e fragmentam a humanidade, a atemorização que hoje ameaça os bens ecológicos adverte que se trata de um patrimônio comum a todos e que nenhuma política nacional ou de liberalismo econômico poderá interditar ou apoderar-se. O desafio mundial imposto por tal ameaça exige realmente uma política de ordem global fundamentada na colaboração global, da qual nenhum país poderá se ausentar. Tal desafio somente poderá ser vencido se houver a instalação de uma esfera pública de ordem mundial à sua altura, garantidora dos interesses públicos gerais, de comum acordo com os interesses comuns de toda a humanidade.”¹¹

Surge a necessidade de criação de um organismo de âmbito global que tenha a legitimidade auferida pelos países em todo mundo para instituir normas de preservação ambiental, respeitando as soberanias sim, mas estabelecendo sanções para impedir, ou ao menos reduzir, as degradações causadas ao meio ambiente, como forma de prevenção para a o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida das civilizações.

A possibilidade de criação de normativas transnacionais que visem a garantia de direitos fundamentais e de bens comuns, bens sociais é emergencial em face da ausência de interesses percebido pelos grupos capitalistas, que não representam de forma alguma os interesses da coletividade. A tutela jurídica ao meio ambiente deve ser ampliada para a esfera global, através da institucionalização de um organismo competente tal feito, que possa representar os interesses da população mundial, com regras à preservação do ambiente e conservação da qualidade de vida para as atuais e futuras gerações, sem estar vinculado à grupos privados, possuindo autonomia de decisão de imposição de regras que visem o bem estar das populações mundiais.

5 O Fortalecimento do Direito Ambiental em Âmbito Transnacional

A necessária relação homem-natureza tem se tornado mais imprescindível com o passar do tempo e demonstrado sua evolução, por meio da transformação da Sociedade e de seus meios de subsistência, evidenciando a escassez dos recursos naturais pelo

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. p. 73.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
aumento do consumo e meios de produção intimamente ligados, e assim a preocupação com a possibilidade de reposição de tais recursos.

A evolução do conhecimento científico e tecnológico pôde demonstrar a capacidade do homem de encontrar meios alternativos de geração de energia e de substituição de produtos de rápido consumo por outros de maior durabilidade. Mas, esse não tem sido objeto de investimento e investigação por parte das indústrias e dos grandes mercados, que tem seu foco no aumento do lucro e no retorno imediato. Faz-se necessária uma reflexão sobre os limites de usos e excessos causados pela produção e consumo do supérfluo e a possibilidade de normatização para uma produção para o uso racionalizado.

A unidade existente entre Sociedade e natureza, vem esclarecida por Antonio Henrique Pérez Luno:

O denominado “período cosmológico” da filosofia grega pressupõe a projeção das ideias de ordem e regularidade dos fenômenos da natureza, a explicação da ordem social humana. Já em um tempo imediatamente posterior – o “antropológico” – pretendeu-se compreender a natureza através da experiência organizativa de convivência político-social. Natureza e sociedade vão formar, por isso, uma unidade inseparável cujas manifestações externas flutuam de acordo com o desenvolvimento dos sistemas econômicos de produção, as formas de organização social e a evolução dos reconhecimentos científicos e técnicos.¹²

O Estado, como zelador dos direitos e garantias fundamentais do homem, deve cada vez mais, por meio de seus poderes estatais, deve permitir a legitimação das normas que garantam os direitos conquistados e estabelecidos ao homem, para proteção e reparação aos danos causados ao indivíduo e à sua coletividade.

Torna-se assim, imprescindível a utilização da lei com maior vigor e capacidade de atingir os diversos níveis da Sociedade como forma de garantir a legalidade equitativa, sem distinguir entre os vários universos sociais existentes, para que a proteção dos direitos seja ampliada e, de tal forma, percebida por toda a Sociedade. Tal garantia de direitos difusos deve atingir obrigatoriamente ao direito ambiental para a segurança da manutenção da qualidade de vida do homem no ambiente em que vive.

Cabe ressaltar a interdependência existente entre os escopos do Estado e o sistema de direitos fundamentais. Tal vinculação examina a validade das teses

¹² LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42. (aspas no original)

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 postuladas com um radical rompimento entre a extensão da objetividade das finalidades do Estado e a subjetividade das liberdades, na esfera da garantia ecológica, supondo-se que não haja necessariamente uma associação entre a garantia de direitos fundamentais e a qualidade de vida do homem.¹³

O Direito Ambiental não é, todavia, entendido como essencial à garantia de direitos do homem ou percebido como direito fundamental ao homem. Este direito não pode ser entendido como mero simbolismo para atender regras de convívio com alguns órgãos representativos, ou mesmo com o mercado que começa a fazer algumas exigências mínimas para a produção sustentável, vislumbrando uma apreensão com o meio ambiente. O Direito Ambiental deve ser mais ousado e intimidador, valendo-se de normas claras e de sanções rigorosas, não apenas para informar à Sociedade que “providências estão sendo tomadas”, mas, para prevenir, supervisionar e precaver qualquer tipo de agressão ao meio ambiente que possa atingir à Sociedade, antes que ações do homem possam causar lesões irremediáveis à biosfera.

As questões impositivas de ordem econômica podem interferir na elaboração, organização e imposição de normas de âmbito internacional com o intuito da preservação ambiental e na garantia de direitos fundamentais. Com essa perspectiva, alerta Antonio Henrique Pérez Luno que:

A importância que hoje reveste a garantia constitucional à proteção ambiental não pode traduzir-se na crença ilusória de que essas normas partem de uma definitiva superação das ameaças contra o equilíbrio ecológico. As normas jurídicas, inclusive as de maior traço hierárquico, podem ter limitada sua eficácia por uma série de fatores situados mais além do direito.¹⁴

As normas constitucionais, os regulamentos administrativos e as decisões judiciais em matéria ambiental, tem em seu escopo a legitimação dos poderes públicos e transmitir segurança à sociedade civil, criando assim a falsa perspectiva de que existe um grande aparato jurídico e político para solucionar os problemas ecológicos existente. Existe uma manipulação e um acobertamento sobre a normativa ecológica que produz uma realidade fictícia e uma consciência errônea sobre a habilidade dos instrumentos

¹³ LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. p. 57.

¹⁴ LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. p. 57.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
jurídicos para a proteção da qualidade de vida do homem em sociedade, apresentando respostas normativas que são puramente simbólicas.¹⁵

Com o aumento da população mundial e a percepção de que os recursos naturais estão ficando em níveis de suficiência cada vez menores para atender a todos no planeta, além da alteração climática e do aumento de desastres naturais causados por essa alteração no clima, a Sociedade anseia por respostas, principalmente de cunho jurídico, que possam atenuar os transtornos causados em determinados pontos do planeta (falta de água em alguns pontos, enchentes em outros). É importante promover os valores éticos jurídicos estabelecidos para o bom desenvolvimento da Sociedade e de normas que alcancem a justiça, de forma a estruturar uma ordem preventiva muito mais do que resolutiva, para a dissolução de problemas que poderiam ter sido evitados. A administração pública deve apoiar fortemente às instituições jurídicas para que as resoluções sejam concretizadas e se construa um planejamento possível para prevenir desastres e trazer soluções alternativas para os problemas já existentes na Sociedade atual e no meio ambiente.

Considerações Finais

É possível observar-se na atualidade uma crescente preocupação com os problemas de dimensões em escala mundial, como a preservação do meio ambiente para a conservação do ambiente sadio no planeta e diversas outras questões como a segurança e proteção aos direitos fundamentais ao homem, surge uma tentativa de unir e organizar procedimentos de diversos Estados com o objetivo de desenvolvimento conjunto que permita a conservação do meio no qual vivemos, através de regulamentações que possam ser comuns a esses Estados envolvidos. A Transnacionalidade é essencial para determinar os espaços comuns e reger de forma coerente e consensual aos membros envolvidos, uma diretriz normativa que possa amparar e determinar os critérios de utilização de recursos e do desenvolvimento para que seja sustentável e razoável a todos.

A globalização pode ser observada como um nicho estritamente econômico que almeja crescimentos exclusivamente numéricos e financeiros. No entanto, essa visão de globalização com engate meramente econômico pode e deve ser utilizada como a

¹⁵ LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. p. 59.

possibilidade de formação de uma globalização com muitos outros segmentos. A informação é global e, como tal, interfere na opinião e na rotina de muitos, fazendo com que eventos em geral aconteçam muito mais rápido, assim como a resposta a esses eventos e as transformações por conta deles. As transformações globais interferem diretamente na atenção dos governantes dos Estados, fazendo que sua tomada de decisão e, conseqüentemente sua administração pública seja realizada de maneira mais focada no que a população está solicitando, seja esta decisão/administração em pró ou contra a vontade de seu povo, mas a análise, é evidentemente mais focada nos interesses coletivos.

Para que a sustentabilidade ambiental seja percebida em efeito global, torna-se importante o incentivo para políticas públicas mais rigorosas no sentido de ampliar a temática educacional para o enfoque da preservação e conservação do meio ambiente que conhecemos hoje e aquele que desejamos para as gerações que ainda estão por vir. Esta percepção ocorrer em efeito global para que os governantes preocupem-se em dimensioná-la na sua administração e em comum acordo com administrações de outros Estados. Somente com a coesão de interesses para o bem estar global é que a sustentabilidade poderá tornar-se globalizada. A perspectiva para uma governança transnacional se pauta no desenvolvimento de programas que convençionem atender de forma solidária e global, o bem-estar da população e o comprometimento com o meio ambiente protegido, criando alternativas para uma evolução compelida à preservação desse meio ambiente para um futuro seguro e benéfico à população.

Para que a sustentabilidade alcance as dimensões almeçadas para sua propositura, é necessário discutir pró-ativamente alternativas que tragam ao desenvolvimento da vida em comunidade, o equilíbrio das dimensões dessa sustentabilidade, seja no âmbito econômico, ambiental, tecnológico e social. De tal forma, para que a sustentabilidade ambiental seja percebida em efeito global, torna-se importante o incentivo para políticas públicas mais rigorosas no sentido de ampliar a temática educacional para o enfoque da preservação e conservação do meio ambiente que conhecemos hoje e aquele que desejamos para as gerações que ainda estão por vir. Esta percepção deve ocorrer em efeito global para que os governantes preocupem-se em dimensioná-la na sua administração e em comum acordo com administrações de outros Estados, criando normas e regras possíveis de aplicação para atingir sua legitimidade e, assim, sua credibilidade. Somente com a coesão de interesses para o bem estar global é que a sustentabilidade poderá tornar-se globalizada.

Referências

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original : Staatslehre.

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latinob-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

A DIGNIDADE HUMANA E O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE FILHO SOCIOAFETIVO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: ESTUDO DE CASO

Marcos Costa Salomão

Considerações Iniciais

Este trabalho tem como tema a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao reconhecimento extrajudicial de paternidade socioafetiva no Estado do Rio Grande do Sul, um estudo de caso ocorrido no município de Crissiumal/RS.

As paternidades biológica e afetiva exigem o mesmo tratamento. A Constituição Federal veda a discriminação e mantém todo o tipo de filiação em um mesmo patamar. Assim, os mesmos direitos que possui um filho de sangue, também os possui um filho afetivo. Ocorre que a legislação federal sobre o reconhecimento extrajudicial de filho, vem sendo aplicada somente aos filhos biológicos, restando a via judicial aos filhos socioafetivos, em especial os filhos de criação, sem paternidade estabelecida, que integram as famílias recompostas e são recepcionados como se fossem filhos de sangue pelos seus padrastos.

Neste sentido, apenas cinco Estados brasileiros possuem normas específicas que autorizam o reconhecimento extrajudicial de filho socioafetivo, surgindo uma enorme lacuna em relação à interpretação e aplicação destas normas, quando o ato de reconhecimento é lavrado num Estado que o permite, e o filho está registrado noutro Estado, onde a norma não existe, e neste deverá ser realizada a averbação correspondente.

Foi o que ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, que não possui norma específica, e recebeu um reconhecimento extrajudicial de filho socioafetivo lavrado num cartório de Santa Catarina, onde existe a norma prevendo este procedimento.

Assim, o presente trabalho pretende responder a seguinte pergunta: Em que medida deve ser aplicada a legislação federal de reconhecimento extrajudicial de filho aos filhos socioafetivos (filhos de criação), eis que somente cinco Estados prevêm este procedimento ?

Primeiramente serão estudados os princípios constitucionais norteadores da paternidade, emanados do princípio da dignidade da pessoa humana. Em seguida, será

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 analisada a paternidade na atual sociedade multicultural brasileira. Por fim, serão demonstradas as formas de reconhecimento extrajudicial de filhos, e o caso específico ocorrido na comarca de Crissiumal, Estado do Rio Grande do Sul, que ganhou destaque nacional.

1 A Dignidade Humana e Os Princípios Constitucionais Orientadores da Paternidade

A dignidade humana é o princípio orientador dos demais princípios constitucionais de Direito de Família. Sua origem remonta aos anos VIII e II a.C., quando surgiram e coexistiram alguns dos maiores nomes da História, tais como Zaratrusta, Buda, Lao-Tsé, Confúcio, Pitágora e Deutero-Isaías. Neste período nasce a Filosofia, provocando uma profunda reflexão da alma humana, com os questionamentos sobre a liberdade e a razão.¹

A evolução deste pensamento de liberdade e razão, proporcionou a ideia de igualdade entre os homens, desenvolvida por Aristóteles e solidificada por Sócrates, que afirmava que a essência do homem estava na alma e não no corpo. O estoicismo estruturou-se afirmando a existência de direitos inatos e iguais a todos os homens, devendo ele controlar suas paixões através da razão.²

Mais tarde Immanuel Kant afirmou que todos os homens tem direito à felicidade e, para tanto, deve-se fazer o bem, sendo isso um dever de todos. Fazer o bem de forma caritativa, sem maiores interesses, demonstra o valor mais alto do caráter, pois espalhar alegria aos que não a possuem é trata-los com dignidade, e esta é inerente a todos os seres humanos. As coisas podem ser substituídas, pois possuem um preço. Já as pessoas são insubstituíveis, porque possuem dignidade.³ A dignidade impõe um comportamento aos outros. O seu reconhecimento é o reconhecimento do outro como pessoa.⁴

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

⁴ BARZOTTO, Luiz Fernando. **Pessoa e Reconhecimento**: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio. *Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

A Declaração do Povo da Virgínia, em 1776, estabeleceu a igualdade entre os homens e a busca pela felicidade, o que foi confirmado duas semanas depois com a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Em 1789, com a Revolução Francesa surge a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão sob o lema: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Finalmente em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos consolidou a dignidade humana, a qual foi também recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1^a, inciso III. A dignidade, segundo Sarlet é uma

[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.⁵

Nesta linha, a dignidade consolidada na Carta Magna brasileira gerou uma gama de princípios, dentre os quais os de Direito de Família, que norteiam as relações familiares no Brasil. Dentre os princípios que irradiam do princípio da dignidade humana, destacam-se: o princípio da afetividade, o princípio do pluralismo das entidades familiares, o princípio da solidariedade, o princípio da igualdade da filiação e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A afetividade é um princípio que não está expresso em nossa Constituição, porém basta uma atenta leitura aos artigos 226 e 227 da Carta Magna para compreender a sua existência. A família de hoje não está mais ligada pelo sangue, mas sim pelo afeto. Como ensina Paulo Lôbo⁶: “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”.

Afeto, afetividade e amor não podem ser confundidos. O afeto cria vínculos, que podem ser positivos ou negativos. O contrário de afeto é o desafeto, a indiferença⁷. Já a afetividade é um estado psicológico, uma relação de carinho ou de cuidado que alguém

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana**: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p.19.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: família e sucessões*. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.392.

⁷ SIMÃO, José Bernardo. A afetividade e a responsabilidade. *Revista Ibdfam: Família e Sucessões*. Vol. 1. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 tem pelo outro.⁸ O amor, por sua vez, é a forma mais pura de afeto, a sua máxima expressão.⁹

O princípio do pluralismo das entidades familiares está previsto, de forma exemplificativa¹⁰, nos parágrafos 3^a. e 4^a. do artigo 226 da Constituição Federal. A sociedade multicultural brasileira é livre para formar e constituir os mais diversos modelos familiares, antes vinculados exclusivamente ao matrimônio. A família, no decorrer de sua história, sempre esteve sujeita a contínuas transformações, permanecendo, porém, com a sua função nuclear de socializar seus filhos.¹¹

Dentre as diversas formas de entidades familiares, destaca-se a família reconstituída, recomposta, pluriparental ou mosaico. Nesta forma familiar, o grupo se forma a partir da desconstituição de outros grupos familiares, onde seus integrantes possuem filhos de outros relacionamentos e se reagrupam formando uma nova célula.

O princípio da solidariedade familiar está vinculado ao princípio da fraternidade, objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do preâmbulo da nossa Constituição Federal. A solidariedade é o motor do comportamento¹² das pessoas, que devem sempre cuidar do seus parentes de forma humanitária. Ser solidário, ou fraterno, é propiciar ao próximo um direito à dignidade, e conseqüentemente à felicidade.

O princípio da igualdade da filiação trata-se de uma conquista da sociedade multicultural brasileira na Carta de 1988. Todos os filhos possuem os mesmos direitos e obrigações, independentemente da sua origem. O passado nebuloso de discriminação foi sepultado, e uma nova realidade permite a consolidação da família brasileira como célula de uma sociedade pluralista, solidária e fraterna.

Por fim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surge com a mudança estrutural da família do século XX, formada pelo amor, companherismo e afetividade¹³. A Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, trouxe o princípio pela primeira vez para os povos. Em 1989 ele foi reforçado na Convenção

⁸ MALUF, Adriana caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Porto Alegre, ago 2003. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>> acesso em: 03 fev. 2016

¹⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: famílias*. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹ HONNETH, Axel. *O direito a liberdade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

¹² AQUINI, Marco. *Fraternidade e direitos humanos*. In BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 sobre o Direitos da Criança e posteriormente foi consolidado na sociedade brasileira com a Carta Constitucional de 1988. Com base neste princípio, a família, a sociedade e o Estado devem proporcionar às crianças e aos adolescentes o acesso à felicidade, corolário da dignidade.

Assim, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana propicia a materialização de outros princípios de esfera familiar que, juntos e integrados, apresentam um rumo a atual sociedade multicultural brasileira.

2 A Paternidade na Atual Sociedade Multicultural Brasileira

A paternidade atual pode ser classificada, mas não diferenciada, como biológica ou afetiva. Toda paternidade é afetiva, mas nem toda ela é biológica¹⁴. Ser pai é possuir afeto por alguém reconhecido como filho. Quando existem apenas laços sanguíneos, mas não existe afeto, estamos diante de um genitor. “Pai é quem cria, genitor é quem gera¹⁵.” A paternidade é um fato cultural¹⁶, objeto dos sentimentos desenvolvidos durante uma vida em comum. É uma decisão.

Neste sentido, a paternidade será biológica quando pai e filho possuírem, além do afeto, um vínculo de sangue. Será biológica natural se fruto do acasalamento normal do homem e da mulher. Será biológica assistida homóloga, se a concepção for obtida através de técnicas de reprodução humana, com sêmem do marido ou companheiro, em conformidade com a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

Por outro lado, a paternidade será não biológica, mas afetiva, se fruto de técnicas de reprodução humana heteróloga, com material genético de doador anônimo, quando um dos cônjuges ou companheiros não pode gerar filhos, em conformidade com a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Será afetiva também, se decorrente de processo judicial de adoção ou da consolidação fática da posse de estado de filho (filho de criação).

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. Revista CEJ n. 34. Brasília: 2006, p.15. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>>. Acesso em 03 fev. 2016.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. Revista CEJ n. 34. Brasília: 2006, p.15. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>>. Acesso em 03 fev. 2016.

¹⁶ VILELLA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, maio de 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

Sobre o filho de criação, cabe aqui tecer algumas linhas mais detalhadas, eis que o cerne deste trabalho é o reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, ou seja, a paternidade como função, fruto do relacionamento de duas pessoas que não possuem o mesmo sangue, mas que se reconhecem como pai e filho dentro de um contexto familiar.

O filho de criação não é tão raro como se possa imaginar. Ele está presente em vários lares reconstituídos, onde cônjuges ou companheiros já possuíram relacionamentos anteriores, e trazem para este novo relacionamento um ou mais filhos. Comum é a mulher trazer seu filho ao novo relacionamento, onde ele é criado pelo padrasto, como se fosse pai.

Ressalta-se que muitos destes filhos possuem apenas a maternidade estabelecida. Independentemente do motivo, não foram reconhecidos pelos seus pais biológicos, sendo criados pelo marido ou companheiro da mãe. Neste relacionamento, o filho de criação, ou afetivo, ocupa o espaço de um filho de sangue, estando na posse do estado de filho.

Para que ocorra a posse de estado de filho, são necessários os seguintes elementos: nome (*nominatio*), trato (*tractatus*) e a fama (*reputatio*). O filho afetivo deve ser identificado pelo nome de família do pai afetivo, sendo tratado por ele como um filho de sangue, e isso deve ser público na sociedade em que vivem¹⁷. A ausência da *nominatio* não enfraquece a posse de estado de filho, se presentes os outros elementos, exigindo-se ainda uma certa duração e estabilidade¹⁸. A doutrina italiana aplica nestes casos a teoria da aparência¹⁹, desde que comprovada a relação íntima paterno-filial.

3 O Reconhecimento Extrajudicial de Paternidade

O reconhecimento de paternidade é um ato voluntário, livre, espontâneo, incondicional e irrevogável. Mais do que isso, o reconhecimento de paternidade é um ato de afeto, uma decisão de tornar-se pai de alguém, uma decisão de assumir e exercer a função paterna na vida de outra pessoa.

¹⁷ TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992

¹⁹ DELINSKI, Julie Cristine. **O novo Direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

A psicanálise revelou que é fundamental para a vida da criança que o seu nascimento tenha sido desejado; sentir-se filho do pai é tão fundamental para o desenvolvimento do indivíduo como o próprio fato de sê-lo. Também permitiu provar que, desde muito pequenos, os filhos percebem a realidade interna do pai, da mãe e dos seus sentimentos frente a ele.²⁰

Ser reconhecido como filho, é sentir-se amado, individualizado e integrado em uma entidade familiar, pertencente a um todo maior, que envolve também às pessoas ligadas ao círculo de relações do pai, gerando assim um sentimento de reconhecimento social, formador da personalidade, a qual é estruturada na necessidade de preservação da auto estima e no senso de identidade²¹.

A falta de reconhecimento, por outro lado, marca o indivíduo de forma cruel, atribuindo-lhe um sentimento incapacitante de ódio contra si mesmo, com poder autodepreciativo da sua personalidade, e destruidor da sua própria identidade. Reconhecimento e identidade possuem uma relação muito próxima, sendo o reconhecimento um dos fatores formadores da identidade de uma pessoa²².

O reconhecimento, portanto, não é apenas um fator biológico, mas sim um fator emocional e determinante para a formação da personalidade do indivíduo em desenvolvimento. Por isso se diz que a paternidade não é um fato da natureza, mas sim um fato cultural²³. O pai que educa, orienta e convive ao lado do seu filho nem sempre é o pai biológico. Ele é identificado pelo exercício da função paterna, permitindo ao filho, através da linguagem, o acesso à cultura, tornando-o um sujeito²⁴.

Para que o reconhecimento de paternidade surta efeitos jurídicos, ele deve ser documentado, e a forma extrajudicial, perante o notário ou o oficial do registro civil das pessoas naturais é, na atualidade, o meio mais rápido e prático de regularização desta situação de fato.

A lei 10.406/02, que instituiu o novo Código Civil, repetiu no artigo 1609 as formas de reconhecimento de paternidade já descritas no artigo 1^a. da lei 8.560/92, permitindo que o ato seja realizado diretamente no registro de nascimento, ou

²⁰ ABERASTURY, Arminda; SALAS, Eduardo J. **A paternidade: um enfoque psicanalítico**. Tradução: Maria nestrovsky Folberg. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984, p.68.

²¹ ZIMERMAN, Davi E. **Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica**. Uma abordagem didática. Porto Alegre: Artmed, 1999.

²² TAYLOR, Charles et al. **Multiculturalismo**. Tradução: Marta Machado. Lisboa: instituto Piaget, 1994.

²³ VILELLA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, maio de 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
posteriormente através de instrumento público ou particular, ou ainda por testamento. Admite-se também o reconhecimento perante o juiz, independente do tipo de processo.

Em 2012 o Conselho Nacional de Justiça, buscando facilitar ainda mais o reconhecimento de paternidade, publicou o Provimento 16/2012, permitindo que o pai compareça a qualquer cartório de registro civil do país, independente de onde esteja registrado o filho, e declare a paternidade de alguém que não possui esta informação em seu registro. Se o filho for criança ou adolescente, deverá ser colhida a anuência da mãe. Se a pessoa reconhecida for maior de idade, deverá dizer se concorda ou não com o reconhecimento.

Tanto as leis federais, como a norma do Conselho Nacional de Justiça, não informam se os procedimentos são aplicáveis apenas aos filhos biológicos ou também aos filhos afetivos, de criação. Sabe-se que a filiação está toda em um mesmo patamar, desde a Constituição Federal de 1988, mas a falta de um dispositivo expreso sobre a paternidade socioafetiva têm criado obstáculos à estas relações familiares.

Nesta linha, alguns Estados brasileiros publicaram, através das corregedorias dos seus Tribunais de Justiça, normas sobre o reconhecimento de filho socioafetivo, sendo eles Pernambuco, Ceará, Maranhão, Santa Catarina e Amazonas. Nestes Estados, pode o pai reconhecer o filho de criação, se este não possuir o nome do pai biológico no seu registro de nascimento, respeitada sempre a anuência da mãe, ou do filho maior conforme o caso.

No registro, o ato será averbado, sendo emitida nova certidão de nascimento, agora com o nome do pai. Não se mencionará no documento a origem da filiação, nem a data do seu reconhecimento, como forma de evitar qualquer tipo de discriminação.

4 O Reconhecimento Extrajudicial de Paternidade Socioafetiva no Estado do Rio Grande do Sul

A ausência de uma norma específica no Estado do Rio Grande do Sul não impediu a realização do reconhecimento de paternidade socioafetiva de uma criança nascida e registrada sem o nome do pai em Crissiumal/RS, que posteriormente estabeleceu residência em Palhoça/SC com a mãe e o padrasto.

Amparado pela norma catarinense (Provimento 11/2014), que prevê o reconhecimento extrajudicial de paternidade socioafetiva em qualquer cartório de

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

registro civil do Estado, o padrasto, acompanhado da mãe, compareceu ao cartório de Palhoça/SC e declarou-se pai afetivo da criança, com a anuência materna.

Autuado o expediente, ele foi remetido ao Rio Grande do Sul para averbação no registro de nascimento da criança, onde não existe norma prevendo este procedimento. Recebido o expediente no cartório de registro civil de Crissiumal/RS, onde está registrada a criança sem paternidade estabelecida, o registrador protocolou a documentação e, após ser informado pela Corregedoria Geral de Justiça que se tratava do primeiro caso no Estado, emitiu um parecer favorável à averbação, encaminhando o pedido, de forma administrativa, ao juiz diretor do foro da comarca, o qual encaminhou ao Ministério Público para parecer.

Conclusos os autos, mesmo com o parecer desfavorável do Ministério Público, o juiz autorizou, de forma inédita, a averbação do reconhecimento de paternidade socioafetiva no registro da criança, o que foi noticiado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sua página²⁵, recebendo repercussão nacional²⁶ em outros veículos²⁷ de comunicação.

Considerações Finais

O caso de reconhecimento extrajudicial de filho socioafetivo na comarca de Crissiumal/RS, foi o primeiro que se teve notícia no Estado do Rio Grande do Sul. Apesar do ato de reconhecimento ter sido lavrado em outro Estado (Santa Catarina), que possui norma específica autorizando o oficial do registro civil a colher a declaração do pai afetivo com anuência da mãe, o Rio Grande do Sul não possui norma neste sentido. Em solo gaúcho, aplicam-se as leis federais que tratam da matéria, e neste sentido elas são omissas quando ao filho de criação.

Ocorre que a Constituição Federal veda a discriminação entre as várias espécies de filiação, não sendo possível compreender que as normas federais de reconhecimento extrajudicial de filho sirvam apenas aos filhos biológicos. Ao filho do coração, também

²⁵ Disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em : < <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=278780>> acesso em 03 fev 2016.

²⁶ Disponível no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5725/Comarca+riograndense+autoriza+reconhecimento+extrajudicial+de+paternidade+socioafetiva>> acesso em 03 fev 2016.

²⁷ Disponível no site da Associação dos Advogados de São Paulo em: < http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar_noticia.asp?id=46913&tipo=N> acesso em 03 fev 2016.

é dado o direito de ter um pai, não só de fato, mas também no seu registro de nascimento.

E se existe um pai não biológico que quer reconhecer este filho, não pode o oficial do registro civil negar-se a colher esta declaração, sob pena de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade da filiação.

Deve o oficial do registro civil documentar a declaração do pai, com anuência da mãe, ou do próprio filho, conforme o caso, ou receber a documentação enviada por outro ofício do registro civil, e valer-se do procedimento de dúvida previsto no artigo 198 da lei dos registros públicos ou remeter o expediente diretamente ao seu juiz corregedor sob forma de consulta.

Agindo desta forma, estará o oficial do registro civil prevenindo e evitando a prática costumeira da adoção à brasileira, que consiste na declaração falsa de paternidade em cartório, uma forma criada pela sociedade para escapar do processo judicial de adoção.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: famílias**. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ABERASTURY, Arminda; SALAS, Eduardo J. **A paternidade: um enfoque psicanalítico**. Tradução: Maria nestrovsky Folberg. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Porto Alegre, ago 2003. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>> acesso em: 03 fev. 2016.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e Reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo Direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

HONNETH, Axel. **O direito a liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. Revista CEJ n. 34. Brasília: 2006, p.15. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>>. Acesso em 03 fev. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: família e sucessões**. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MALUF, Adriana caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SIMÃO, José Bernardo. A afetividade e a responsabilidade. **Revista Ibdfam: Família e Sucessões**. Vol. 1. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014

TAYLOR, Charles et al. **Multiculturalismo**. Tradução: Marta Machado. Lisboa: instituto Piaget, 1994.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, maio de 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

ZIMERMAN, Davi E. **Fundamentos psicanalíticos:** teoria, técnica e clínica. Uma abordagem didática. Porto Alegre: Artmed, 1999.

NOÇÕES INTERATIVAS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS IDEIAS DA SUSTENTABILIDADE: COMPREENDENDO A INGERÊNCIA ENTRE OS INSTITUTOS COMO RESPALDO DO DIREITO À VIDA DIGNA

**Juliete Ruana Mafra Granado
Marcos Leite Garcia**

Considerações Iniciais

Pela percepção de Edgar Morin (2010, p. 34), “tudo, neste mundo, está em crise. Dizer crise é dizer – já o vimos anteriormente – progressão das incertezas. [...] O planeta vive, cambaleia, gira, arrotta, soluça, geme sem contar com o amanhã. Tudo é feito, vivido, a curto prazo”.

Conquistar a natureza sempre foi o grande desafio do homem. Certamente, a proteção do meio ambiente não fez parte da tradicional cultura humana. Ao longo da história, o homem dominou a natureza, subjugando-a e explorando-a, sem se preocupar com a escassez dos recursos naturais, firme no crescimento da sociedade industrial (BECK; 2010, p. 7-10).

À medida que o crescimento econômico tomou proporções demasiadas, acabou por repercutir, cada vez mais forte, em catástrofes ambientais e consequências degradantes. Até o início da década de 1970, dominava o pensamento mundial no sentido de que o meio ambiente seria fonte inesgotável de recursos e que qualquer ação de aproveitamento da natureza não haveria fim. Entretanto, fenômenos como secas, chuva ácida e a inversão térmica alertaram o meio social, fazendo com que essa visão ambiental começasse a ser questionada¹.

A tomada de consciência da crise ambiental é deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade globalizada estão em conflito com o equilíbrio natural, e com a qualidade de vida (LEITE; AYALA, 2010. p. 23).

¹ SENADO FEDERAL. **Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Revista em discussão. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em 2015.

“O movimento ambientalista, sob tal prisma, objetiva ‘corrigir’ as distorções – leia-se, crise ecológica – que o Mercado e o Estado não foram capazes de evitar e solucionar sozinhos” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 35).

No dizer de Ramon Martin Mateo (1991; p. 27): “[...] o homem de hoje usa e abusa da natureza como se fosse o último inquilino deste planeta miserável, como se por trás dele não se anunciasse futuro. A natureza torna-se assim o bode expiatório do progresso”.

Há que se repensar e se aplicar imediatamente um modelo de desenvolvimento que leve em consideração as gerações futuras e uma política que tenha como base a preservação dos recursos naturais a longo prazo (LEITE; AYALA, 2010. p. 23).

Assim, Leobardo Boff (2012. p. 14) questiona: “como organizar uma aliança de cuidado para com a Terra, a vida humana e toda a comunidade de vida e assim superar os riscos referidos? A resposta só poderá ser: sustentabilidade, real, verdadeira, efetiva e global”.

Por tudo isso, compreender o fenômeno da sustentabilidade consiste em buscar responder aos anseios contemporâneos sobre os riscos do crescimento econômico desenfreado, em prol de prevenir e melhorar a vivência humana qualitativa no planeta, ou seja, com base no direito humano à vida.

Destarte, o objeto da presente pesquisa é a análise dos Direitos e Humanos como base aos ideais do fenômeno da sustentabilidade. O Objetivo é observar a relação de ingerência dos dois institutos, compreendo-os em interação a sustentabilidade é baseada no garantia do direito à vida humana durável e qualitativa no planeta.

Quanto à Metodologia, a pesquisa será composta na base lógica Indutiva como uso das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional da Pesquisa Bibliográfica.

1 Aspectos gerais do processo histórico-social dos Direitos Humanos

A questão dos direitos humanos enseja inúmeras reflexões. Grandes juristas, historiadores e até filósofos se sujeitaram a esclarecer de uma forma objetiva; trazendo consigo definições muitas vezes ligadas a sua própria ideologia, filosofia ou posição política.

No entanto, Norberto Bobbio alerta acerca das dificuldades ligadas a busca do fundamento absoluto destes direitos, como também ressalta que a maioria das

definições existentes são meramente tautológicas (2004, p. 37) Em seu entendimento, os direitos do homem são:

Direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Ademais, Perez Luño (2005, p. 27) cita as conceituações de Bobbio, e apresenta suas conclusões acerca dos direitos humanos como indefinidas ou pouco satisfatórias. Além das conceituações tautológicas, ele esclarece que a fundamentação formal não especifica o conteúdo destes direitos, apenas os tratam como os deverem que devem pertencer a todos os homens. Entretanto, as definições teleológicas acrescentam ao significado a necessidade de tais direitos em garantir o progresso social e o desenvolvimento da civilização.

Registra-se ainda que Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 6º afirma que em todo e qualquer lugar, todo homem detém o direito de ser reconhecido como pessoa. Neste caso cabe notar que a pessoa humana além de ser considerada a legisladora universal em função dos valores a que aprecia, é reconhecida também como também o sujeito o qual se submete voluntariamente a essas normas valorativas.

Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 50) acrescenta o entendimento de que os direitos humanos seriam:

un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y a igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional.

O período da alta Idade Média foi marcado pelo desmanche do poder político e econômico com a instituição do feudalismo, onde a terra era a principal fonte de poder; logo, quem possuísse a maior parte do território controlava tudo e todos. Contra esses abusos de concentração de poderes, começaram a surgir manifestações de rebeldias, entre elas a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e principalmente a Magna Carta, em 1215 na Inglaterra (COMPARATO, 2005, p. 44).

Neste norte, um século antes da Revolução Francesa foi promulgada a Declaração de Direitos “*Bill of Rights*”, que apesar de não ter sido expresso exatamente

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
como uma declaração de direitos humanos, criou garantias institucionais com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana. Estes direitos seriam estabelecidos cem anos mais tarde na França e nos Estados Unidos (COMPARATO, 2005, p. 90).

No ano de 1787 foi proclamada a Constituição dos Estados Unidos, que até hoje serve como fundamento para outras constituições (COTRIM, 1999, p. 246). Já nos países localizados na Europa Ocidental, os direitos humanos ganharam espaço e respeito a partir das Declarações de Direitos da Revolução Francesa, em 1789 (COMPARATO, 2005, p. 146).

O ano de 1864 ficou marcado pela Convenção de Genebra que inaugurou o chamado Direito Humanitário, conjunto de normas as quais deveriam ser requeridas em tempos de guerra ou conflitos armados. Foi a primeira introdução dos direitos humanos no âmbito internacional.

Após a independência dos Estados Unidos, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos foi a mais marcante da América no século XX. A Carta mexicana esteve passos a frente do ordenamento jurídico europeu por ter sido a primeira a normatizar os direitos trabalhistas na qualidade de direitos fundamentais.

Dois anos após, reunidos na cidade de Weimar os alemães votaram em Assembléia a Constituição Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar (COMPARATO, 2005, p. 189).

No encerramento da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas em 26 de junho de 1945, cinquenta e um Estados assinaram a Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Estado brasileiro no mesmo ano. Com o principal objetivo de manter a paz e a segurança internacional, a Carta das Nações Unidas surgiu como uma esperança e um sinal de alerta para que toda a humanidade viesse a se unir e colaborar em âmbito universal na reorganização internacional, com alicerces firmados no respeito incondicional à dignidade humana.

Em 1946 foi aprovado o estatuto da Comissão de Direitos Humanos que abrangia dois objetivos: o de promover e o de resguardar a dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 2005, p. 213).

O projeto da Declaração de Direitos Humanos foi aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e continuou o processo iniciado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa,

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 estabelecendo a igualdade entre todos os seres humanos não importando suas origens, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou qualquer outra condição.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais desenvolvidos através do conteúdo relacionado aos Direitos Humanos resguardados pela Declaração Universal de 1948.

Por fim, como solução encontrada para a reconstrução de um novo paradigma o qual viesse tornar possível o alcance de tais direitos a toda comunidade, se deu início ao processo de internacionalização dos direitos humanos, com o objetivo de abranger toda a Comunidade Internacional na tentativa de universalizar os direitos humanos.

2 Os Direitos Humanos como base aos ideais da sustentabilidade: compreendendo a interação dos institutos

Com o processo de reconhecimento histórico-social dos direitos humanos, novo anseio surgiu em face da crise ambiental, fazendo despontar os ideais de sustentabilidade, que tem repercutido na seara global contemporânea.

Em 1972, convocou-se a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, que produziu a Declaração sobre Ambiente Humano, estabelecendo princípios para questões ambientais internacionais, incluindo direitos humanos, gestão de recursos naturais, prevenção da poluição, dando surgimento ao direito ambiental internacional, elevando a cultura política mundial de respeito à ecologia, e servindo como o primeiro convite para a elaboração de novo paradigma econômico e civilizatório para os países².

Na reunião de Estocolmo, originou-se o momento de constatação e alerta global sobre a degradação ambiental. A Declaração da Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Meio Ambiente descreveu assim: “defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade”³.

² SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em 2015.

³UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP).**Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente** (Estocolmo, 1972), parágrafo 6. Disponível em:

Deste modo, a conferência de Estocolmo criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, inaugurando a agenda ambiental, permitindo iniciar a relação entre ambiente e desenvolvimento, dando as primeiras referências de Desenvolvimento Sustentável, que na época tinha por termo “ecodesenvolvimento”. Tratou-se dos primeiros passos para o pensamento verde⁴.

Em 1983, o Relatório de Brundtland, feito pela chefe da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, conceituou Desenvolvimento Sustentável como: “a satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”⁵. O Relatório complementa que: “um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras”⁶, “o Desenvolvimento Sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos”⁷.

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad), realizada no Rio de Janeiro, marcou a forma como a humanidade encarava sua relação com o planeta. Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra⁸ foi ocasião em que a comunidade política internacional admitiu claramente que era preciso conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>. Acesso em 2015.

⁴ SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em 2015.

⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em 2015.

⁶ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em 2015.

⁷ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em 2015.

⁸ Nesta ocasião, 179 países participantes da Rio 92 acordaram e assinaram a Agenda 21 Global, um programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado “Desenvolvimento Sustentável”. O termo “Agenda 21” foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI. A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. In: Organização das Nações Unidas - ONU. **Agenda 21**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em 2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
natureza, pensando no conceito de desenvolvimento sustentável e começando a moldar ações com o objetivo de proteção ambiental⁹.

Em 2000, ao analisar os maiores problemas mundiais, a ONU estabeleceu **8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**, – ODM, que no Brasil são chamados de 8 Jeitos de Mudar o Mundo – os quais devem ser atingidos por todos os países até 2015. São eles: **objetivo 1**, erradicar a pobreza extrema e a fome; **objetivo 2**, atingir o ensino básico universal; **objetivo 3**, promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; **objetivo 4**, reduzir a mortalidade infantil; **objetivo 5**, melhorar a saúde materna; **objetivo 6**, combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; **objetivo 7**, garantir a sustentabilidade ambiental; **objetivo 8**, estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento¹⁰.

Em relação aos Objetivos do Milênio, Gabriel Real Ferrer¹¹ orienta que encontra total pertinência com a ideal de sustentabilidade, não só o sétimo, mas todos os objetivos, vez que juntos possibilitam a harmonia social:

Sustentabilidade se encontra mais bem relacionada com os objetivos do milênio, que orientam a ação da humanidade. O objetivo ambiental é garantir as condições ambientais que tornam possível a vida humana no planeta. Em contraste, os outros dois aspectos da sustentabilidade, o social que lida com a inclusão, evitar a marginalização, com incorporar novos modelos de governança, etc., e o aspecto econômico que se relaciona com o crescimento e distribuição da riqueza, relacionam-se com dignificar a vida. A sustentabilidade diz que não basta apenas fornecer o alimento, mas a condição humana exige garantir as dignas condições de vida.

⁹ SENADO FEDERAL. Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>. Acesso em 2015.

¹⁰ **Objetivos do Milênio**. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

¹¹ “La sostenibilidad se encuentra más bien relacionada con los objetivos del milenio, que son la guía de acción de la humanidad. El objetivo de lo ambiental es asegurar las condiciones que hacen posible la vida humana en el planeta. En cambio, los otros dos aspectos de la sostenibilidad, los sociales que tienen que ver con la inclusión, con evitar la marginalidad, con incorporar nuevos modelos de gobernanza, etcétera, y los aspectos económicos, que tienen que ver con el crecimiento y la distribución de la riqueza, tienen que ver con dignificar la vida. La sostenibilidad nos dice que no basta con asegurar la subsistencia, sino que la condición humana exige asegurar unas las condiciones dignas de vida”. Com livre tradução, feita pela mestrandia, no corpo do desenvolvimento da pesquisa. FERRER, Gabriel Real. **El derecho ambiental y el derecho de La sostenibilidad**. In: PNUMA. Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. 2008. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 15 fevereiro de 2014.

Nos termos de Luís M. Jiménez Herrero (2003, p. 43), convém que o processo ecológico busque “eficiência e equidade no lugar de uma simples incorporação do fator ambiental ao paradigma da economia clássica”¹².

Dessa forma, na Conferência Rio+10, em Joanesburgo, a expressão ‘Sustentabilidade’ passa a ter maior adequação. Isso porque consolidou a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deveria ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor (BODNAR, 2011. p. 329-330).

A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), ocorrida no Rio de Janeiro, teve a missão de renovar compromissos com o desenvolvimento sustentável em meio a urgências ambientais, sociais, econômicas e políticas, entrando na definição de metas para evitar a degradação do meio ambiente. Tornou-se a “onda do medo”, certificando os efeitos degradantes dos danos ambientais e confirmando a firme necessidade de medidas resolutivas eficazes em cuidado ao futuro do planeta¹³.

Assim, a sustentabilidade consiste no pensamento de capacitação global para a preservação da vida humana equilibrada, conseqüentemente, da proteção ambiental, mas não só isso, também da extinção ou diminuição de outras mazelas sociais que agem contrárias a esperança do retardamento da sobrevivência digna do homem na Terra (SOUZA, 2012; 239-252).

A sustentabilidade leva, em si, a vontade de articular uma nova sociedade capaz de se perpetuar no tempo com condições dignas. A deterioração material do planeta é insustentável, mas a pobreza também é insustentável, a exclusão social também é insustentável, assim como a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica. A sustentabilidade compreende não somente na relação social entre o econômico e o ambiental, mas do equilíbrio humano frente às demais problemáticas (FERRER; 2012, p. 319).

¹² “[...] eficiencia e equidaden lugar de una simples incorporación do factor ambiental al paradigma da economía clásica” Com livre tradução, feita pela mestranda, no corpo do desenvolvimento da pesquisa. .

¹³ CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. **Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade**. Disponível. <http://www.institutosocioambientaldhc.com.br/artigos/n-a/>. Acesso em 2015.

Assim, “uma sociedade considerada sustentável é aquela na qual o triângulo da sustentabilidade - economicamente viável, socialmente justo e ecologicamente correto - é uma realidade”, menciona Valdir Lamim-Guedes (2012, p. 223-238).

O pensamento decorrente dos ideais da sustentabilidade corresponde à garantia de bem-estar equilibrado de forma duradoura, ou seja, consiste no direito das futuras gerações em ter modo de vida qualitativo e digno, com garantia da biodiversidade e de ações sócio-econômicas com equidade intergeracional. É o direito a dignidade de vida no futuro. Ora, o cuidado para com a sustentabilidade é que determina “a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro”, comenta Juarez Freitas (2012, p. 73-74).

Assim, “o princípio da Sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva”, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização, orienta Enrique Leff (2006, p. 31).

Sem dúvidas, a sustentabilidade consiste num conjunto de medidas e preceitos mediante os quais se fortalece a base das garantias aos direitos humanos, sendo ainda, originários destes, pois é fenômeno que abarca os valores que sustentam a liberdade, a justiça e a igualdade, que se converteram em princípios universais de direito e que inspiram o ordenamento jurídico das nações mais civilizadas da comunidade internacional.

Considerações Finais

A constatação da crise ambiental tendeu a remodelar o pensamento de crescimento econômico, com vistas a integrar o bem ambiental como elemento dum novo modelo, ponderoso com o acúmulo de capital e a produção de riqueza em detrimento da qualidade de vida. Tal corrente conscientizada fez despontar os primeiros ideais que compõem a sustentabilidade.

Incumbidas pelo ensejo, diversas deliberações em Cimeiras decorreram pela busca do ideal sustentável. As reuniões de Cúpulas culminaram em metas, propostas, relatórios, acordos..., foram responsáveis em compreender os novos anseios da sociedade pós-moderna.

No entanto, é clarividente que este cenário só foi passível de despontamento por todo o processo histórico-social já decorrido em favor do reconhecimento dos Direitos Humanos. Tornando possível compreender que o direito ao meio ambiente integra os direitos humanos, como respaldo ao direito à vida, e que as bases sustentáveis decorrem dessa garantia em caráter internacional.

A preservação ambiental, juntamente do equilíbrio econômico- social possibilita a manutenção da dignidade da pessoa humana. Trata-se, logo, da permissão de que as futuras gerações também possam exercer a sua liberdade. Sob os moldes da sustentabilidade é que se alcança a dignidade da pessoa humana, e logo, o direito à vida. Assim, a sustentabilidade está solidificada nas diretrizes dos direitos humanos.

Por todo o esforço, a sustentabilidade é pensamento crescente no cenário jurídico global, cuidando da preservação futura da vida humana qualitativa na Terra sob todos os aspectos dimensionais que a integram.

Sem o cenário instituído pelo processo histórico-social de reconhecimento dos direitos humanos não se viabilizaria bases para o ideal da sustentabilidade, porquanto a interação dos institutos priorizou os direitos universais do homem, complementando-se na primazia de garantir o direito à vida digna e durável entre as presentes e futuras gerações.

Referências

BECK, Ulrich. 1944. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. Título original: Risikogesellschaft: aufdem Weg in eineandereModerne.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. p. 329-330. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica>. Acesso em 2015.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. 2. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elevation, 2004.

CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade. Disponível. <http://www.institutosocioambientaldhc.com.br/artigos/n-a/>. Acesso em 2015.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COTRIM, Gilberto. **História global, Brasil e geral**. Vol. Único. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRER, Gabriel Real. **El derecho ambiental y el derecho de La sostenibilidad**. In: PNUMA. Programa regional de capacitacion em derecho y políticas ambientales. 2008. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 15 fevereiro de 2014.

FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 2015.

HERRERO, Luis M. Jiménez. Cambio global, desarrollosostenible y economia ecológica. In: HERRERO, Luis M. Jiménez; TAMARIT, Francisco J. Higón. **Ecología y economia para undesarrollosostenible**. PatronatSud-Nord. Solidaritat i Cultura – F.G.U.V. Publicacions de La Universitat de València: Valencia, ES. 2003.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

LAMIM-GUEDES, Valdir. **Consciência negra, justiça ambiental e sustentabilidade. Sustentabilidade em Debate**. Brasília, v. 3, n. 2, p. 223-238, jul/dez 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidalde, racionalidade, complexidade e poder. Tradução de Lúcia M. E. Horth. Petrópolis: Vozes, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. Derechos humanos, Estado de derecho y constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MATEO, Ramon Martin. **Tratado de derecho ambiental**. v.1. Madrid: Trivium, 1991.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** 1921. Tradução: Francisco Morás. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. Título original: Ôuva Le monde? Organização das Nações Unidas - ONU. **Agenda 21**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em 2015. **Objetivos do Milênio**. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2013.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

SENADO FEDERAL. **Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92:** agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Revista em discussão. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em 2015.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. 20 anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. Revista da Unifebe. 2012; 11 (dez): 239-252. Disponível: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em 2015.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). **Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972), parágrafo 6.** Disponível em:

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>. Acesso em 2015.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CASOS DE CONFLITOS FAMILIARES NO ÂMBITO EXTRAJUDICIAL & JUDICIAL IRÁ COLABORAR COM A AUTOCOMPOSIÇÃO?

Mauro José Gaglietti

Considerações Iniciais

Atualmente, o tema mediação está em voga em virtude do papel que passa a exercer na conjectura do Código de Processo Civil que vigorará no Brasil a partir de março de 2016. Nesse contexto, o presente estudo objetiva examinar a institucionalização da mediação no Brasil voltada, sobretudo, para alcançar os conflitos associados à família. Assim, parte-se dos tópicos aprovados no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e na lei 13.140/2015 para refletir acerca da necessidade da preparação cultural do conjunto da sociedade, das famílias e dos profissionais do Direito que acima de tudo irão operar, na verdade, um marco teórico que já está internalizado em suas práticas jurídicas no âmbito das relações sociais mais amplas.

Assim, é imprescindível diferenciar a mediação e a conciliação como meios de autocomposição do conflito, apontando suas principais diferenças a partir do papel que a figura do terceiro (mediador e conciliador) desempenha nestes institutos. Ainda, é importante identificar iniciativas de legislar a mediação de forma a desenhar seu movimento de institucionalização normativa no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Por fim, se leva em conta as particularidades inerentes à mediação como uma forma de solução diferente da conciliação e do modelo adjudicatório, apresentando-se tópicos acerca da forma como as práticas da mediação podem ser desenvolvidas no campo das disputas judiciais relativas aos conflitos familiares. Salienta-se, ainda, que a mediação que está sendo institucionalizada no Brasil leva em consideração o aspecto extrajudicial e judicial. Nesse último caso, pode-se evitar o processo judicial (mediação antes da ação judicial) ou durante o processo judicial. Salienta-se, ainda, que no caso de as partes optarem pela mediação extrajudicial, o referido processo será interrompido pelo magistrado para que as famílias e casais possam encontrar na mediação um momento de diálogo voltado ao entendimento autocompositivo.

1 A institucionalização da mediação por iniciativa do Estado e com certa participação da sociedade

A mediação judicial e extrajudicial¹ agora está instituída no Brasil. A magistratura encontra-se autorizada a examinar cada caso concreto e verificar - antes de instalar o processo judicial – se é uma situação própria à mediação ou à conciliação, enviando, assim, para o CEJUSC (*Centro Judiciário de solução de conflitos e cidadania* estando instalado ainda em poucas comarcas do Poder Judiciário nas cidades brasileiras) tendo em vista o tratamento adequado ao conflito². Assinala-se que tal procedimento poderá ter uma resposta em até 60 dias, prorrogáveis apenas se houver acordo entre as partes. Porém, salienta-se, ao mesmo tempo, que nenhuma pessoa será obrigada a submeter-se a essa tentativa de busca de entendimento. No caso da mediação extrajudicial, o mediador disciplina como será o procedimento e não há prazo definido para sua conclusão³.

¹ Foi aprovado pelo Senado do projeto de lei que regulamenta a mediação judicial e extrajudicial para solução de conflitos no Brasil. Assim, derrubaram-se as restrições impostas pelo novo Código do Processo Civil (CPC) para advogados se tornarem mediadores. Pelo visto, a lei especial da mediação prevalece sobre a geral, que seria o CPC. O artigo 167, parágrafo 5º, do novo CPC criou um entrave para advogados que também são mediadores. O dispositivo prevê que os mediadores, conciliadores e as câmaras privadas terão inscrição em um cadastro nacional dos tribunais. Será feito um registro de profissionais habilitados, com indicação da área profissional de cada um. Porém, o CPC afirma que estes profissionais cadastrados, “se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”. Pode-se interpretar que agora, o advogado poderá ser mediador judicial ou escolhido pelas partes para fazer uma mediação no Judiciário e atuar naquele juízo. Observa-se, no novo marco regulatório da mediação, a definição segundo a qual a mediação será exercida - como atividade técnica - por pessoa imparcial, sem poder de decisão, que auxilia as partes envolvidas a encontrarem soluções. A legislação estabelece que qualquer conflito pode ser mediado, inclusive na esfera da Administração Pública. Entretanto, ficam de fora casos que tratem de filiação, adoção, poder familiar, invalidade de matrimônio, interdição, recuperação judicial ou falência. As partes têm direito de ser acompanhadas por advogado ou defensor público.

² Consta das decisões legislativas, entre as alterações de maior impacto, o amplo incentivo à autocomposição. Para tanto, os Tribunais deverão ter centros judiciários de solução consensual de conflitos, objetivando a realização de sessões e audiências de conciliação e de mediação (no caso do Rio Grande do Sul, já há instalados os CEJUSCs em 23 comarcas até dezembro de 2015).

³ No novo CPC a conciliação, a mediação e a arbitragem deverão ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Na petição inicial deverá constar a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. O juiz, por sua vez, designará essa audiência, que poderá ocorrer em duas sessões ou mais, desde que não ultrapasse dois meses da data de realização da primeira sessão e desde que imprescindíveis à composição das partes por meio do diálogo e do entendimento, voltados à construção do acordo. O CPC prevê, ainda, que antes de julgar um processo, o juiz incentivará o diálogo e o entendimento entre as partes. Percebe-se, assim, que o objetivo na nova lei é estimular a autocomposição entre as partes envolvidas em controvérsias quando preceitua que: não se realizará a audiência de conciliação ou mediação se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse no acordo; a audiência poderá realizar-se por meio eletrônico; e haverá aplicação de multa diante do não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência. Neste último caso a aplicação da multa poderá gerar discussão, pois o autor indicará na inicial seu interesse na autocomposição e o réu, caso não tenha interesse no acordo, deverá peticionar sobre seu desinteresse com antecedência.

Entre os princípios que orientam a mediação encontra-se a imparcialidade do mediador, a isonomia entre os envolvidos no conflito, a informalidade, a boa-fé, a busca de entendimento e a confidencialidade (Art. 02 da Lei 13.140/2015). Nesses termos, qualquer pessoa com confiança das partes e que se considere apta pode ser mediador extrajudicial. Nesse caso, o mediador não precisa integrar ou se inscrever em qualquer tipo de conselho ou associação. Já o curso de graduação (dois anos de graduado no mínimo) é um requisito para o mediador judicial (quando o caso já chegou ao Judiciário) e ter sido capacitado em instituição reconhecida pela Escola Nacional de Formação de Magistrados ou pelos próprios tribunais ou pela Escola Nacional de Mediação ou pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

Os tribunais, a propósito, deverão contar com um cadastro atualizado com o nome dos mediadores e definirão a remuneração desses profissionais, a ser paga pelas partes do processo. Ainda de acordo com o texto, o mediador será escolhido pelas partes no âmbito extrajudicial, ou, se indicado pela Magistratura, deverá ser aceito por elas. Aos mediadores se aplicam as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. O mediador também não poderá advogar, assessorar, representar ou patrocinar qualquer parte que tenha se submetido à mediação por ele conduzida no último ano. Também é proibido ao mediador ser árbitro ou testemunha em processos judiciais ou arbitrais (decididos por juízes privados) sobre conflito que tenha mediado.

Assim, essa nova função requer um novo profissional, no caso, o mediador, quando estiver atuando na esfera judicial e/ou na extrajudicial, encontra-se equiparado aos servidores públicos para efeitos da legislação penal. A proposta também faculta a estados, distrito federal e municípios, bem como empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de tratamento dos conflitos buscando, por meio do diálogo e do entendimento, um acordo extrajudicial como saída autocompositiva do conflito. O que consta nesse projeto de lei está em consonância com o novo CPC (Código de Processo Civil)⁴ é o sentido pedagógico contido em uma lei.

⁴ O texto da Lei 13.140/2015 aprovada em junho de 2015 e que entrou em vigor em 26 de dezembro do mesmo ano, foi elaborado a partir do envolvimento de mais de 100 audiências públicas, que reuniu cerca de 80 mil E-mails, além de contribuições das universidades e de juristas. Essa mobilização toda se deu por iniciativa de pessoas que já militavam no campo da mediação de conflitos no Brasil dentro do Estado e em outras instâncias extrajudiciais. No dia 16 de março de 2015 o novo Código Processo Civil (CPC) foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff. Assim, o novo Código de Processo Civil entrou em vigor

Nessa sentido, percebe-se que há um incentivo ao diálogo e ao entendimento, voltando-se, assim, para a busca da construção de um acordo que possa satisfazer a todas as pessoas envolvidas no conflito. Provavelmente, o novo texto – e, sobretudo, o seu entendimento e a sua implementação – poderá colaborar com a alteração da cultura do litígio por meio da judicialização das controvérsias que ocorrem no âmbito social, e, ao mesmo tempo, poderá reduzir a quantidade de processos junto ao Poder Judiciário⁵.

A lei sancionada delimita bem o papel do conciliador e do mediador. Destaca-se, assim, que, se por um lado, o conciliador tem a prerrogativa de sugerir uma solução e operará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. O mediador, por outro, tem a função – essencial- de facilitar a comunicação entre as partes tendo por meta restaurar o diálogo, para que – posteriormente - o conflito em si possa ser tratado. Além disso, assinala-se que a atuação do mediador estará voltada, prioritariamente, para os casos em que houver vínculo anterior entre as partes, como nas desavenças envolvendo casais, família, vizinhança, amigos e colegas de aula ou de trabalho.

Busca-se, nesses termos, como alternativa de solução da controvérsia a composição amigável, na medida em que o direito processual deve estar a serviço do direito material. Entretanto, cabe também às partes se disporem a resolver o caso, deixando para o Poder Judiciário somente a apreciação de processos muito complexos. Contudo, o novo CPC não conseguirá de forma isolada resolver o problema de excesso de ações judiciais. Assim, devem-se adotar várias outras medidas no campo da educação, do ensino, da cultura e de um trabalho junto à mídia para sair do hábito das

dentro no dia 18 de março de 2016. Esse tempo, pelo visto, foi insuficiente para que magistrados, promotores e advogados pudessem adaptar-se às novas regras (se houvesse mais tempo, nada mudaria, em termos culturais e de iniciativas institucionais). A nova lei substituirá o CPC editado no regime militar (1973) e que já não atendia às transformações na esfera do Estado de Direito democrático, da sociedade e de seus conflitos e litígios.

⁵ Em dezembro de 2015 estima-se que já existam mais de 110 milhões de ações judiciais tramitando em primeira instância. O primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada. Dados do Relatório Justiça em Números de 2014 do CNJ revelam que dos 95,1 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2013, 85,7 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 90% do total. Desse total, a parcela de 66,8 milhões estavam acumulados de anos anteriores, enquanto 28,3 milhões deram entrada ao longo de 2013. O patamar de novas ações parece ser uma constante judicial brasileira. Tanto assim que em 2013 os julgamentos atingiram 27,7 milhões de ações. Verificou-se, assim, um déficit de 0,9% entre os ingressos e as matérias julgadas. Consulta realizada em 27 de dezembro de 2015 junto ao <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
desavenças, das discórdias, de litigiosidade, buscando, em outra direção, o diálogo e o entendimento.

2 A natureza dos conflitos familiares clama pela mediação

Diante do exposto, destaca-se a cultura da mediação - e os seus possíveis desdobramentos - como método e técnica mais adequados à abordagem de conflitos que envolvem famílias, requer uma preparação dos operadores do direito e das profissões sociais que se voltam – no seu cotidiano – ao tratamento dos conflitos que permeiam o conjunto da sociedade. No primeiro caso, pode-se atentar para o ensino jurídico no âmbito dos Cursos de Direito que poderá contar com disciplinas teóricas e práticas voltadas às saídas autocompositivas para os impasses envolvendo pessoas que se desentenderam no âmbito civil, especialmente no que diz respeito a seara familiar e das demais relações continuadas.

No que diz respeito à mediação familiar, pode-se defini-la, como um procedimento desenhado no qual um mediador imparcial, facilita a comunicação entre os integrantes de uma família em crise, geralmente o casal (os pais, e, também, os filhos), para falar de uma forma construtiva sobre seu conflito que, via-de-regra, impacta os filhos (caso o casal os tenha). O objetivo é tratar o conflito por meio do diálogo e da troca, e examinar como eles vão continuar sendo o pai e a mãe dos filhos (um casal separado não se torna ex-pai e ex-mãe, apenas ex-marido e ex-esposa), a fim de encontrar soluções que funcionam para todos os membros da família que são afetados.

Mediando conflitos familiares, desde 2007⁶, percebe-se que a família, de certo modo, funciona com um sistema de ampla interação e está envolta em um contexto social que formata novos sujeitos. Entender a família como um sistema interativo implica em considerar a interdependência social e funcional entre seus membros. Casais conjugais – marido e mulher – e casais parentais – pai e mãe – organizam-se em um

⁶ Os elementos aqui realçados têm inspiração *na observação participante* - realizada pelo autor desse trabalho - em mediações realizadas em núcleos de prática jurídica, em convênio com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e junto ao Projeto Justiça Comunitária nos bairros Zachia e Valinhos em Passo Fundo, RS e nos Cursos de Formação de Mediadores (entre 2011 e 2016) na URI, em Santo Ângelo, junto ao Mestrado em Direito, e, mais recentemente, junto a Mediar – Central de Mediação, Conciliação & Arbitragem do Rio Grand do Sul.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
mesmo sistema social, ainda que em espaços físicos distintos. Um par pode depender do outro ou com o outro guardar estreita articulação e convivência⁷.

No entanto, é digno de registro a existência clara de contornos familiares complexos que primeiro recebe os indivíduos após seu nascimento e que se dispõe a socializá-los para a vida, com toda a responsabilidade e suporte que essa tarefa implica. Em outros termos, os filhos integram-se, de famílias biparentais ou monoparentais, constituindo-se em uma modalidade voltada à invenção de sujeitos, que ampliam com sua presença os elos de convivência e de interdependência.

O ciclo vital familiar⁸, que se inaugura no momento em que o projeto família é colocado em prática e finaliza com a morte daquela geração que inaugurou aquele ciclo, contempla diferentes etapas. Essas etapas demarcam os distintos momentos de vida de seus integrantes – nascimento, crescimento, entrada no mercado de trabalho e saída de casa, para os filhos; ascensão profissional, aposentadoria, saída dos filhos de casa e envelhecimento, para os pais – e são cenários para questões que tendem a gerar inúmeros conflitos em cada um desses momentos caracterizados pela ruptura com antigas formas de sociabilidade e pela novidade.

No caso, salienta-se a importância de se olhar melhor para os filhos, sujeitos em formação, e sobre os diferentes personagens desses contextos familiares em suas especificidades nessas fases que formam o ciclo de vida. Percebe-se, nesses termos, que sobre cada família - em cada momento distinto e com seu especial conjunto de integrantes - as intervenções no âmbito jurídico, psíquico e da assistência social, por exemplo, podem provocar intensas repercussões. Diante disso, tem-se a necessidade de adequar o enfoque no sentido de abarcar as contribuições na esfera multidisciplinar na abordagem das questões pertinentes à dinâmica, cada vez mais intensa e complexa, das novas configurações familiares.

Em contexto tão diversificado, as intervenções multidisciplinares ganham especial aplicabilidade. Em primeiro lugar, em termos mais sistêmicos⁹ (e porque não dizer holísticos), qualquer intervenção sobre qualquer dos integrantes da família, repercutirá, em certa medida, sobre todos os integrantes do núcleo familiar. Segundo, na medida em que se considera que os conflitos gerados em cada etapa do ciclo de vida não são somente jurídico, em outros termos, o litígio é somente jurídico ao passo que o conflito

⁷ Ver as formulações de autoria de Tania Almeida. Disponível em: em <http://www.mediare.com.br/08artigos_16mediacao_familiar.html>.

⁸ CARTER, Betty; Mc GOLDRICK, Mônica & col. 1995, p. 67.

⁹ AUN; VASCONCELOS; COELHO, 2005, p. 113.

é sempre mais amplo ao abarcar as dimensões subjetivas, questões associadas à trajetória conjugal e/ou parental com repercussões psíquicas, afetivas, financeira, cultural, geracionais, social, de gênero, entre outras.

Assinala-se, desse modo, que o cenário cujo aspecto dominante é a família, mesmo que em sua origem sejam questões unilaterais, suas repercussões serão, sempre, bastante amplas e multifacetadas, por serem sistêmicas. Desse modo, o olhar multidisciplinar para as controvérsias familiares possibilita identificar os aspectos prevalentes na construção dos conflitos envolvendo pessoas cujas relações familiares são as centrais, possibilitando, desse modo, focá-los como alvos primários da intervenção mais adequada a esse tipo singular de controvérsia social.

3 A necessidade inconsciente de permanecer no conflito como forma de manter o vínculo¹⁰

Por ser uma relação social – culturalmente - determinada a ter continuidade no tempo, a relação familiar – por ter laço biológico e/ou afetivo - inclui, por vezes, a não aceitação do desfazimento de seu vínculo. O mais difícil de tudo isso é que não se aprende os complexos caminhos do desamor¹¹, o chamado “luto da separação”. Quando os sujeitos integrantes de relações familiares optam por romper com seus elos afetivos ou funcionais, passam a administrarem a desconfortável situação de estarem caminhando na contramão da cultura que constrói e articula um padrão de “normalidade”.

Em outros termos, implica em ser chamado à atenção, ser desprestigiado e desqualificado por alguns com respeito a uma determinada escolha. Por esse e por outros motivos, o turbilhão emocional que as desavenças familiares provocam nas pessoas - direta e indiretamente envolvidas -, inclusive naquelas do entorno social e cultural, busca e encontra inúmeras saídas. Uma dessas saídas é manter o vínculo por meio da litigância junto ao Judiciário¹². Diante de tamanha situação paradoxal e

¹⁰ Esse texto foi construído a partir da experiência em mediação desenvolvidas em Passo Fundo, Santo Ângelo, Porto Alegre e Santa Maria, no Rio Grande do Sul, bem como no diálogo com a produção de pesquisas de **Cristina Veras Vianna** e **Roberto Fragale Filho** no artigo intitulado “A judicialização da mediação no poder judiciário brasileiro: mais do mesmo nas disputas familiares?”, *E-CADERNOS CES* [Online], 20|2013. Disponível em: <<http://eces.revues.org/1717>>. Acesso em: 11 abril 2015. Soma-se a esse referencial, outro de caráter ainda mais abrangente em GIMENEZ, Charlise. P. C. ; SPENGLER, Fabiana. M. ; BRUNET, Karina Schuh . 2015. v. 1

¹¹ WARAT, 2004.

¹² VAINER, 1999, p. 17.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

complexa, pode-se, enquanto ação profissional, indicar a intervenção que não alimente e nem ignore essa forma peculiar de se relacionar.

Relações sociais implicam, fundamentalmente, o encontro de pessoas com interesses diferentes, o que pode ensejar, na maioria das situações, conflitos. Dessa maneira, pode-se atestar que uma característica frequentemente presente nos conflitos de família, que busca soluções por meio de uma decisão judicial, ou seja, quando o conflito já se transformou de fato em um litígio, por meio do ajuizamento de uma ação judicial por uma das partes, diz respeito exatamente à ação judicial como um meio de atingir ou prejudicar o outro. Isso ocorre, principalmente, naquelas situações conjugais em que há a presença de um sentimento de abandono, de traição, de angústia por não ter dado certo um investimento de tempo, energia, sobretudo, de sentimentos.

Quando percebemos que as partes estão com esse propósito é muito improvável que o juiz consiga resolver o conflito por meio de uma decisão judicial monocrática. Em muitos casos, não se trata de dizer quem tem a lei ao seu lado (ou não) na medida em que as partes não estão necessariamente buscando uma solução para o conflito. Nesse caso, as pessoas entram em conflito pelas mais diversas razões, e sua dificuldade em cooperar as leva a competir de forma a prejudicar a qualidade de vida, disputando tanto por concordar como por discordar a respeito do objeto da briga.

Assim, nos processos de litígio familiar, depara-se com as mais variadas reações do casal. Há os que conseguem acordos baseados em um consenso e outros nos quais uma transformação dos conflitos entre os cônjuges é muito difícil, acarretando consequências significativas para as pessoas envolvidas, como, por exemplo, os filhos¹³. Assinala-se, ainda, que, por um lado, em processos judiciais de família, como uma separação conjugal, os envolvidos não estão se valendo da ação para solucionar o conflito, mas para permanecer com o vínculo, ainda que este vínculo se mantenha por meio de uma disputa judicial¹⁴.

Por outro lado, um processo de separação conjugal pode englobar outras questões (para além da separação de corpos) como a partilha de bens, alimentos, guarda e visita de filhos (alienação parental acontece em larga escala). Para cada uma destas questões, as partes poderão mobilizar diferentes instrumentos jurídicos, o que equivale a dizer que

¹³ De acordo com as precisas observações de FERREIRA, 2011, p. 141, e, também, de DUARTE, 2011, p.8. Além disso, amparamo-nos nos resultados de pesquisas conduzidas por Vainer (1999) acerca do vínculo por meio da litigância.

¹⁴ FERREIRA, 2011; DUARTE, 2011.

uma única questão familiar, aparentemente isolada, pode se desdobrar em diversas outras questões e conflitos, que podem ser judicializados por meio de processos.

Estamos, portanto, diante de uma situação que pode vir a se transformar em várias outras, dando origem a um processo judicial principal, com diversos processos apensados, o que dificulta o andamento e tratamento do conflito de cada um deles e, com isto, a solução da lide em sua totalidade. Ao que parece, a maior dificuldade no tratamento dos conflitos emocionais/relacionais entre os litigantes, frequentemente, é que a disputa é fomentada amparada em conflitos emocionais ainda não elaborados da dupla parental¹⁵.

Muitas vezes, esses caminhos não tão bem elaborados e transparentes só têm essa dinâmica por estarem associados aos conflitos internos no âmbito da ação do inconsciente coletivo e do inconsciente individual já examinados por Jung e Freud, respectivamente. Além disso, o que mais chama atenção na esfera da dissolução da conjugalidade é que os indivíduos se divorciam não porque o casamento não é importante, mas porque sua importância é tão grande que os cônjuges não aceitam que ele não corresponda às suas expectativas. Assim, é justamente a dificuldade desta exigência que o divórcio reflete e, quase sempre, os divorciados buscam o (re)casamento.

Os estudos sobre separação abordam, sobretudo, as causas e as consequências do divórcio. Destaca-se, ainda, que o divórcio pode ser examinado à luz como um fenômeno independente, e não como um dano ao casamento¹⁶. Verifica-se, ao mesmo tempo, que alguns problemas, como sexo extraconjugal, excesso de álcool, drogas ilícitas e dificuldades financeiras, podem estar, quase sempre, presentes nos processos de divórcio, o que não quer dizer que sejam as causas deste.

Observa-se, pela experiência profissional e a *observação participante* ancorada em estudos sobre o tema¹⁷, que as mulheres, quando a relação conjugal não vai bem,

¹⁵ FERREIRA, 2011, p. 116.

¹⁶ Ver Rasmussen e Ferraro, 1991 e Jablonski, 1991. Esse último é o autor do *Até que a vida nos separe*, aborda a questão do divórcio com originalidade e bom-humor. Formula o conceito de "fam-ilha", versão contemporânea da família tradicional, ou seja, uma ilha regida pela ideologia individualista na qual vigoram, concomitantemente, demandas paradoxais. A vida a dois é descrita por ele "quase como impossível", tendo em vista as contradições presentes no casamento contemporâneo. Desse modo, lança as seguintes perguntas: como conciliar monogamia e permissividade, permanência e apelo ao novo, vida familiar e realização pessoal?

¹⁷ Em pesquisa de dissertação de mestrado, Magalhães (1993) verificou, num grupo de 20 casais da classe média carioca, com idades variando de 25 a 55 anos, que todas as mulheres por ela entrevistadas, menos uma, definiram casamento como "relação amorosa", enquanto todos os homens do grupo, definiram casamento como "constituição de família". Estes resultados podem explicar, em parte, o fato de a

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

sobretudo na sua vertente amorosa - admiração, intimidade e relacionamento sexual - a separação conjugal parece inevitável, tendo em vista que, para elas o casamento é, sobretudo, "relação de amor". Para os homens, entretanto, que definem o casamento como "constituição de família", o fato de a relação amorosa não estar bem não é suficiente para justificar o fim do casamento.

Na verdade, quando os amantes se separam, pelo visto, parecem que se está diante da presença da ausência, da morte na vida. Nesse caso, partir é morrer um pouco. Na separação há uma sentença de morte recíproca de modo que “o outro morre em vida dentro de mim e eu também morro na consciência do outro”. Assim, pode-se tentar diferenciar a dor vivenciada pelos amantes que se separam subitamente, daquela que ocorre na separação lenta que se segue ao "distanciamento mútuo".

Embora o divórcio possa ser, às vezes, a melhor solução para um casal cujos membros não se consideram capazes de continuar tentando ultrapassar suas dificuldades, ele é sempre vivenciado como uma situação extremamente dolorosa e estressante. A separação provoca nos cônjuges sentimentos de fracasso, impotência e perda, havendo um luto a ser elaborado. O tempo de elaboração do luto pela separação é quase sempre maior do que aquele do luto por morte.

A natureza dessa “morte” está associada à forma entorno do qual a decisão é tomada. São os pais que chegam à decisão de se separarem e, em geral, os filhos reagem com raiva, medo, tristeza ou culpa. Estes sentimentos podem se alternar durante semanas ou meses após a separação. O importante, no processo de divórcio, é deixar os filhos fora do conflito conjugal. Quem se separa, por um lado, é o par amoroso, o casal conjugal.

Por outro, o casal parental continuará para sempre com as funções de cuidar, de proteger e de prover as necessidades materiais e afetivas dos filhos. Salienta-se, nesse particular, que é muito importante que isto possa ficar claro para eles.

Constata-se, no âmbito das mediações realizadas pelo autor do presente trabalho desde 2007, que o pior conflito que os filhos podem vivenciar, na situação de separação dos pais, é o conflito de lealdade exclusiva quando exigida por um ou por ambos os pais. Nesse norte, a capacidade da criança e do adolescente de lidar com a crise que a separação deflagra vai depender, principalmente, da relação que se estabelece entre os

demandas de separação conjugal apresentar-se como predominantemente feminina. Estes dados são confirmados também em estudos realizados na clínica com casais (Féres-Carneiro, 1980, 1995). Caruso (1968), em *A separação dos amantes* afirma que estudar a separação amorosa significa estudar a presença da morte na vida. Referindo-se ao ditado francês *partir c'est mourrir un peu* (partir é morrer um pouco).

pais e da capacidade destes de distinguir, com clareza, a função conjugal da função parental, podendo assim transmitir aos filhos a certeza de que as funções parentais de amor e de cuidado serão sempre mantidas.

Apesar da dor da perda que toda separação provoca, é extremamente relevante ressaltar que os filhos, quase sempre, são mais capazes de enfrentar a separação dos pais do que estes podem imaginar. Os pais tendem, em geral, fragilizar a capacidade dos filhos para lidar com a separação, projetando neles um mundo que não é vivido por eles. Muitas vezes, entre os colegas da escola e os amigos, com os quais aprenderam a respeito da separação dos pais, as crianças se identificam e encontram apoio e compreensão.

Desse modo, a separação conjugal pode ter efeitos construtivos para os membros de uma família à medida que se pode perceber a complexidade e o valor para manter o casamento, podendo resultar na autodestruição e na destruição do outro. Quer os pais estejam juntos, quer encontram-se separados, em termos conjugais, o mais importante para o desenvolvimento emocional dos filhos é a qualidade da relação que se estabelece entre os membros do casal e entre estes e os filhos.

Nesses termos, enfatiza-se aqui a relevância da relação conjugal para o desenvolvimento emocional dos filhos. Percebe-se, inclusive, que na grande maioria dos casos nos quais as crianças apresentam problemas emocionais, é suficiente tratar os pais para que haja remissão dos sintomas infantis. Desse modo, pode-se atentar para a relação que pode ser estabelecida entre os problemas apresentados por crianças e as dificuldades existentes nas relações estabelecidas por seus pais¹⁸.

Além disso, nota-se que a separação leva toda a família a reestruturar os padrões de relacionamento vigentes. Há um período de transição até que se atinja um novo patamar de organização. Alguns efeitos do divórcio aparecem rapidamente, outros aumentam durante o primeiro ano para depois irem desaparecendo, e outros ainda demoram até dois anos para emergir. Mas, os divorciados, como dissemos

¹⁸ Ver pesquisa conduzida por Féres-Carneiro, 1980. Esta investigação relata a experiência clínica no tratamento de oito casais, durante um período de dois anos, cujo tempo de atendimento variou de três meses a um ano e oito meses. A análise dos dados clínicos mostrou que embora, em cinco dos oito casos, os pais tenham buscado atendimento para um filho que apresentava problemas, estes eram uma consequência das perturbações e dos conflitos existentes na relação do casal. Em apenas dois dos oito casos, os filhos precisaram ser vistos em sessões de avaliação familiar, e em apenas um caso, um filho precisou ser posteriormente encaminhado para psicoterapia. Destes oito casos estudados, cinco casais se mantiveram casados e três se separaram. Alguns estudos mostram que o desequilíbrio do sistema familiar na situação de divórcio tende a começar um ano antes da separação e, geralmente, depois de dois anos para a maioria, e até no máximo seis anos para todas, as famílias voltam a estabelecer um funcionamento satisfatório para seus membros.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
anteriormente, em geral, caminham para o (re)casamento. Os homens mais rapidamente que as mulheres.

4 A mediação como sendo o tratamento mais adequado aos conflitos familiares

Assinala-se, diante do enfoque à complexa questão, que a mediação pode ser o método mais adequado para tratar os conflitos familiares, sobretudo àqueles que se associam – direta e indiretamente - ao divórcio, à custódia, à alienação parental e à guarda dos filhos na medida em que as controvérsias, via de regra, emvolvem questões emocionais muito latentes, podem, de fato, ser traduzidas nas disputas que levam nomes jurídicos para assinalar dores da alma, tais como a partilha de bens, revisão de pensão, obrigações, sustento e cuidados com os filhos (visita, guarda compartilhada, guarda alternada, visita aos filhos, quem leva para a escola, quem compra as roupas, quem busca a criança na escola...etc..).

Assim, junto às Varas de Família, a mediação apresenta vantagens frequentes – se comparadas às sentenças judiciais ligadas às ações judiciais - o facilitar a comunicação presente e futura, por meio do diálogo e entendimento dos familiares. Desse modo, as partes (pais e filhos), principalmente, por terem uma história de amor e afeto em comum, o que é necessário quando o futuro de filhos está em jogo¹⁹, podem – sem o saber inicialmente – contar com a própria capacidade de encontrar soluções que fiquem em equilíbrio com a vontade, o desejo e a necessidade dos pais e filhos. Nesse caso, a mediação bem conduzida chega a um resultado satisfatório a todos os envolvidos. Nesse procedimento, os advogados(as) podem receber seus honorários mais rapidamente e auxiliar – a partir de suas experiências - na autocomposição do conflito.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário amparado, também, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), precisariam defender os interesses das crianças em ter um pai e uma mãe, mesmo que o casal conjugal já tenha decidido separar-se. O grande obstáculo até o presente momento, tem sido o caráter das disputas no Judiciário: não motiva os pais e as mães em ser mais humanos, melhores ou mais responsáveis. No julgamento, com qualquer decisão sobre o divórcio, a família não termina – ela simplesmente muda. Pai e mãe continuam para o resto da vida dos filhos, funcionando bem, funcionando mal ou não funcionando²⁰.

¹⁹ GRUNSPUN, 2000, p. 13.

²⁰ GRUNSPUN, 2000, p. 24.

Trata-se, portanto, de uma área do direito que demanda especial atenção por parte daqueles que, de uma maneira ou de outra, estão envolvidos no procedimento de resolução de conflitos, como as próprias partes, advogados, juízes e mediadores. A atitude comum de uma ação judicial não tem *a priori* flexibilidade nem amplitude que permitam o tratamento de tantas questões subjetivas como as que estão presentes nos conflitos familiares. Dessa maneira, constata-se que a formalidade judicial e a pouca participação das partes no processo judicial podem contribuir para o acirramento do conflito²¹.

Diante do exposto, tem-se em conta que a mediação é um instituto que busca primordialmente o diálogo das partes. Assim, o direito à palavra, à oralidade vai compondo uma noção de acordo com a qual o melhor interesse das partes só poderá ser obtido se o princípio da oralidade for incentivado na prática, com tempo adequado ao diálogo tendo em vista o entendimento. Resulta disso, que a construção do acordo pelas partes envolvidas é uma consequência da qualidade do tempo de uma sessão de mediação e não um fim em si. Por decorrência, tem-se como horizonte de expectativas, que o mediador tem a função de ajudar os mediandos a compreender o conflito, e, com isto, o desconstruir, facilitando a construção da solução. Neste movimento dialógico, os mediandos são os protagonistas e os responsáveis por encontrar (e criar) uma forma de resolver o conflito. Trata-se, assim, de envolver as partes neste processo, devolvendo-lhes a responsabilidade pelo fim da controvérsia. Além disso, o destaque fica por conta da informalidade própria ao processo de mediação ao permitir uma aproximação, por meio de uma conversa, das partes em conflito.

Nesses termos, é evidente que a autonomia e a liberdade das partes em um processo de mediação não são irrestritas e ilimitadas. Um processo de mediação não pode terminar com um acordo que desrespeite a lei. As partes não podem dispor sobre direitos indisponíveis, por exemplo. Porém, é inegável que o espaço existente entre o que a lei estabelece e aquilo que o juiz vai decidir é amplo o suficiente para abarcar inúmeras soluções. E neste sentido, nos parece que são justamente as partes conflitantes, com a ajuda de especialistas, as pessoas mais indicadas para apresentar uma solução. Em outras palavras, é muito mais difícil pensar que um magistrado possa imaginar e

²¹ O procedimento de mediação pode ser visto como um caminho adequado e promissor ao tratamento de conflitos no campo do direito de família. Nesses termos, percebe-se que a mediação, no campo judicial da família, não deve ser vista como panaceia dos tempos modernos e muito menos como solução para todos os problemas da área de família. Até porque nem todos os conflitos são mediáveis, segundo o conceito exposto, mas como uma prática promissora, como mais um meio de a rede social promover apoio aos membros da família em crise. Ver SALES, 2003.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
proferir uma decisão mais adequada às necessidades das partes em conflito familiar do que as próprias partes.

Considerações Finais

A mediação no campo do direito e no âmbito do poder judiciário hoje já é uma realidade. A literatura sobre o tema é vasta e sua regulação, apesar de não ser oriunda de uma única lei, já caminha a passos largos para uma sistematização e padronização no tocante à prática da mediação, bem como em especificar quem é que pode efetivar a mediação judicial e extrajudicial. O entusiasmo do Poder Judiciário pela mediação, ao que parece, decorre principalmente do fato de a mediação se prestar a ser um meio de pacificação social capaz de reduzir e evitar a judicialização dos conflitos. No entanto, a discussão e implantação das práticas da mediação poderia se ater menos à criação de um novo “processo judicial” de resolução de conflitos, e se voltar para a possibilidade de a mediação dar uma abordagem inovadora (ao menos no campo do direito) aos conflitos familiares.

A redução das demandas judiciais deve ser antes um resultado decorrente dos diferentes tratamentos dado ao conflito do que um objetivo em si mesmo. No âmbito da reforma do poder judiciário, observamos que os métodos não-adversariais de tratamento de conflitos (mediação, conciliação, justiça restaurativa, negociação, arbitragem) deixam de ser uma alternativa à forma judicial de solução de conflitos para se tornar um instrumento para reduzir e por fim às ações judiciais, diminuindo o trabalho do Judiciário. Assim, a mediação ganha uma função meramente instrumental e deixa de lado a possibilidade de dar outro enfoque ao conflito e, quem sabe, melhor atender às demandas sociais.

A busca pela pacificação social traz intrinsecamente a ideia de que os conflitos sociais não são desejáveis e devem ser resolvidos. Importante ressaltar que não se trata de substituir um determinado modo de solucionar o conflito (adjudicatório) por outro (não adjudicatório), mas permitir e experimentar a existência de dois caminhos diferentes, com lógicas, gramáticas e funcionamentos próprios, em um mesmo campo. Nesse caso, ganhar em dimensão e intensidade a cultura da mediação que se volta ao entendimento de que os métodos não-adversariais são na realidade parte complementar/híbrida do novo processo civil brasileiro e não mais alternativa. Por fim, fica o registro que se pode aproveitar o marco regulatório da institucionalização da

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
mediação – sobretudo àquela volta à jurisdição comunitária – para uma ação de
qualificação dos mediadores que irão trabalhar com o tratamento dos conflitos
familiares. O êxito dependerá muito da incorporação da mediação enquanto cultura de
respeito à diferença do outro.

Referências

ALMEIDA, Tânia. **Mediação e conciliação**: dois paradigmas distintos, duas práticas
diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane (Orgs.). *Mediação de conflitos*.
Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 93-102.

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**.
São Paulo: Dash, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Código de Processo
Civil. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso
em: 21 de abril de 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 4.827/98**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>.
Acesso em: 13 fev. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 7.169/2014**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BD57600EBBB809F12718E9353DB32F21.proposicoesWeb1?codteor=1230584&filename=PL+7169/2014>. Acesso em: 08 maio 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8.046/2010**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 09 jul.
2014.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Diário Oficial da União de
27.09.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>.
Acesso em: 09 jul. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010**. Disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em:
13 fev. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 405/2013**. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114637>.
Acesso em: 08 jul. 2014.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

BRASIL. Senado Federal. **Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara n.º 94/2002** (PL n.º 4.827/1998 na origem). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acesso em: 23 jan. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 517/2011**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791>. Acesso em: 13 fev. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei o Senado n.º 434/2013**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114908>. Acesso em: 08 jul. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1b991fa1-3a3c-494b-809b-6745aad6209c>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

COSTA, L. F., PENSO, M. A., & FÉRES-CARNEIRO, T. Reorganizações familiares: as possibilidades de saúde a partir da separação conjugal. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, 8, 495-503, 1992.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise em com o direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FÉRES-CARNEIRO, T. Psicoterapia de casal: a relação conjugal e suas repercussões no comportamento dos filhos. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, 32, 1980, p. 51-61.

FÉRES-CARNEIRO, T. Aliança e Sexualidade no casamento e no recasamento contemporâneo. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, 3, 1987, p. 250-261.

FÉRES-CARNEIRO, T. Diferentes abordagens em terapia de casal: uma articulação possível? **Temas em Psicologia**, 2, 1994, p. 53-63.

FÉRES-CARNEIRO, T. Casais em terapia: um estudo sobre a manutenção e a ruptura do casamento. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, 44, 1995, p. 67-70.

FERREIRA, Verônica A. da Motta Cezar. **Família, separação e mediação. Uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2011.

FREUD, S. **O mal-estar na civilização**. Obras Completas, ESB, Rio de Janeiro, Imago. (Originalmente publicado em 1930), 1969.

GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline. **O novo no direito**. Ijuí: Unijui, 2014.

GIMENEZ, Charlise. P. C; SPENGLER, Fabiana. M. ; BRUNET, Karina Schuh . **O papel do terceiro e as interrogações do conflito social**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. v. 1

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTr., 2000.

RASMUSSEN, P.K. & FERRARO, K.J. The divorce process, In: J. N. EDWARDS & D. H. DEMO, (Orgs.), **Marriage and family in transition**. Boston: Allyn and Bacon, 1991.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VAINER, Ricardo. **Anatomia de um divórcio interminável** – o litígio como forma de vínculo. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Resolução n.º 19, de 17 de dezembro de 2009**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7abcbf66-7116-4311-b31e-386c47730c76>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

VEZULLA, Juan Carlos. **Mediação: Teoria e prática: guia para utilizadores e profissionais**. Lisboa: Agora Publicações, 2001.

VIANNA, Cristina Veras; FRAGALE FILHO, Roberto. **A judicialização da mediação no Poder Judiciário brasileiro: mais do mesmo nas disputas familiares?.** *e-cadernos ces* [Online], 20, 2013. Disponível em: <<http://eces.revues.org/1717>>. Acesso em: 11 abril 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO: REPARAR O QUÊ?

Natália Formagini Gaglietti

Considerações Iniciais

O afeto permeia as relações familiares desde o início dos tempos, e não se distancia das decisões proferidas pelo Judiciário. Contudo, ao condenar pais e mães ao pagamento de indenização aos filhos por abandono afetivo, a Justiça embrenha-se no campo da subjetividade, que em tese, não integra seu rol de competências.

Esta discussão, com posições absolutamente antagônicas da doutrina e da jurisprudência, merece especial atenção e aprofundado estudo. Estabelece-se assim, a dúvida se caberia ao Judiciário condenar a ausência de sentimento.

O presente estudo refere-se à possibilidade de indenização por dano moral nos casos em que ocorre o denominado abandono afetivo, à luz do princípio jurídico da afetividade.

Objetiva, principalmente, propor uma reflexão acerca das relações familiares envolvendo a conduta omissiva do pai ou da mãe no cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar, considerada ato ilícito capaz de gerar indenização monetária em razão dos danos imateriais causados, que legitimam a busca da referida reparação.

Além disso, visa destacar os elementos legais, empíricos e subjetivos que fundamentam as decisões do Poder Judiciário acerca de indenizações desta natureza, bem como, se a reparação pecuniária se mostra efetiva e eficaz no que tange ao dano causado em razão de abandono afetivo.

1 O afeto e a responsabilidade civil

As relações sociais geram situações em que, inevitavelmente, os indivíduos interferem na esfera de direitos uns dos outros, podendo ou não provocar algum dano. Quando esta interação causa lesão, surge a obrigatoriedade de repará-la.

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. É objetiva quando gera o dever de reparação do dano, sem necessidade de comprovação de culpa do sujeito pela

sua ação ou omissão. Apenas deve-se demonstrar o nexo causal, ou seja, a ligação entre a conduta e o dano.

E a responsabilidade civil é subjetiva, quando os requisitos que ensejam a responsabilização civil devem estar todos presentes e comprovados, ou seja, há necessidade de demonstrar a voluntariedade do ato, o dolo ou a culpa, o nexo de causalidade e o próprio dano.

O dano moral pode ser descrito, portanto, como uma perturbação psíquica, como uma violência à sua paz emocional, à sua imagem ou à sua honra, e o abandono afetivo, por estarem presentes um ou mais destes elementos, configuram o dano de ordem moral.

Quando o cabimento de indenização por dano moral adentra a esfera do Direito de Família, doutrina e jurisprudência brasileiras, ainda que moritariamente, já têm se manifestado favoravelmente, inclusive considerando a isonomia de todos os ramos do Direito.

De outro lado, o afeto entre pais e filhos, enquanto expressão do sentimento de amor, de ternura, de cuidado e de proteção, axiologicamente pode ser compreendido como intrínseco aos seres humanos, e o comportamento paterno ou materno omissivo relativamente ao afeto é reprovável e considerado não natural.

Destaca-se que o ordenamento jurídico atual, amparado no texto constitucional de 1988, passou por grandes transformações, com destaque à igualdade entre os filhos e a vedação de qualquer forma de discriminação relativa à filiação. E isto se deve, principalmente, à importância que os laços de afeto que unem os indivíduos em uma estrutura familiar recebem desde então.

Nas relações de família, o afeto é elemento presente enquanto expressão de amor, de cuidado, de proteção, etc. e, tanto sua manifestação quanto sua falta, gera consequências para toda a vida do indivíduo.

Hodiernamente, não há como falar de relações familiares sem abordar o afeto como valor fundamental para sua estruturação. Enquanto sentimento, o afeto é uma quase devoção, é querer fazer com que a pessoa à qual dedicamos tal sentimento o receba e, a partir dele, se torne alguém melhor, se sinta acolhida e amada.

De acordo com Barros (2002), “o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.”

A forma de afeto que permeia os laços familiares é aquela construída a partir do convívio, uma afetividade que une e compromete, que liga os membros da família ou, no caso específico, pais e filhos, intimamente.

Se o Direito acompanha e se transforma a partir da dinâmica social, o afeto, assim considerado, é fato que constrói relações jurídicas, merecendo especial destaque, as relações familiares.

Nesta linha, Lobo (2004, p.50) aduz que,

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou uma mãe e seus filhos. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue. [...] O desafio aos juristas, principalmente aos que lidam com o Direito de Família, é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial.

Nota-se, assim, que desta condição subjetiva inerente aos seres humanos surgiu o princípio da afetividade, que embora não esteja especificamente previsto na legislação brasileira, é dotado de juridicidade no sentido de que é extraído de outros princípios jurídicos, como o da proteção integral da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, este último, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme disposição do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Tartuce (2006, p.3) afirma que “mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o *afeto* decorre da valorização constante da dignidade humana”.

Atualmente, o princípio da afetividade, embora derivado de outros princípios jurídicos, tem sido contemplado pelos Tribunais nas questões referentes ao Direito de Família, ligado, na grande maioria das ações, à violação do dever de cuidado.

Muitos são os dispositivos legais que referem expressamente o dever de cuidado dos pais com relação aos filhos. Entre eles, destaca-se o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA: “Art.3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Do referido artigo do ECA depreende-se que, além do aspecto material, os pais são responsáveis pelo desenvolvimento psicológico dos filhos, e entre os elementos a serem considerados para um efetivo desenvolvimento está o afeto. Violar o princípio da afetividade é privar os filhos da convivência, é deixar de dedicar-lhes amor, atenção, é tornar-se figura estanque, fria e omissa, relegando os filhos a um plano solitário e obscuro.

Deixar de observar um princípio mostra-se tanto quanto ou mais grave que violar uma norma, pois não ofende apenas um mandamento específico, mas uma série de normas sobre as quais um único princípio pode incidir, em razão da lógica e da harmonia que este confere ao sistema normativo.

Para Mello (1980, p.230), o princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência (...)” Destaca-se que, ao desrespeitar este sistema normativo, inúmeros efeitos negativos são desencadeados.

Na legislação vigente atualmente, tanto na esfera constitucional quando infraconstitucional existem normas estreitamente ligadas ao princípio da afetividade, sendo certo que sua transgressão representa ato ilícito passível de indenização, pois considerar que apenas a violação de normas positivadas configura ilícito, seria como negar a própria existência dos princípios em sua natureza sistemática e racional.

Salienta-se que, o princípio da afetividade, embora não expresso na legislação vigente, diz respeito à condição mais primitiva do indivíduo, que é o direito ao cuidado, ao afeto e à proteção.

2 O abandono afetivo

Sentir-se rejeitado por aqueles que lhe deviam amar, pode dever natural, e proteger, por dever obrigacional, inegavelmente causa traumas ou ressentimentos que são carregados por toda a vida. Alguns sujeitos são capazes de, sozinhos, superar estes sentimentos de abandono com o passar dos anos; outros, buscam ajuda e em grupos de apoio, com psicólogos e médicos, e conseguem administrar suas sensações; mas outros tantos, levam consigo por toda a existência as máculas de tais ações ou omissões enfrentadas na infância, e reproduzem tal comportamento, ou protegem de maneira exagerada e quase sufocante sua prole, ou ainda, são incapazes de confiar em outras

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

pessoas, o que dificulta sobremaneira os relacionamentos pessoais. E estas são apenas algumas das consequências que podem originar-se da situação de abandono.

Assim, o desdém para com os filhos é, por certo, uma das repudiáveis ausências no seio de uma família, e seus efeitos podem ser devastadores. Tal comportamento, por esta razão, traduz ilícito civil porque afronta normas legais referentes ao convívio e à responsabilidade familiar.

Pode-se citar, a título exemplificativo, os artigos 3º e 4º da Lei 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os quais dispõem que a criança e o adolescente são titulares, além de direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa, também à proteção integral, com objetivo de garantir seu pleno desenvolvimento físico, mental e social em condições de liberdade e dignidade.

Na mesma esteira, a Constituição Federal de 1988, que no artigo 227, *caput* determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, toda espécie de direitos, entre eles, o da convivência familiar, além de protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O *caput* do artigo 229 da Magna Carta de 1988, na primeira parte, igualmente determina que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores.

Assim, com base nas disposições da lei constitucional e infraconstitucional brasileiras, ao agir de forma omissa ou negligente, os pais cometem um ilícito e sujeitam-se às penalidades impostas.

O abandono afetivo não pode ser especificamente conceituado, pois tal definição inexistente em qualquer código. Pode-se afirmar que se trata de um argumento jurídico, amplamente utilizado atualmente nas decisões judiciais em todas as instâncias.

Assim, ante a dificuldade de delimitar, especificamente, o que é abandono afetivo, cabe significar cada uma das palavras, sem perder de vista a complexidade que permeia tal expressão.

De acordo com Castro (2010),

O abandono afetivo não é novidade no meio jurídico. A sua existência é constantemente analisada de destruição familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a famílias flagrantemente desestruturadas. Nesses casos extremos, sem qualquer possibilidade de conciliação que resguarde os direitos da criança, temos a ausência de afeto como parte de um conjunto de males causadores de verdadeira tortura ao filho abandonado. Falta não só carinho, como condições de sobrevivência.

Diante destas questões, o abandono afetivo na filiação estabelece a discussão acerca da possibilidade ou não de reparação do dano moral causado pelo(s) pai(s) ao(s) filho(s) menor(es), em razão de sua atitude omissiva no que tange ao cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar.

Na esfera do Direito, sempre cunhado na dinâmica social, este fenômeno contemporâneo do abandono afetivo vem surgindo por meio de demandas que chegam diuturnamente às portas do Poder Judiciário, que passou a decidir também questões ligadas à reparação das frustrações e ao suprimento das faltas na improfícua tentativa de minimizar o sentimento de desamparo e desamor.

3 A judicialização do (des)afeto e o dever de indenizar

Sem adentrar profundamente no assunto que cabe à psicanálise, mas pressupondo que a sociedade atual não tolera o sofrimento e considera as frustrações inadmissíveis, aos indivíduos resta o papel de vítimas, que levam seus medos e suas fraquezas à justiça, para que a punição seja aplicada àquele cujo comportamento impingiu o sofrimento experimentado.

Nas palavras de Bauman (2009, p.66-67),

Uma pessoa, ou sujeito de direito, pode ser processada, e não faltam especialistas jurídicos ávidos por assumir a causa do sofredor. Além dos benefícios materiais que os sofredores e seus advogados podem obter a partir do veredicto positivo de um tribunal, a suposta vitimização será então legitimamente confirmada, e assim o impacto terapêutico da explicação da dor mediante a vitimização será reforçado, ainda que as causas da dor saiam intactas desse procedimento.

O argumento utilizado para justificar a condenação indenizatória em dinheiro nos casos de abandono afetivo é o de que o valor imposto por decisão judicial serve para amenizar a dor de quem foi prejudicado sem, contudo, buscar extirpar o ressentimento que o ato de abandono causou.

Ressentir-se, para Maria Rita Kehl (2001, p.13), significa "atribuir ao outro a responsabilidade pelo que nos faz sofrer. Um outro a quem delegamos, em um momento anterior, o poder de decidir sobre nós, de modo a poder culpá-lo do que venha a fracassar."

A partir desta definição, o ressentimento representa o ato do indivíduo de retirar de si mesmo qualquer responsabilidade que tenha sobre os acontecimentos de sua própria vida, mantendo-se permanentemente agarrado ao passado, e transferindo a outra pessoa esta responsabilidade. Este posicionamento ressentido, quando endossado por uma decisão judicial, pode ser capaz de dar novo significado às experiências negativas vivenciadas, e realmente minimizar o sofrimento.

Contudo, por outro lado, pode reforçar um sentimento de vingança e de covardia, quando pune um sujeito pela incapacidade de outro de elaborar os próprios problemas e frustrações.

Em outras palavras, o Judiciário não pode fazer com que os pais, forçosamente, sintam afeto pelos seus filhos, pois tal sentimento não se justifica quando forjado na punição. Ao passo que o cuidado, obrigação prevista em lei, este sim quando não é observado, torna-se capaz de gerar indenização.

Diante deste cenário, torna-se plausível o reconhecimento do princípio da efetividade, assim como, atribuir à sua violação o status de ilicitude, apta, portanto, de causar dano de ordem moral.

A fim de demonstrar, pragmaticamente, a aplicação da legislação à inobservância do princípio da afetividade a violação do dever de cuidado, tem-se o inédito e polêmico voto¹ proferido no Recurso Especial N. 1.159.242, pela Ministra do

¹ **FRAGMENTOS DO VOTO DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI NO RECURSO ESPECIAL N.1.159.242:** Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. **1. Da existência do dano moral nas relações familiares.** Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral. Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares. **2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral.** É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram

com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole. Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso. **2.1. Da ilicitude e da culpa.** A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência. Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie. Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação educação, lazer, regras de conduta, etc. Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.** Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.** O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. **2.2 Do dano e do nexa causal.** Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexa causal. Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais. Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões,

Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrichi, que condenou um pai a pagar à sua filha indenização no valor de duzentos mil reais por abandono afetivo.

Nunca antes na história do Brasil houve uma decisão judicial neste sentido partindo de um Tribunal Superior, o que nos faz ponderar, desde logo, qual a dimensão da responsabilidade dos genitores na vida de seus filhos.

A mencionada decisão foi proferida em abril de 2013, a uma mulher de trinta e oito anos que afirmou ter sofrido abandono material e afetivo em razão da ausência paterna durante toda a sua infância e juventude.

Em seu voto, a Ministra relatora referiu expressamente que “amar é faculdade. Cuidar é dever”. Para a magistrada, a ação não trata do amor do pai pela filha, mas sim do dever jurídico de cuidar dela.

Importa destacar, que a Lei que versa acerca da alienação parental² determina aos pais punições e exerce um papel regulador, embora cada caso concreto submetido ao Poder Judiciário referente a esta matéria mereça especial atenção e análise.

da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexo. **3. Do valor da compensação.** Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exsurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados. Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então. Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais. Mantidos os ônus sucumbenciais.

² A síndrome de alienação parental (SAP) foi definida pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, na década de 80, como um distúrbio infantil que acometeria, especialmente, menores de idade envolvidos em situações de disputa de guarda entre os pais. Na visão do autor, a síndrome se desenvolve a partir de programação ou lavagem cerebral realizada por um dos genitores para que o filho rejeite o outro responsável (SOUSA, Analícia M. BRITO, Leila M. T. *Revista Psicologia: Ciência e Profissão*. Rio de Janeiro: UERJ. n.31. 2011, p.268-283. Síndrome de Alienação Parental: da teoria Norte-Americana a nova Lei Brasileira. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v31n2/v31n2a06.pdf>. Acesso em 01.11.2015). Lei nº 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental: Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. Art. 3º A

Nota-se, que embora de extrema relevância para a jurisprudência, esta decisão deve ser vista com cautela, pois qualquer reparação enseja, ainda que minimante, comprovação efetiva dos danos sofridos, considerando que o subjetivismo e os sentimentos individuais não podem se tornar regra e o desamor não pode gerar dano moral.

A pretensão de atribuir um valor monetário ao sentimento que um pai ou mãe tem ou não para com seus filhos, usando para mensurar tal “preço” elementos como sofrimento, mágoa e tristeza, pode se tornar um caminho extremamente perigoso e controverso.

O afeto paterno ou materno pela prole, em regra, ocorre de forma natural, desde a concepção e durante toda a vida. Contudo, existem algumas situações que excetua tal regra, como, por exemplo, é o caso de filhos concebidos sem planejamento ou frutos de relações efêmeras, na qual a vontade de ter filhos ou de constituir família está completamente ausente.

Casos como este, diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), alcançam uma projeção questionável. Isso porque, até o advento desta decisão, filhos nascidos em circunstâncias como estas relatadas exemplificativamente, eram reconhecidos pelos seus genitores, com ou sem necessidade de exames genéticos e, quase sempre sob a guarda materna, passavam a receber daqueles um valor mensal a título de pensão alimentícia. As visitas poderiam ou não ocorrer, conforme, principalmente, o interesse do genitor e a viabilidade geográfica, entre outros fatores.

Mas, nos casos – muito comuns, diga-se de passagem – em que o pai se tornava apenas um nome no registro civil do filho, nada havia que impelisse o genitor a visitá-lo(a), podendo a criança ou adolescente jamais conviver, em momento algum com aquele indivíduo. Isso não imputava ao genitor qualquer dever de indenizar, independentemente de quais tenham sido ou ainda sejam os reflexos desta ausência na vida do filho.

Todavia, a partir desta decisão do STJ, situações como esta recebem novos contornos, podendo o filho submetido à falta do convívio com o pai ou a mãe ingressar em Juízo com um pedido de indenização monetária por abandono afetivo, fazendo com

prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

que o responsável pelo abandono seja obrigado a pagar pela sua ausência e pela falta de afeto que, em tese, deveria ter atribuído ao filho(a).

Contudo, como refere o doutrinador Reale Junior (2012) em seu posicionamento contrário à referida decisão, “dar afeto ou cuidar afetivamente – ser conselheiro, amigo, garantir equilíbrio emocional e inserção social – não constitui um dever jurídico, a não ser que se queira instituir a hipocrisia por força de lei.”

Segundo este autor, aproximar o genitor de seus filhos de maneira coercitiva, sob pena de converter sua recusa em indenização civil, carece de amparo legal.

Além disso, o mesmo afirma que qualquer possível dano psicológico que advinha da ausência paterna ou materna na vida de um filho jamais poderá ser reparado através de indenização financeira.

No mesmo sentido, Hironaka (2007) afirma que,

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que essa personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Depreende-se com isso, que paternidade significa comprometimento e envolvimento afetivo, não bastando, portanto, um registro na certidão de nascimento para ser pai. Paternidade se constrói com convivência, com a dispensa de atenção, de carinho, respeito, proteção, etc. Por tais razões, pode-se dizer que qualquer valor financeiro a que o genitor ausente seja condenado a pagar, torna-se indevido e injusto, pois, não repara o que, de fato, foi perdido pela não presença da figura paterna na vida do filho.

Juridicamente, inexistente qualquer norma que obrigue uma pessoa a dedicar amor ou afeto à outra, justamente por se tratarem de sentimentos que não podem ser impostos. Moralmente, talvez possa se questionar a atitude do pai ou da mãe que não ama seu filho e não lhe dedica nenhuma atenção ou cuidado, mas esse tema entraria em outra seara, muito mais complexa, considerando que a própria moral não está alicerçada em nenhum conceito.

Analisando friamente tais situações, e tendo em conta o voto da Ministra Nancy Andrihgi do STJ, que aborda o dever de cuidado como um elemento que pode sim, ser

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 exigido, porque se sustenta no princípio da dignidade da pessoa humana, valor e fundamento do Estado Democrático de Direito, importa destacar outros aspectos.

Para Hironaka (2007), “muitos julgaram – e o século anterior esteve a dar respaldo a esta convicção – que a assunção da responsabilidade pela manutenção material dos filhos seria o suficiente a ser feito em prol de alguém a quem não se deseja por perto.”

Contudo, a autora explica que, “certamente, essa meia-responsabilidade não foi jamais suficiente, mas o paradigma de outrora não abria chance para tal análise, porque a importância da vontade e do querer adulto sempre foi significativamente mais importante que a necessidade e a carência infantil.”

Não se trata de abandono puro e simples, pois isso ensejaria responsabilização penal, justa e necessária. Estamos considerando que o genitor, no caso concreto que deu razão à decisão do STJ, amparou financeiramente a filha, alcançando-lhe pensão alimentícia.

Além disso, no mesmo Recurso Especial, o Ministro Massami Uyeda, em seu voto contrário ao posicionamento da Ministra Nancy, afirmou que a Autora da ação tornou-se adulta, exerce uma profissão e constituiu família. Tais elementos para o Ministro, não justificam a atitude do pai, que é sim, indiscutivelmente reprovável, mas, demonstram que os prejuízos advindos de sua ausência não causaram dano em extensão tal, que impedissem a filha de desenvolver-se perfeitamente.

Considerações Finais

Com as profundas transformações das relações familiares, tem-se claro que o afeto não decorre de vínculo sanguíneo, e não existindo convivência, certamente a relação entre os membros de uma família, principalmente pais e filhos, estará fadada ao insucesso. Porém, esta relação de afeto deve surgir de forma espontânea, e não sob a coerção de uma decisão judicial. É bem provável, que neste último caso, surjam sentimentos negativos, por exemplo, de raiva e vingança.

Torna-se evidente o fato de que a mensuração, nas decisões judiciais, quando são fixadas indenizações e atribuídos valores ao comportamento ilícito do(s) pai(s) relativamente ao dano sofrido pelo(s) filho(s) nos casos de abandono afetivo, tem partido do pressuposto que as pessoas tomam suas decisões racionalmente, e devem, por esta razão, arcar com as consequências e custos de seus atos, mas também destaca os

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
elementos empíricos e subjetivos de cada caso, buscando, por meio destes, encontrar no estudo da norma, sua eficácia diante de cada questão.

Todavia, é possível que a solução encontrada por meio da indenização, nos casos de abandono afetivo, não seja adequada, pois se a demanda judicial busca reparar a ausência, o sentimento de abandono, uma ação judicial desta natureza apenas trará ainda mais prejuízos à relação entre os envolvidos.

Isso não quer dizer que indenizações desta natureza não devem ser fixadas, mas devem ser medidas extremas para casos extremos, e não uma mercantilização das relações familiares, onde tudo, inclusive os sentimentos, podem ser convertidos em moeda.

Ainda distante de uma derradeira solução, o caso seguiu para o Supremo Tribunal Federal, última instância de julgamento no país, ainda sem decisão de qualquer natureza.

O fato é que a jurisprudência, embora não seja vinculante, criou o precedente, e a partir de então, cabe a cada Magistrado decidir sobre o caso concreto levado à sua apreciação. Todavia, certamente após esta decisão, inúmeras demandas desta natureza chegarão ao Judiciário sob a égide do abandono afetivo.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. O direito ao afeto. **Revista Especial Del Rey IBDFAM** - Maio 2002. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/S%C3%A9rgio%20Resende%20de%20Barros>. Acesso em 15/Nov./2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 05/Nov./2015.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: **Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 05/Nov./2015.

CASTRO, Leonardo. **Precedente Perigoso** - O preço do abandono afetivo. 2010. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10696/precedente-perigoso>. Acesso em 10/Nov./2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos** – além da obrigação legal de caráter material. IBDFAM. 2007. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/289/Os+contornos+jur%C3%ADdicos+da+responsabilidade+afetiva+na+rela%C3%A7%C3%A3o+entre+pais+e+filhos+%E2%80%93+al%C3%A9m+da+obriga%C3%A7%C3%A3o+legal+de+car%C3%A1ter+material.%2A>. Acesso em 10/Nov./2015.

KEHL, Maria Rita. **Ressentimento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista CEJ. n. 27. p. 47-56. Brasília. out/dez. 2004. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/633/813>. Acesso em 12/Nov./2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.

REALE JUNIOR, Miguel. **O afeto ou a bolsa**. Jornal o Estadão - 02/06/2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em 05/Nov./2015.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br). Maio de 2006. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acesso em 07/Nov./2015.

ALGUNOS DILEMAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL ABOGADO: EL CONFLICTO DE INTERESES

Nuria Belloso Martín

“La vida de un jurista sensible es un peregrinar hacia el remoto santuario de la Justicia en el que la indulgencia se gana en el camino, no al llegar”
(A. Nieto, *Balada de la Justicia y de la Ley*, 2002, p.246).

1 La enseñanza orientada al ejercicio de la profesión de abogado

Quienes cursan los estudios de Derecho, como egresados pueden acceder a concursos públicos u otras salidas profesionales. Una de las puertas que se abren para los licenciados (ahora, graduados) es el ejercicio profesional de la abogacía. El abogado, como también un juez, un notario o un registrador, u otro empleado público, tendrán que ser especialmente cuidadosos con el ejercicio de su función. Una mala formación, una ética endeble, les hará estar expuestos a un mayor riesgo de dejarse llevar por propuestas rayanas en la ilegalidad, o bien en actuaciones resultado de corruptelas. Son muchos los licenciados en Derecho que ingresarán en la carrera política. Propositiones tentadoras, conflicto de intereses, tráfico de influencias y otras muchas más posibilidades se abren ante quienes tienen ante sí “un futuro prometedor”. Todo ello pone de relieve la especial responsabilidad que los profesores de materias tales como la Filosofía del Derecho tenemos ante nosotros, en orden a ayudar a nuestros alumnos a que distingan lo ilegal de lo ilegal –que ya no es poco- siempre en un contexto de justicia.

Si bien los abogados son considerados como uno de los principales profesionales del mundo jurídico, lo cierto es que, tradicionalmente, desde la Filosofía del Derecho no se les ha prestado mucha atención. El iusfilósofo suele estar más preocupado por la figura del legislador, del soberano, y en todo caso, y en los últimos tiempos, del juez. En este breve estudio pretendemos destacar la relevancia que una buena formación jurídica, y también deontológica, tiene para el ejercicio profesional del abogado.¹ Y ello porque su trabajo debe ser el de un profesional comprometido con la defensa de los justos derechos e intereses de las personas.

¹ Sobre la ética en los empleados públicos, *vid.* nuestro trabajo: BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos instrumentos para impulsar la ética en la Administración Pública”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León –México- nº15, 2014, pp. 23-58.

En estos últimos años, el ejercicio de la Abogacía, además, está en transformación. No sólo se han modificado los estudios que dan acceso a la profesión con la adaptación de los estudios españoles al *Espacio Europeo de Educación Superior* (EEES), sino que en 2006 veía la luz la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y procurador. A estas dos adaptaciones se ha sumado muy recientemente la *Ley Ómnibus*, que afecta a la regulación de los Colegios Profesionales.²

Por otro lado, la Ley de Acceso a la Abogacía ofrece la oportunidad de formar profesionales. Hasta ahora los estudios de derecho y los estudios de postgrado han estado más preocupados de formar grandes conocedores del ordenamiento jurídico que de formar buenos profesionales, que conozcan los fines y funciones de su profesión, así como los principios y obligaciones específicas que deben cumplir por ser abogados.

En España, a partir de la ya citada Ley 34/2006, de 30 de octubre, que entró en vigor cinco años después, así como del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, que desarrolló esta denominada “Ley de acceso”, la deontología profesional ocupa un lugar importante en la materia de evaluación.³ Ello pone de manifiesto que, junto al interés por la formación técnica de los futuros abogados, la formación deontológica resulta también imprescindible para su actividad profesional. La asignatura de la “Deontología profesional para el abogado” forma parte de los diversos *Master de Acceso a la Abogacía* que se están impartiendo en las Facultades de Derecho.

2 De la deontología profesional a los códigos deontológicos

² Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta Ley es consecuencia de la necesidad de proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que establece la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta Ley 17/2009 ha tenido como objetivo primordial el de incorporar, parcialmente, al Derecho español, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

³ El apartado 3 del artículo 17 aborda la normativa relativa al sistema de evaluación previsto para el acceso al ejercicio profesional de abogados y Procuradores. En dicho artículo se precisa que «la prueba será escrita y constará de dos partes que se realizarán el mismo día. El primer ejercicio consistirá en una prueba objetiva de contestaciones o respuestas múltiples. El segundo ejercicio de la evaluación consistirá en resolver un caso práctico previamente elegido por el aspirante entre varias alternativas». En los modelos de pruebas suministrados por el Ministerio de justicia, las preguntas referentes a la deontología profesional ocupan un lugar fundamental, lo que viene a confirmar el interés creciente por la reflexión ética concerniente a esta actividad jurídica en los últimos años.

El término deontología procede del griego “*deon*” que significa debido y de “*logos*” que equivale a ciencia o tratado. “Deontología” sería la ciencia o tratado de los deberes, del deber ser. La deontología profesional se relaciona simultáneamente con la técnica y con la ética.

En nuestra visión, la deontología pretende conciliar las dos grandes tradiciones filosóficas occidentales sobre la ética:

i) la aristotélica, que centra su atención en la finalidad y el sentido de las acciones humanas -con especial énfasis en la noción de virtud-. Para Aristóteles, la virtud es el hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por la sola bondad de la operación y conformidad con la razón natural. la virtud no depende de la naturaleza y no es una disposición innata, sino un ejercicio de la libertad y que por lo tanto, su aprendizaje es posible. Las virtudes son hábitos (*si no son ni pasiones ni facultades sólo queda que sean hábitos*).

ii) la kantiana, cuya preocupación son, fundamentalmente, las normas por las que deben guiarse las actuaciones humanas. Para Kant existen tres tipos de actuación en relación con el deber: i) la actuación contraria al deber; ii) la conforme al deber; iii) la actuación por deber

Casi todos los profesionales que tienen una mayor relevancia social, cuentan con códigos deontológicos que regulan el ejercicio de sus profesiones (la medicina, la farmacia, la abogacía, el notariado). Las más relevantes, por todo lo relacionado con la vida, con la salud y la enfermedad, con la búsqueda y la administración de justicia, con la fe pública, etc.

Los principales códigos deontológicos de los abogados son: i) Código de Ética Internacional de la Asociación Internacional de la Abogacía (IBA); ii) Código Deontológico del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) (1988)⁴; iii) Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea (25/11/2006)⁵; iv) Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) 2006.⁶

Las normas deontológicas son normas corporativas; emanan del propio colectivo de la abogacía para regular el comportamiento de sus profesionales. Son una forma de autorregulación, entendiendo por ésta, el acuerdo institucional mediante el cual una organización regula los estándares de conducta de sus miembros. Su contravención

⁴ Disponible en: https://web.icam.es/bucket/VU_CodigoDeontAbogadosUnionEuropea.pdf.

⁵ Disponible en: < <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Carta-de-los-principios-esenciales-de-los-abogados-europeos.pdf>>.

⁶ Disponible en: < http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf>.

provoca la aplicación de sanciones disciplinarias que pueden alcanzar efectos extremadamente graves para el transgresor.

Una de las cuestiones más polémicas y discutidas en este ámbito es el problema de la obligatoriedad de dichas normas. Cabe enmarcar este tema en el marco de la función social atribuida, legalmente, a los Colegios Profesionales,⁷ consistente en velar por un adecuado ejercicio de la profesión por parte de sus miembros. Como sabemos, para garantizar la plena realización de dicha función, los Colegios Profesionales tienen atribuida una potestad disciplinaria.

Ello lleva a hacer pensar en la conveniencia de la existencia de los propios colegios profesionales –actualmente tan discutida–, y de sus facultades sancionadoras, derivadas de su función de garantes de un correcto ejercicio profesional. Recordemos la existencia del procedimiento sancionador colegial. Así, tanto el Código Deontológico de la Abogacía Europea, como el Código Deontológico de la Abogacía Española poseen carácter vinculante para los abogados españoles.

Resulta difícil clasificar las normas que contienen los códigos deontológicos⁸ puesto que en ellos, como es el caso del español (El Código Deontológico de la Abogacía española) se mezclan virtudes, principios, derechos y deberes. Así, el secreto profesional, para algunos es un principio y otros lo explican como uno de los deberes profesionales; la lealtad profesional, para unos es un principio y para otros es un deber.

⁷ Para poder ejercer la Abogacía en España, es obligatoria la colegiación. Este sistema de colegiación única facilita la movilidad profesional del abogado, al permitir el libre ejercicio en todo el ámbito estatal sin necesidad de más trámites que los imprescindibles, y potencia la libre elección del abogado por parte del cliente. Con todo, puede resultar paradójico que una profesión como la abogacía, que se define, entre otras cosas, por su carácter liberal y privado, deba pertenecer a un Colegio Profesional y que por lo tanto una Corporación de Derecho Público regule su ejercicio. El ejercicio de la Abogacía podrá desarrollarse: i) individualmente (por cuenta propia, como titular de un despacho, o por cuenta ajena, como colaborador de un despacho individual o colectivo.; ii) colectivamente (mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, o bien, asociándose en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles. Como principales fines de los colegios profesionales, (art.5. de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de 27.12.2009, conocida como *Ley Omnibus*, cabe destacar: i) La ordenación del ejercicio de las profesiones; ii) La representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria; iii) La defensa de los intereses profesionales de los colegiados; iv) La protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados; v) Los Estatutos colegiales pueden establecer otros fines para cada Colegio en concreto. Asimismo, dada la gran movilidad de profesionales entre los diversos países de la Unión Europea, el ejercicio de la Abogacía transfronteriza en la UE ha adquirido un importante relieve, y comporta diversos aspectos interrelacionados entre sí, incluyendo normativa, deontología, guías para ejercer en Tribunales y otras recomendaciones y estadísticas.

⁸ DEL ROSAL, R., *Normas deontológicas de la Abogacía española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*. Madrid, Civitas, 2008.

El propio Código Deontológico de la Abogacía española lo denomina *virtud*, clasificándolo dentro de las *virtudes de actuación del abogado*.

También entraña cierta dificultad identificar la función que corresponde a un Código deontológico. Surge el interrogante de si los códigos ¿deben perseguir los actos inmorales y poco virtuosos de los profesionales. No constituyen simples tratados de deberes morales sino consecuencias en el orden disciplinario. Tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para ordenar la actividad profesional de los colegiados.

Los códigos deontológicos deben recoger principios y reglas, normas, en definitiva, que establezcan deberes, pero ¿no virtudes privadas? Sobre esta cuestión, relevantes iusfilósofos se han pronunciado a lo largo de la historia. Así, según S. Nino: el principio que “está en juego es lo que se denomina principio de autonomía de la persona”, según el cual el Estado no debe interferir en la elección o adopción de ideales de excelencia humana, “limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente”. Por su parte, según Stuart Mill, “nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz”. Y Locke defendía que la jurisdicción del magistrado debe extenderse únicamente a la protección de unos intereses civiles, pero no a la salvación de las almas.

El concepto de deber u obligación aparece históricamente unido a los ámbitos ético y religioso. Kelsen utiliza estos términos como sinónimos. Otros autores sostienen que estas figuras no deben ser equiparadas: el *deber* un término propiamente moral, *obligación* es un término claramente jurídico.

Concretamente, los Códigos deontológicos de la abogacía⁹ se basan en cuatro principios básicos:

- i) Independencia: significa no estar sometido. Los abogados han de ser independientes pero parciales porque se deben a la defensa de los intereses de sus clientes.

⁹ Vid. APARISI MIRALLES, A., *Deontología profesional del Abogado*, Valencia, tirant lo blanch, 2013; también, de la misma autora, vid. *Ética y deontología para juristas*. Pamplona, EUNSA, 2006. Aparisi entiende que, entre los pilares éticos básicos de toda deontología, deben encontrarse los siguientes principios: a) la centralidad de la persona y de su dignidad; b) el fin, o función social, de toda profesión; c) la búsqueda de la excelencia a través, no solo del conocimiento científico-técnico, sino también de la adquisición de habilidades y virtudes profesionales. Con relación a este último aspecto, destaca la trascendencia de la capacidad de razonamiento prudencial en el jurista.

- ii) secreto profesional, en virtud del cual un abogado no puede revelar lo que le ha dicho el cliente.
- iii) Lealtad al cliente
- iv) Evitación de conflicto de interés, que se producen entre los intereses del despacho, de clientes y otros actores implicados

No puede prescindir de una breve referencia a la razón de ser y a la finalidad social de la actuación del Abogado. Sino, se corre el riesgo de presentar la cuestión desde una perspectiva excesivamente normativista y prescriptiva que, entre otras cosas, eludiría el problema de fondo, relativo a la fundamentación última de las normas.

Además de establecer deberes y obligaciones, la deontología debe ser capaz de proponer y potenciar un modelo de jurista excelente. Si no es capaz de reactualizar continuamente los bienes o principios a perseguir corporativamente, y de potenciar las virtudes profesionales de sus miembros los resultados serán insuficientes. Las normas son necesarias, pero, en el ámbito de la deontología, la verdadera solución implica la promoción de la integridad personal de los profesionales.

Tampoco faltan las voces contrarias a los códigos deontológicos. En general, se prescinde del factor ético por el subjetivismo de los valores, o porque la ética se ha refugiado en la privacidad, en una cuestión íntima, en una elección individual que no debe trascender a la sociedad. Ello lleva a cuestionar el carácter jurídico de las normas deontológicas o la ayuda que éstas puedan prestar al cumplimiento de la legalidad vigente. Se puede tener la tentación de pensar si, por el contrario, no serán esas normas deontológicas auténticos obstáculos para el cumplimiento de las normas jurídicas, interesadamente orientadas a no renunciar e incluso a reforzar ese corporativismo profesional.

3 ¿Cuál es la misión del abogado?

La imagen social del profesional de la abogacía ha oscilado entre la reverencia y el desprecio. Es un profesional admirado u odiado,¹⁰ que no ha dejado a la historia indiferente en muchos casos. Para entender la imagen del abogado, basta tomar como

¹⁰ Ya en los siglos XIV y XV fuentes populares hablan del desprestigio de juristas y abogados ante el villano iletrado que ve a estos profesionales como personajes que engañan a sus clientes con razones, textos y lenguaje que éstos no entienden, exponiendo “*más opiniones que ubas en cesto*”. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho*. Madrid, Tecnos, 2003, pp. 246.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

referencia a la imagen que la literatura universal ha transmitido de los abogados.¹¹ Bien sea mediante novela, drama, sátira, etc. se ha dado testimonio evidente de una manera muy reprobable de actuar de quienes se espera actúen conforme a los principios de la moral y de la justicia en la disolución de cualquier conflicto de intereses.

Así, Quintiliano (45 d.C) decía sobre los abogados:

“Verbosos, gesticulares, inconcluyentes y vanidosos que convertían una pequeña causa en cuestión de Estado y de un asunto mísero sacaban buena ocasión para hacer rimbombantes discursos.

Francisco Petrarca (1304), refiriéndose a la abogacía, sostenía que:

“Una profesión que degrada a los que la practican” debe ser abandonada. “Requerirá que una persona fuera deshonesto para que tuviera éxito”.

Por su parte, William Shakespeare (1564), en Hamlet, acto V, escena I, reflexionaba:

“He aquí otra; ¿por qué no podría ser la calavera de un abogado? ¿Dónde están ahora sus sutilezas y distingos, sus argucias, subterfugios y artimañas? (...) sus letras de cambio, hipotecas y pagarés?”

Recordemos también la caracterización que Charles Dycens hace de los abogados en la Inglaterra de su época. Y, por último, Dostoievski (*Los hermanos Karamazov*) sostenía que “El abogado es una conciencia alquilada”.¹²

Reflejan una creencia o impresión que a lo largo de los años se ha ido proyectando en la cultura popular de muchos países. Profesional admirado u odiado, no ha dejado a la historia indiferente en muchos casos:¹³ Abogados tramposos que engañan a sus clientes con las más viles artimañas, y que con ello no sólo dañan la imagen de esta profesión, sino que además atentan contra los derechos de las personas que acuden

¹¹ Vid. FÁBREGA PONCE, J., *Abogados y jueces en la literatura universal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; también, CAMACHO, A.F., “Los jueces y abogados frente a la literatura universal”. Disponible en: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2406/8.pdf> > (Acceso el 15.11.2015).

¹² DOSTOIEVSKI, F. M: *Los hermanos Karamazov*, Madrid, Ed. Cátedra, 1996, pp. 392.

¹³ En la normativa española existen distintas definiciones de abogado. Para el Estatuto General de la Abogacía Española, abogado es aquel *licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico* (art.6). Hay tres rasgos principales que conforman las características básicas para hablar de un profesional: la intelectualidad, la vinculación a través de la confianza y la adscripción a determinadas normas específicas.

a su consulta jurídica; Abogados pícaros que usan testigos falsos para sacar a sus clientes de la cárcel; que se quedan con la herencia de sus clientes; que falsifican títulos valores y se roban el dinero de sus consultantes; que entorpecen los procesos con maniobras dilatorias, etc.

Lo cierto es que cualquier actividad llevada a cabo por un Abogado persigue diferentes objetivos, intereses o finalidades, comunes a otras actividades. Los bienes que se persiguen pueden ser variados, desde el dinero, el prestigio profesional o social hasta el poder. Tales bienes se obtienen como resultado externo, como consecuencia de la actuación profesional, pero no son los que dan sentido a la actividad. Pero además, existen unos bienes intrínsecos de cada profesión. Son éstos los que diferencian cada actividad profesional, los que le confieren su específica legitimidad social. Esta sería la dimensión de la *praxis*.

El Código Deontológico de la Abogacía Española¹⁴ no define la figura del Abogado. El Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea¹⁵, aprobado por el CCBE¹⁶, sí realiza una aproximación.

La misión del Abogado, establecida en el (art.1.1 del CCBE) puede resumirse en que:

“En una sociedad fundada en el respeto a la justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la Ley. En un Estado de Derecho el Abogado es indispensable para la justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente”.

¹⁴ Disponible en: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf.

¹⁵ Disponible en: < <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigodeontologico.pdf>>. En sesión plenaria celebrada en Lyon el 28 de noviembre de 1998, se aprobó el Código Deontológico Europeo, cuya finalidad es la de establecer unas normas de actuación para el Abogado en el ejercicio profesional transfronterizo y otras básicas que representan las garantías mínimas exigibles para posibilitar el derecho de defensa de una forma efectiva. Este Código se completa con la Carta de Principios esenciales de la Abogacía Europea”. Disponible en: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/10_11_10_Booklet_Cd3_1290438847.pdf.

¹⁶ El CCBE es la organización representativa, oficialmente reconocida en la Unión Europea (UE) y en el Espacio Económico Europeo (EEE), de la profesión de abogado. El CCBE está compuesto por 17 delegaciones cuyos miembros son designados por los Colegios Profesionales y las Organizaciones que representan a la autoridad profesional en cada uno de los Estados Miembros de la UE, y de los Estados Miembros del EEE, siendo 17 miembros en su origen pero que en los últimos Estatutos aprobados por sesión plenaria los días 24 y 25 de noviembre de 2006, han aumentado el número a 28 miembros efectivos y. Los Colegios de Abogados de Bulgaria, Croacia, Macedonia, Rumania, Suiza, Turquía y Ucrania están representados por Delegaciones observadores. El CCBE tiene como objeto principal el estudio de todas las cuestiones relativas a la profesión de abogado en los Estados Miembros de la UE y el EEE y la elaboración de soluciones destinadas a coordinar y armonizar su ejercicio. Su sede se encuentra en Bruselas y las lenguas son el francés y el inglés. Vid. www.ccbe.org.

Como bien afirmaba Aristóteles (*Ética a Nicómaco* Libro I, punto 1), “Toda actividad humana tiene un fin”. Aplicada esta máxima a la profesión del abogado, el bien o fin fundamental que debe perseguir el ejercicio de la abogacía es la justicia, entendida no tanto como un valor superior o ideal, sino como justicia real o humana, como justicia del caso concreto.¹⁷

4 Algunos dilemas en el ejercicio profesional del abogado: el conflicto de intereses

Conflicto viene del término latino *conflictus* derivado de *confluyere*, pelear, combatir. Es lo más recio y vivo del combate, el punto en que aparece incierto el resultado de la lucha y figuradamente, el “apuro, aprieto, compromiso grave, situación desgraciada y de difícil salida”. Es sinónimo de combate, zozobra, inquietud y angustia de ánimo y también de choque, lucha, conflagración, encuentro, colisión, antagonismo, hostilidad, disputa, empeño, competencia, batalla, pugna, pelea, desacuerdo, oposición, lance. Y de, dificultad, diferencia, desasosiego, peligro, crisis, trance, duda, disyuntiva, discusión. Son diversas acepciones pero la idea es la misma.

Interés, que proviene del término latino *interesse*, importar, no es en cambio un concepto unívoco. Tiene varios significados y como muchas palabras en nuestro idioma, varía cuando se utiliza en singular y en plural. “Interés” es “provecho, utilidad, ganancia”, “valor de algo” “lucro producido por el capital” y también “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.” “Intereses”, en plural, es sinónimo de “bienes” y “conveniencia o beneficio en el orden moral o material”. Esta última acepción es la que vamos a utilizar.

El conflicto de intereses se enmarca en situaciones cuando se prevé que no va a ser posible asesorar, o representar, los legítimos intereses de una persona, o entidad, con lealtad e independencia, porque se han asumido responsabilidades de asesoramiento, o defensa, en el momento presente o con anterioridad, hacia otros clientes con intereses contrapuestos

Toda actividad del Abogado persigue un legítimo interés subjetivo o personal. Pero, al mismo tiempo, debe respetar el interés objetivo y los principios esenciales de la profesión. El problema estará en determinar en qué medida, en una concreta situación,

¹⁷ APARISI, A., “El conflicto de intereses en la Abogacía. Reflexión filosófico-jurídica”. Disponible en: http://www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Angela_Aparisi-4.pdf (Acceso el 10.10.2015).

existe un claro *riesgo* de que el primero pueda afectar gravemente o, incluso, anular, al segundo.

Como subraya Aparisi, el conflicto de intereses es, desde un punto de vista deontológico, uno de los mayores retos con los que se enfrentan, en la actualidad, los despachos de Abogados. En España la regulación actual es escueta (artículos 4 y 13 del Código Deontológico de la Abogacía española) e insuficiente, de acuerdo con las necesidades de la práctica profesional. El Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE) ha prestado especial atención a esta problemática.

4.1 Concepto de conflicto de intereses

Conviene tomar en consideración la definición del conflicto de intereses que tanto el Código Deontológico de la Abogacía Española como el Código Deontológico de la Abogacía Europea ofrecen.

El Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) 2006, en su Artículo 4 regula de forma genérica las relaciones entre el letrado y el cliente sobre la base de los valores de confianza del cliente respecto de su letrado y la integridad de éste. Concretamente, el Artículo 4.2 se refiere al conflicto de intereses, cuando señala que:

“El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél”.

El Artículo 4.3 añade la aplicación de esta obligación en el caso del ejercicio colectivo de la abogacía:

“En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo”.

El Artículo 13 regula la relación entre letrado y cliente. (El conflicto de intereses se aborda de forma directa en los artículos 13.4 a 13.7):

“El Abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio abogado. (art. 13.4)

El Abogado no podrá aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente, cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente.(art. 13.5)

El Abogado deberá, asimismo, abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia. (art. 13.6)

Cuando varios abogados formen parte o colaboren en un mismo despacho, cualquiera que sea la forma asociativa utilizada, las normas expuestas serán aplicables al grupo en su conjunto, y a todos y cada uno de sus miembros”. (art. 13.7)

El Código deontológico del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) (1988) regula el conflicto de intereses en su artículo 3.2:

“Un Abogado no deberá asesorar, ni representar, ni actuar en nombre de dos o más clientes en un mismo asunto si existe un conflicto o riesgo significativo de conflicto entre los intereses de los clientes.(art. 3.2.1)

Un Abogado deberá dejar de actuar para ambos clientes, cuando surja un conflicto de intereses entre estos clientes, cuando exista riesgo de violación del secreto profesional, o en caso de que su independencia pueda ser dañada. (art. 3.2.2).

Un Abogado deberá abstenerse de actuar para un nuevo cliente si existe un riesgo de violación del secreto profesional respecto a informaciones dadas por un antiguo cliente o si el conocimiento que el Abogado posee por otros asuntos del antiguo cliente pudiera favorecer indebidamente al nuevo cliente” (art. 3.2.3).

4.2 Clasificación de los conflictos de intereses

Los conflictos de intereses se pueden clasificar en tres tipos principales: a) el tiempo en que se produce el conflicto; b) los sujetos implicados; c) la naturaleza del despacho en que se plantea el conflicto. Vamos a analizar brevemente cada una de estas posibilidades.

- a) En función del tiempo: i) Conflicto de intereses *preexistente*, cuando el conflicto se produce con certeza en función de intereses encontrados previos al surgimiento del mismo; ii) Conflicto de intereses *coetáneo*, cuando el conflicto se produce y se conoce al mismo tiempo; iii) Conflicto de intereses *sobrevenido*, cuando en una relación profesional en la que no existía conflicto alguno, este surge con posterioridad.

b) En función de los sujetos (o lealtades implicadas): i) Conflicto de los intereses del abogado con los de su cliente; ii) Conflicto de los intereses contrapuestos de clientes del abogado.

c) En función de la naturaleza del despacho: i) Conflicto de intereses en despachos de abogados colectivos; ii) Conflicto de intereses en despachos de abogados unipersonales.

Uno de los conflictos de intereses que se presentan más frecuentemente es el del conflicto entre el derecho de defensa y el secreto profesional del abogado¹⁸

El art. 32 del vigente Estatuto General de la Abogacía Española, como el art. 5.1 del Código Deontológico, al amparo de la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, imponen al letrado el deber y le confieren a su vez el derecho de guardar secreto, así como le exoneran del deber de declarar respecto, se dice «de todos los hechos o noticias que conozca por razón de profesional». En todo caso, siempre el letrado, antes de quebrantar su deber de secreto profesional exponiéndose a sanciones disciplinarias o penales, debería dirigirse a su Colegio para recabar consejo.¹⁹

Se ha pretendido imponer entre otros agentes, a los abogados, la obligación de informar, o denunciar, ante las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales cualquier hecho que consideren indicio del mismo.²⁰ La pretendida

¹⁸ Los principios de confianza y lealtad han de vincularse a la obligación del secreto profesional, el cual carece de limitación temporal. “Estos deberes de secreto profesional —apartado 7, artículo 5 del Código Deontológico— permanecen incluso después de haber cesado en la presentación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

¹⁹ A este respecto, cabe destacar a modo de ejemplo, la Sentencia n.º 147/2001, de 12 de noviembre, de la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª). En la misma se plantea un supuesto de denuncia de abogado a su cliente por comisión de ilícito penal, y por lo tanto, conflicto con el secreto profesional similar al que se da con las Directivas comunitarias en materia de blanqueo de capitales con la imposición a los abogados de la obligación de denunciar cualquier hecho que consideren indicio de blanqueo. AZORÍN MOLINA, J.A., “Derecho de defensa y secreto profesional del abogado. Especial referencia al conflicto en el ámbito del blanqueo de capitales”. Disponible en: http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=138. (Acceso el 13.10.2015).

Otra sentencia que refleja este mismo conflicto es la Sentencia n.º 8/2000, de 25 de enero, de la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca. En la misma se presenta una colisión entre el derecho de defensa y el secreto profesional. Se estima el recurso de apelación interpuesto por el recurrente declarando la nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la querrela, estimando que la misma debe ser archivada sin más trámite por relatarse en ella hechos sobre los que el querellante, que es abogado, tiene la obligación de guardar secreto profesional.

²⁰ Ello ha sido consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo con la intención de evitar situaciones delictivas cometidas al amparo de actuaciones de clara corrupción entre diversos empleados públicos y abogados. Así, la operación «ballena blanca» Marbella (2005) tuvo como objetivo la desarticulación red dedicada al blanqueo de capitales. (Europa y con ramificaciones en Estados Unidos y Canadá). El dinero procedente del extranjero de grupos dedicados al narcotráfico, tráfico de armas, prostitución, secuestros, ajustes de cuentas, homicidios y estafas tenía su centro de operaciones en un despacho de abogados de Marbella, desde el cual, con la colaboración de tres notarías, se canalizaba hacia el mercado inmobiliario a través de una maraña de más de mil sociedades domiciliadas en la Costa del Sol y Gibraltar.

imposición podría chocar gravemente con el deber primordial de la abogacía de guardar el secreto profesional, y a su vez, suponer un grave menoscabo y lesión del derecho fundamental de defensa de toda persona. Se plantea si ¿Es compatible con esos valores, derechos y principios del Estado de Derecho que un abogado denuncie a su propio cliente por hechos de los que haya conocido con ocasión de su intervención profesional, y que estén relacionados con el ilícito de blanqueo de capitales?

Los casos en el Abogado se puede encontrar en una situación de conflicto pueden agruparse en tres:

- a) el conflicto entre sus deberes para con el cliente con los que podríamos denominar en sentido amplio, deberes con la sociedad;²¹
- b) El conflicto proviene de una situación en la que sus deberes se enfrentan con los que provienen de su posición personal;²²

²¹ Cuando el cliente del Abogado le revela haber cometido alguna ilegalidad, irregularidad o incluso un delito. Así, un primer caso puede consistir en un Abogado que está redactando un convenio matrimonial para la esposa separada en el que se contemplan prestaciones en favor de los hijos del matrimonio y le revela su cliente que los hijos matrimoniales no son del marido y éste no lo sabe. Debe plantearse qué debe hacer. Desde negarse a continuar con la defensa o el asesoramiento hasta hacer como si no sucediera nada. Un segundo ejemplo sería el de un Abogado que está defendiendo a la víctima de un accidente de circulación al que se le revela por su cliente que en realidad sus daños los sufrió por otra causa o que los testigos que le facilitó han depuesto falsamente; Se le producirá un grave caso de conciencia y un conflicto entre sus deberes de diligencia para con el cliente y su deber de servir a la justicia. Un tercer caso podría ser Abogado al que su cliente reconoce haber cometido el delito por el que se le acusa pero que le da instrucciones de alegar ante el juzgador su inocencia. La presunción de inocencia que establece el mismo artículo permite sostener que como ésta no ha de probarse lo que debe acreditarse siempre y en todo lugar es la culpabilidad y que corre a cargo la acusación aportar esas pruebas. Un cuarto caso podría ser Cuando el Abogado sospecha de su propio cliente. Cuando su cliente le presenta un testamento ológrafo y le encarga que lo ejecute para que obtenga plena validez y al profesional que conoce la escritura del testador le parece que el documento no fue escrito de puño y letra de éste. En tal situación no le queda más remedio que renunciar a actuar por el cliente.

²² Las incompatibilidades (Estatuto General de la Abogacía) son insatisfactorias. Así, se da la posible compatibilidad de un Abogado que además es periodista. Mientras la labor de uno es informar, la del otro es defender y callar. Con todo, la incompatibilidad es la forma que la ley establece para prevenir el conflicto de intereses. Otras fórmulas pueden ser la prohibición de contratar, las excusas, la ausencia o inasistencia, la “inelegibilidad” (incapacidad de ser elegido), la abstención, la inhabilitación, la recusación, la inhibición. Los casos de conflictos más habituales que se pueden dar derivan de que un Abogado viene designado para el ejercicio de la defensa no por el propio cliente sino por un tercero que generalmente paga sus servicios. no es el caso de la defensa en turno de oficio donde la intervención de los Colegios en la designación garantiza la independencia del Abogado. Ce citar dos situaciones más habituales: En primer lugar, en el seguro de defensa jurídica se produce un conflicto de intereses entre el asegurado y el asegurador. evitación de conflictos de intereses entre las partes contratantes y el derecho a la libre elección de Letrado en un procedimiento por el tomador del seguro y por los asegurados. Cuando el resultado del procedimiento que quiera instar el asegurado pueda producir efectos negativos en el patrimonio del asegurador, como en el caso evidente de que tanto el asegurado como su oponente en el siniestro se encuentren asegurados en la misma compañía, uno en seguro de Defensa Jurídica, y el otro en seguro de Responsabilidad Civil. (Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; art. artículo 76 d) de la Ley de Contrato de Seguro); En segundo lugar, en materia de contratación inmobiliaria al incluir los intermediarios los servicios de Abogados que asesoran a compradores o vendedores en cuyas operaciones actúan, a veces con olvido de que los intereses de éstos no siempre son

c) conflicto de intereses que puede surgir por actuar para dos o más clientes.²³

coincidentes – rara vez lo son – con la agencia que los selecciona, contrata y paga. Son Situaciones las que se producen cuando el Abogado lo es de una persona jurídica – sociedad, fundación o corporación –. Por esa circunstancia asesora o defiende a un empleado, representante, director o apoderado de la entidad. La identificación del cliente es fundamental y la fidelidad que a él se debe es la consecuencia obligada para la solución de la dificultad que pueda surgir.

²³ La situación puede producirse entre clientes sucesivos o entre clientes contemporáneos. La actuación sucesiva para clientes con intereses contradictorios puede asumir caracteres de delito penal en ciertos casos. El vigente Código Deontológico dispone “El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.” El artículo 467.1 del vigente Código Penal castiga al “abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o representa en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.” Es la llamada prevaricación del Abogado o de doble defensa o representación. Es de las conductas más graves que pueden cometerse.

Cuando se trata de clientes sucesivos prima el factor tiempo. El primer cliente determina los intereses que el Abogado debe defender. Así el segundo, no puede transformarse en cliente del mismo Abogado que debe rechazar hacerse cargo de su defensa o asesoramiento. La solución del conflicto – más que solución, evitación – es la no aceptación. El Artículo 13.4 del vigente Código dispone: “El Abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio abogado”. Cuando sin embargo se actúa de manera simultánea la solución no es tan fácil por qué el conflicto surge con posterioridad al establecimiento de las relaciones abogado cliente. artículo 13.4: “Caso de conflicto de intereses entre dos clientes del mismo Abogado, deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos.” Y el artículo 13.6 establece “El Abogado deberá, asimismo, abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia.” La solución del conflicto de intereses sobrevenido es pues, la renuncia.

El conflicto de intereses del Abogado puede producirse también en relación con el despacho para el que presta servicios. El *Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre*, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los Abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, en su Preámbulo establece que los Abogados están sometidos a determinadas reglas especiales. El Artículo 6 del Real Decreto dispone: “Asimismo, los titulares de los despachos, en el ejercicio de su poder de dirección, no podrán dar órdenes o instrucciones ni encomendar asuntos a los abogados que trabajan en los despachos que impliquen la realización de actividades que sean legalmente incompatibles, o que vulneren las obligaciones que legalmente tienen los abogados de no actuar en defensa de intereses en conflicto o de guardar el secreto profesional.” Y su artículo 10, que “En todo caso, la compatibilidad de las indicadas actividades (se refiere a la prestación de servicios a sus propios clientes) no puede dar lugar a conflictos de intereses o interferir el cumplimiento de las obligaciones asumidas con el despacho.”

Otro problema relativamente frecuente por la gran movilidad laboral entre los despachos. Un Abogado que trabaja en un despacho donde se defiende a la esposa pasa a trabajar al despacho donde se defiende al marido. Se plantea la dificultad para esta última firma de si puede o no seguir actuando.

De la aplicación de todas las normas que regulan el ejercicio en grupo resulta que lo conveniente y apropiado es que el despacho decline mantener la defensa. Ello da lugar a dos supuestos, a modo de excepciones a la norma deontológica: i) La posible resolución de conflicto de intereses por vía de la no inhibición del abogado sustentada en el consentimiento expreso e informado del cliente. Dicha excepción tiene su origen en sistemas de *common law*; ii) Las “murallas chinas”: son sistemas de aislamiento o *screening* “son mecanismos elaborados con la finalidad de evitar el impacto negativo del principio de imputación en los grandes despachos profesionales. Por esta vía se intenta conseguir que Abogados pertenecientes a una misma firma puedan representar, o asesorar, a dos o más clientes con intereses contrapuestos, sin poner en peligro la confidencialidad de la información.

El sistema de murallas chinas puede obedecer a dos factores: en primer lugar, por la cada vez mayor presencia de los grandes despachos multidisciplinarios que intentan paliar el principio de imputación y que supone la “contaminación” del despacho por los conflictos de cada uno de sus miembros. Un efecto que, evidentemente, generaría graves consecuencias para la atención de grandes clientes o empresas; en

Los Colegios Profesionales juegan un relevante papel en orden a velar por el correcto ejercicio del ejercicio profesional. Para ello, cuentan con la potestad disciplinaria.

Esta potestad disciplinaria se encuentra regulada en los Estatutos de los respectivos Colegios de Abogados. La regulación suele ser muy similar. Como ejemplo, citamos la de los Estatutos del Colegio de Abogados de Valladolid:

Artículo 53: “Los colegiados están sujetos a la potestad disciplinaria de la Junta de Gobierno del Colegio por aquellas conductas que supongan infracción de deberes profesionales o de normas éticas de conducta en cuanto afecten a la profesión.

Artículo 54.

Las competencias disciplinarias de la Junta de Gobierno se extienden a todas las infracciones señaladas en los Arts. 83, 84, 85 y 86 del Estatuto General de la Abogacía, y también a las sanciones establecidas en el Art. 87 del mismo cuerpo legal, así como a las señaladas por la normativa de la Comunidad de Castilla y León, pudiendo aplicar en concreto las siguientes sanciones: a) Amonestación privada; b) Apercibimiento por escrito; c) Suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo no superior a dos años; d) Expulsión del Colegio. Las infracciones descritas en los párrafos finales de los artículos 17 y 29 de los presentes Estatutos se califican como graves, en cuanto constituyen, respectivamente, incumplimiento de las normas estatutarias y de los acuerdos de la Junta de Gobierno en el ámbito de su competencia.²⁴

segundo lugar, por la situación de gran movilidad profesional de los abogados hoy en día. Para su admisibilidad, se suelen establecer estrictos requisitos, tales como: i) Separación física entre los distintos departamentos de la firma; ii) Existencia de mecanismos que garanticen la imposibilidad de contrato intelectual entre los Abogados que defienden a clientes en conflicto; iii) Incorporación al Despacho de sistemas de formación continuada para formar a los profesionales en la valoración y respecto de los principios de independencia, lealtad y secreto profesional; iv) Procedimientos de control interno, y aplicación de sanciones cuando los Abogados no respeten los requerimientos que conlleva el aislamiento; v) Mecanismos de control externo sobre el cumplimiento de estos requisitos; vi) Otras medidas complementarias: depósito de documentos relevantes en lugares cerrados, acceso restringido a determinadas dependencias del edificio, etc.

²⁴ Orden PAT/1185/2005, de 5 de septiembre, por la que se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales y Consejos de Colegios de Castilla y León, el Estatuto particular del Colegio Oficial de Abogados de Valladolid. BOCL 22 Septiembre. Disponible en: <<http://www.icava.org/colegio/estatuto.pdf>>. En El Capítulo II se regula la Responsabilidad Disciplinaria (art.52 a art.74).

Artículo 59.

Antes de incoar expediente disciplinario la Junta de Gobierno podrá abrir un trámite de información previa. Dicho acuerdo deberá ser notificado al interesado, concediéndole un plazo de cinco días para que alegue por escrito lo que tuviere por conveniente, con posibilidad de aportar documentos y de solicitar las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Durante la tramitación de la información previa podrán practicarse las diligencias que se estimen necesarias, atendiendo en su caso a las solicitadas por el afectado, pasando después toda esa información a la Junta de Gobierno, que decidirá acerca de la apertura del expediente o el archivo de lo actuado en el plazo reglamentariamente establecido. Las actuaciones que se lleven a efecto en este trámite tendrán carácter reservado, y su duración será la estrictamente necesaria para conocer las circunstancias del caso concreto y decidir sobre la apertura o no del expediente.

Artículo 60.

La potestad disciplinaria se ejercerá por iniciativa de la propia Junta de Gobierno, o bien por denuncia en la que aparezca suficientemente determinada la identidad del denunciante y del denunciado, así como el relato de los hechos imputados a este último.

A modo de conclusiones

Los retos que tienen ante sí los abogados en el siglo XXI son numerosos. La competitividad, las nuevas tecnologías, la inflación legislativa va dejando honda huella. Desde la creación de despachos *law cost*,²⁵ a abogados 2.0 (atención al cliente online, en despachos de abogados, plataformas online, webs).²⁶ Entre esos retos, está la formación del abogado.

Aparisi advierte que en el contexto actual asistimos a un proceso de competitividad y mercantilización creciente en la práctica jurídica. Existe una tendencia al pragmatismo que inclina a asimilar el trabajo de los profesionales del derecho a la actividad que se lleva a cabo en cualquier otra empresa comercial. Precisamente, en este nuevo contexto profesional podemos ponderar mejor la importancia y la necesaria preservación de los principios y virtudes que tradicionalmente han regido en el ejercicio de la Abogacía.²⁷

Antonio Enrique Pérez Luño, profesor de la Universidad de Sevilla, haciéndose eco de una candente cuestión como es la de la paulatina *debilitación y desaparición* de la materia de Filosofía Jurídica en algunas Universidades, se manifiesta contundente al respecto, afirmando que:

Artículo 64.

Las sanciones impuestas por el Colegio de Valladolid surtirán efectos en el ámbito de todos los Colegios de España y todas ellas serán comunicadas al Consejo de Colegios de Abogados de Castilla y León, así como al Consejo General de la Abogacía.

²⁵ La imagen del *low cost* está ligada a la baja calidad. Sin embargo, nada más lejos de la realidad cuando se habla de asesoramiento legal. Los fundadores de *Axiom Law* se plantearon la posibilidad de crear un despacho donde no hubiera socios ni oficinas lujosas, pero sí los mejores abogados de los grandes despachos. Así nació la firma estadounidense, cuyo éxito le ha valido un caso de estudio realizado por Harvard. Gracias a la tecnología, esta firma apuesta por el teletrabajo y la ausencia de formalidades que encarecen el asesoramiento. Es más, ni siquiera se anuncian –porque legalmente no pueden– como un bufete, sino como una agencia de contratación de abogados. En España hay despachos de abogados que se ubican a pie de calle, a modo de tiendas, y que ofrecen sus servicios

²⁶ *Cuatro de los diez principales retos que identifican estas firmas para la próxima década están relacionados con la tecnología y la innovación. Aspectos como el manejo de lo que se conoce como big data (grandes volúmenes de información de negocio) figuran entre las preocupaciones más acuciantes, así como el desarrollo de sistemas de seguridad para proteger todos los datos que gestionan, en su mayoría confidenciales.* Desde hace ya unos cuantos años, las empresas se están aprovechando del potencial de las redes sociales para captar clientes y generar negocio. Al principio no había demasiadas posibilidades, pero hoy por hoy, hay muchísimas redes sociales: generalistas, profesionales, temáticas, *microblogging*, etc. Es el **entorno legal 2.0**, por el que la mayoría de los abogados que disponen de web, un blog, o un perfil abierto en *Twitter*, *Facebook* o *LinkedIn*? Lo aprovechan para explotar el potencial comercial y de interacción de la red.

²⁷ APARISI MIRALLES, A., “La regulación del conflicto de intereses en el ejercicio de la Abogacía” en *Vida universitaria*. Universidad de Navarra. Disponible en: <http://www.unav.edu/web/vida-universitaria/detalle-opinion2/12/05/21/la-regulacion-del>. (Acceso el 05.12.2015).

“en las Facultades de Derecho, frente a lo que nuestros detractores han ido diciendo sobre el sentido residual o accesorio, que tiene para ellos nuestra asignatura, no deben obviar que es fundamental, que donde hay técnicos en legislación, exista alguien que recuerde a los futuros juristas, que junto a los sistemas de legalidad, existen sistemas de legitimidad. Que no toda ley es justa, ya lo decían los clásicos. (...)

No se puede prescindir de la legitimidad del derecho, porque el derecho, sirve para muchas cosas... algunas, incluso no muy buenas. Hay que tener mucho cuidado, porque la *mercancía que vendemos* en las facultades de derecho, es peligrosa si no se transmite con garantías. Y la garantía, es precisamente eso: mantener despierta la mente del jurista y recordarle que puede ser cómplice de determinadas entidades, determinados intereses económicos que agreden a muchas personas, que condenan a la pobreza a muchas personas.

Esto, es lo que debe hacer que nos sintamos plenamente justificados de tener una presencia, más que necesaria, en los planes de estudio de las Facultades de Derecho”.²⁸

Para formar a los futuros profesionales del Derecho y de la abogacía en concreto, además de explicarles los derechos humanos, hay también que incentivar en los estudiantes un sentido crítico del derecho, para que puedan distinguir la legalidad de la legitimidad, y enseñarles a diferenciar reivindicaciones antojadizas de determinados grupos y sectores de lo que lo son los verdaderos derechos humanos. No basta con enseñarles la parte más práctica del derecho (resolver casos prácticos aplicando la legalidad exclusivamente). Al jurista y, concretamente, el abogado del siglo XXI, se le pide que tenga un alto nivel de conocimiento científico del Derecho y, a la vez, una ética profesional impecable.

Referências

APARISI MIRALLES, A., **Deontología profesional del Abogado**, Valencia, Tirant lo blanch, 2013.

APARISI MIRALLES, A., **Ética y deontología para juristas**. Pamplona, EUNSA, 2006.

APARISI MIRALLES, A., “La regulación del conflicto de intereses en el ejercicio de la Abogacía” en **Vida universitaria**. Universidad de Navarra. Disponible en: <http://www.unav.edu/web/vida-universitaria/detalle-opinion2/12/05/21/la-regulacion-del>. (Acceso el 05.12.2015).

AZORÍN MOLINA, J.A., “Derecho de defensa y secreto profesional del abogado. Especial referencia al conflicto en el ámbito del blanqueo de capitales”. Disponible en:

²⁸ Ponencia en XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social de la UNED (abril 2014). <https://canal.uned.es/serial/index/id/1698>.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=138. (Acceso el 13.10.2015).

BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos instrumentos para impulsar la ética en la Administración Pública”, en **Conocimiento y Cultura Jurídica**, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León –México- nº15, 2014, pp. 23-58.

CAMACHO, A.F., “Los jueces y abogados frente a la literatura universal”. Disponible en:

< <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2406/8.pdf>> (Acceso el 15.11.2015).

DEL ROSAL, R., **Normas deontológicas de la Abogacía española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria**. Madrid, Civitas, 2008.

DOSTOIEVSKI, F. M: **Los hermanos Karamazov**, Madrid, Ed. Cátedra, 1996.

FÁBREGA PONCE, J., **Abogados y jueces en la literatura universal**. Valencia, tirant lo Blanch, 2012;

NIETO, A, **Balada de la Justicia y de la ley**. Madrid, Trotta, 2002.

PÉREZ LUÑO, A.E., **Ponencia en XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social de la UNED** (abril 2014). <https://canal.uned.es/serial/index/id/1698>.

SALAS, M., “¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y la deontología jurídica”. En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: **Manual de Historia del Derecho**. Madrid, Tecnos, 2003.

DOCUMENTOS EN PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Código Deontológico del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) (1988)

Disponible en:

https://web.icam.es/bucket/VU_CodigoDeontAbogadosUnionEuropea.pdf.

Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea (25/11/2006) Disponible en:

<<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Carta-de-los-principios-esenciales-de-los-abogados-europeos.pdf>>.

Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) 2006

Disponible en: < [http://www.abogacia.es/wp-](http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf)

[content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf](http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf)>.

Estatuto particular del Colegio Oficial de Abogados de Valladolid. Orden

PAT/1185/2005, de 5 de septiembre, por la que se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales y Consejos de Colegios de Castilla y León, el BOCL 22 Septiembre.

Disponible en: < <http://www.icava.org/colegio/estatuto.pdf>>.

LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO

Paulo César do Amaral De Pauli

Consideraciones Iniciales

Es incuestionable la idea de que el trabajo es un derecho humano fundamental. Deseamos tan sólo recordar que, no obstante la fuerte teoría de la indivisibilidad, siempre que hay alguna manifestación en cuando a la evolución de los derechos, se discurre sobre las generaciones (o dimensiones), y clasificamos el derecho al trabajo como un derecho de segunda generación (derechos sociales), que surgen a partir de la Segunda Guerra Mundial. Esto es verdad; pero en el ámbito interno de los Estados. Si observamos el ámbito internacional, vemos algo distinto. En los documentos internacionales, los derechos individuales (libertad, vida, dignidad) van a surgir con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), mientras reglas de protección al trabajador promovidas por la OIT, que existen desde la década de 1920. Por tanto, en el ámbito internacional el trabajo es primera generación, mientras la vida, por ejemplo, es segunda generación.

Merece destaque, por la inversión que hace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la OEA el 02 de mayo de 1948, por tanto, siete meses antes que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamase, el 10 de diciembre, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En esta Declaración, los Estados Americanos reconocen que sus instituciones, jurídicas y políticas tienen como finalidad principal la protección de los derechos esenciales del hombre, sin distinción de raza, lengua, creencia, o cualquier otra, y a ejemplo de otras, presentan un rol de derechos (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal; la igualdad ante la ley; la libertad religiosa; libertad de opinión y expresión; la defensa de su honor y reputación, asimismo como de su familia; al matrimonio y a constituir familia; protección a la gestación y a la infancia; derecho de ir y venir; inviolabilidad de domicilio y de correspondencia). También se refiere a derechos sociales: derecho a previdencia, a salario justo, a la salud.

Pero lo interesante de esta Declaración es que dos derechos sociales importantísimos - trabajo y educación -, no figuran únicamente como un derecho

propriadamente. Ellos van a aparecer también al final, donde están establecidos los Deberes del Ciudadano con la Sociedad: deber de convivir respetuosamente; deber con los hijos y padres; de participar políticamente; de obedecer a las leyes; de prestar servicios civiles y militares al Estado; de pagar impuestos; de abstenerse de actividades políticas en país extranjero; deber de educarse y de trabajar.

Es interesante porque el trabajo, además de la educación, aparece como un derecho/deber. Todo hombre debe trabajar: el trabajo dignifica al propio hombre, genera riqueza, proporciona una mejor calidad de vida, contribuye con el desarrollo del país, por tanto con la sociedad, cabiendo mencionar como destaque la reciente Ley 13.189 del 19 de noviembre de 2015, que introduce en Brasil el programa de Protección al Empleo (PPE)¹.

La necesidad de protección al trabajador con vistas a impetrar la justicia social, la vienen defendiendo a lo largo de la historia: desde Robert Owen, autor de *New View of Society* (1812), que implantó reformas sociales en su propia fábrica: pasando por la Primera Internacional Socialista (1864) en la que actuaron Marx y Engels; por la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) del Papa León XIII; hasta la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constituida en 1919 por el Tratado de Versalles.

1 Educación, trabajo y ciudadanía

Antes de adentrar específicamente a la relación trabajo/ciudadanía, necesitamos pasar por otro derecho fundamental, indisociable en esta cuestión: la educación.

Desde los comienzos de la sociedad organizada se sabe que la educación, es decir, el conocimiento es el gran factor de distinción entre los individuos. Las diferencias sociales no son una construcción del capitalismo, sino anteriores y provienen básicamente del conocimiento y del uso que de él se hace.

Divergiendo de Hobbes y Locke, para quienes los hombres, a través de un contrato social han creado al Estado para garantizar los derechos y la seguridad de todos, Rousseau, al describir al estado de naturaleza – situación en la que el hombre

¹ El PPE trae como objetivo posibilitar la preservación de los empleos en momento de retracción de la actividad económica y favorecer la recuperación económico-financiera de las empresas, entre otras, pudiendo por fuerza de convenio colectivo reducir en hasta el 30% la jornada y el sueldo. El PPE se extingue el 31 de diciembre de 2017(artículo 11°).

vivía antes de constituir la sociedad organizada – se refiere al buen salvaje. Para él, el hombre natural está desprovisto de todas las características del hombre social: es solitario e independiente y busca tan sólo satisfacer sus necesidades naturales, no conoce la vanidad, el egoísmo o el desprecio; no posee la menor noción de “tuyo” y “mío”. Así, la moral, el trabajo, la propiedad, el poder, consecuentemente las diferencias sociales, no son naturales al hombre; son creaciones posteriores. La desigualdad entre los hombres surge con los conocimientos adquiridos en el seno del propio estado de naturaleza. El descubrimiento accidental de la metalurgia, el desarrollo de la agricultura, la división de trabajo, están en el origen de la desigualdad. Entonces, el conocimiento adquirido por algunos desfigura al buen salvaje, y el estado de naturaleza, como un estado de bondad pura, no más existe. Ahora la avaricia, los celos, la envidia y la violencia imperan. La sociedad naciente ha dado lugar al más horrible estado de guerra; ricos y pobres poseen intereses conflictivos entre sí y esta nueva situación lleva a que los ricos conciban al Estado a través de un contrato social – que para Rousseau es un intento de convencer a los más pobres a conformarse con la situación de desigualdad y con ello proteger la condición de los más ricos, perpetuando y profundizando las diferencias sociales.²

Como se observa por la descripción de Rousseau, las diferencias sociales provienen directamente del conocimiento. En los días actuales esto es fácilmente comprobable. Estudio encargado por el Banco Mundial muestra claramente la existencia de un círculo vicioso en la pobreza: los hijos de familias pobres continúan pobres porque abandonan los estudios para trabajar. La educación, dice el estudio, es el arma más eficiente para combatir la miseria. Quienes concluyen la enseñanza fundamental, tienen el 45% de probabilidad de mantenerse en la pobreza; el porcentaje cae para el 15% para quienes concluyen la enseñanza media³. Investigación realizada por la Fundación Getúlio Vargas, titulada *O retorno da educação no mercado de trabalho*, revela que el nivel de instrucción del trabajador está directamente relacionado con su remuneración. Según el estudio, en Brasil, la remuneración de los trabajadores alcanza el punto más elevado entre los 40 y 50 años; no porque el individuo acumuló más experiencia, sino porque es cuando atinge el auge de su educación. Así, un individuo a los 51 años, tiene una remuneración el 110% superior a la obtenida cuando ingresó en el mercado de trabajo, cuando tenía alrededor de 16 años. La evolución salarial de los

² ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contract Social*. Paris: Gallimard. 1979.

³ *Poverty reduction and growth: virtuous and vicious circles*. Banco Mundial. 2005.

grupos etarios acompaña el nivel de instrucción. Efectivamente, cuanto mayor sea el grado de instrucción de un pueblo, menor serán las diferencias sociales y, en consecuencia, mejores serán los índices de calidad de vida.

Las políticas públicas vueltas a la educación generalmente han sido presentadas como una cuestión eminentemente social, lo que es absolutamente verdadero. Sin embargo, queremos aquí referirnos a la educación abordándola bajo un nuevo enfoque, destacando su importancia como una cuestión de economía.

La educación representa un papel significativo en el desarrollo económico de un país. Los datos antes expuestos señalan en ese sentido, es decir, educación y desarrollo económico están interrelacionados y no hay como separarlos. La historia muestra que los países que más han invertido en sistemas de educación son los mismos que han alcanzado mayores índices de desarrollo. Son las sociedades industriales más desarrolladas que perciben como supremo problema y vital considerar las conexiones entre educación, estado de la economía y estructura social. Las sociedades industriales en desarrollo deberían presentar una preocupación aún mayor con relación al tema y tratar la educación como inversión.

Estudios indican que la relación entre educación y desarrollo no estaría solamente en el campo del consumo, o del aumento de la capacidad de consumo resultante del mayor grado de instrucción de las personas, sino sobre todo en la mejora de la calidad de los factores humanos, mecánicos y de planeamiento de la economía. La elevación de los niveles de instrucción, aliada con la investigación universitaria, la ciencia y la tecnología, ha sido investigada como factor importante para el desarrollo económico.

En ese sentido, la velocidad del crecimiento de China, que tiene una población de 1,3 mil millones de habitantes, una tasa de crecimiento del 9,5% al año y ocupa el 6º lugar entre los países de mayor PIB y el 3º lugar entre las naciones de mayor producción industrial, y en los diez primeros meses de 2005 contaba con un superávit comercial de US\$ 80 mil millones, puede servir de ejemplo. Su crecimiento parece estar atraillado a la revolución cultural que el país ha promovido, a través de inversiones en el campo educacional. En 1978, la población de estudiantes universitarios era del 1,4%, y hoy está en aproximadamente el 20%. En dos décadas fueron matriculados alrededor de 20 millones de jóvenes en las 1300 universidades chinas, en contra de los 16 millones en los Estados Unidos. De ellos, un número próximo del 100% comienzan a trabajar inmediatamente tras estar graduados. El número de profesores universitarios, la mayoría

formada en las mejores universidades del mundo, llega a 850 mil. Dichos números indican que la preparación del pueblo, por tanto, es factor determinante en el crecimiento del país, por eso recibe inversiones macizas. Otros números impresionan: el país posee 556 mil escuelas públicas y miles de escuelas privadas. En total, hay aproximadamente de 11 millones de profesores para 218 millones de alumnos. China sabe “que o capital mais precioso dos dias atuais é um povo bem educado e, por isso, enfrentam o problema cuidando da quantidade e da qualidade do ensino”.⁴

Brasil poseía, en 2002, 1637 escuelas de nivel superior, siendo solamente 195 públicas. Las particulares, que eran en número de 1442, ofrecieron 1,5 millón de vacantes, mientras las públicas ofertaron tan sólo 295 mil plazas. Solamente el 8% de los jóvenes con edad entre 18 y 24 años están matriculados en ese nivel de enseñanza, mientras que en Italia el número es del 42%, en Alemania el 45%, en Francia el 60%, en Inglaterra el 61%, en Estados Unidos el 80% y en Canadá el número es del 82%.⁵

Estudio realizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – Cepal – señala que Brasil ocupa la novena posición en el *ranking* de países con mayor tasa de analfabetismo de América Latina.⁶ La tasa de analfabetismo en Brasil es del 11,1% y superior al promedio de los demás países de la región, que es del 9,5%. Brasil pierde para Haití, que tiene el 45,2% de la población analfabeta, Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador, República Dominicana, Bolivia y Jamaica, en número de personas que no saben leer y escribir. La misma investigación muestra que Brasil ya redujo la población analfabeta, que en 1995 era del 15,3%. Las menores tasas son de Barbados, Chile, Argentina, Costa Rica, Guyana, Uruguay, Trinidad y Tobago, Cuba, Antillas Holandesas y Bahamas, donde el número de analfabetos se encuentra alrededor del 5%. Según datos de la Unesco, Brasil está al lado de países como Egipto, Marruecos, Indonesia, Bangladesh, India, Irán, Paquistán, Etiopia y Nigeria, que tiene más de 10 millones de analfabetos. El mismo estudio señala que la relación entre rendimientos y escolaridad está comprobada, pues entre el 20% de los más pobres en

⁴ MORAES, Antônio Ermírio de. “A chocante falta de professores no ensino médio” In *Educação, pelo amor de Deus!*. São Paulo: Gente. 2006. p. 79/80.

⁵ Ídem. p. 111.

⁶ Brasil posee alrededor de 15 millones de personas con edad superior a 15 años que no saben leer tampoco escribir. Peor aún es el índice de analfabetismo funcional, que alcanza los 32 millones de brasileños. Dentre aqueles que estão na escola, dois terços estão defasados em relação a série adequada. Na região nordestes, esse índice atinge 84%. (Ibidem. P. 63)

Brasil, el promedio de escolaridad era de 3,9 años, mientras que entre el 20% de los más ricos, sube para 10,2 años.

La UNICEF también reconoce que el incremento en el nivel de alfabetización y en las matrículas en las escuelas puede, decisivamente, ser asociado a aumentos rápidos en la renta *per capita* y mayor igualdad económica.⁷ Se ve, por tanto, que la educación, además de una cuestión social, del ejercicio de la ciudadanía y de los derechos humanos, es una cuestión de economía, pues el nivel de instrucción del trabajador tiene relación directa con la calidad de vida y con la riqueza del país.

El proceso educacional como factor decisivo en el desarrollo económico opera en el campo de las transformaciones sociales, que acompañan el progreso económico. La educación se presenta, en determinado momento, como un proceso de selección social, porque filtra y decanta a los talentos que una sociedad dispone y se sitúa donde puedan realizar su máxima eficiencia. Por otro lado, esa selección se convierte en un mecanismo de ascensión social, aspirada por el individuo y fomentada por su familia.

Ocurre que los gobiernos, salvo raras excepciones, no han dado la debida atención a este hecho. Informe publicado por las Naciones Unidas informa que la mitad de la población mundial está compuesta de jóvenes con menos de 25 años. Esta generación, la más numerosa de la historia de la humanidad, se encuentra gravemente amenazada, a punto de ser nombrada “generación perdida”.⁸ El principal problema, según la ONU, es la falta de acceso a la educación, lo que genera problemas relacionados con salud, sexualidad, prostitución, embarazo indeseado, pobreza, violencia, hambre, miseria y muerte. El ochenta por ciento de estos jóvenes vive en países subdesarrollados; doscientos cincuenta millones de niños viven en las calles, siendo que, de éstos, doscientos treinta y ocho millones están en la miseria absoluta; seis mil jóvenes son infectados diariamente por el virus del SIDA (2,5 millones por año); más de ciento cincuenta millones no saben leer ni escribir. La situación es insostenible y el panorama devastador. Toda una generación está condenada.

Reflejo de ello es lo que se ve en el mercado de trabajo. Recientemente fue noticiado que la oferta de 872 vacantes en empresas en Brasil atrajo a cerca de 180 mil jóvenes, sin embargo, la mayoría absoluta de ellos no tenía ninguna experiencia y

⁷ CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania e Exclusão Social*. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris Editor. 2000. p. 83.

⁸ Periódico ABC. Madrid. Edición n° 32.092 del 13.10.2006. p. 4. Editorial

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
 tampoco el mínimo de conocimientos exigidos en lenguaje, informática e inglés.⁹ Claro que la educación no genera empleo, pero sin ella nadie consigue emplearse en el mundo moderno.

Investigación realizada por el *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada* – IPEA – demostró que Brasil tiene carencia de mano de obra calificada y que al fin de 2008 el país tenía 7,5 millones de trabajadores sin cualificación o experiencia profesional buscando empleo. Tan sólo 1,7 millón, que representa el 18,3% de los 9,1 millones de personas que buscan empleo, tenían cualificación para inserirse en el mercado de trabajo. En el sector de la construcción civil sobran 76.161 obreros, en la agropecuaria sobran 75.864 trabajadores y en el sector de servicios sobran 55.340. En el comercio, al contrario, hay 424.083 trabajadores para 430.833 vacantes existentes, sobrando 6.750 puestos de trabajo.

Este escenario sufre fuerte modificación con la crisis política y económica introducida en Brasil a partir de la última elección presidencial. La tasa de desempleo en Brasil debe continuar creciendo en los próximos dos años. Alcanzó el 6,85% en 2015 y atingirá el 7,3% en 2016, como prevé la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Según el informe *Perspectivas para o emprego e o social no mundo – Tendências para 2015*, el desempleo en Brasil también deberá ser del 7,3% en 2017, el mismo índice de 2016.

La tasa de desempleo, medida en todos los 26 estados y en el Distrito Federal, se mantuvo en el 7,9%, según datos de la *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* (Pnad Continua). Es la primera vez que el *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (IBGE) divulga informaciones coyunturales sobre trabajo y renta para todas las 27 unidades de la Federación¹⁰.

Investigaciones realizadas por el *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* – IBGE – comprueban que cuanto mayor el grado de escolaridad, mayores son las oportunidades de encontrar empleo. Estudio realizado en nordeste y sudeste indicó que quienes tienen 12 años de estudio o más, tienen una tasa de ocupación del 77%, mientras que quienes estudiaron entre uno a tres años tienen tan sólo el 44,5%. Esos datos sirven de parámetro para comprobar que la educación es factor que impulsa el crecimiento económico de un país, pues cuanto mayor la tasa de empleo, mejores las

⁹ MORAES, Antônio Ermírio de. “Aos jovens estudantes brasileiros” In *Educação, pelo amor de Deus!* São Paulo: Gente. 2006. p. 21

¹⁰ <http://www.valor.com.br/brasil/4039442/taxa-de-desemprego-no-brasil-sobe-para-79-no-primeiro-trimestre>.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

condiciones de vida de las personas, mayor la circulación de bienes y de servicios, y mayores pueden ser las inversiones de las industrias.

2 Trabajo y Ciudadanía

La UNESCO y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), presentaron a la comunidad internacional el tercer estudio analítico del proyecto *World Education Indicators*, con el título de *Financing Education: Investments and Returns, and Analysis of de World Education Indicator*. El estudio confirma que la educación, además de incrementar en extremo la riqueza nacional, trae importantes ventajas a los individuos. Una vez más ratifica que las personas con más estudio poseen mayores oportunidades de conseguir y conservar un empleo. La relación entre mayor grado de estudio y mayor remuneración es absolutamente directa: cuanto más títulos posee el individuo, más dinero gana. En Indonesia, por ejemplo, los hombres que poseen curso superior ganan, en promedio, el 82% más que los que poseen sólo la enseñanza secundaria. En Paraguay esta diferencia puede llegar al 300%. Y para los Estados, el retorno está garantizado, inmediato y directo. Por el análisis realizado en 16 países emergentes¹¹, se llegó a la conclusión que las inversiones realizadas en educación los últimos años representaron el 0,5% en el índice de crecimiento anual de estos países. Sin embargo, el mismo estudio también señala que, a pesar de ser un factor esencial para conseguir mano de obra cualificada, adquisición de nuevos conocimientos, desarrollo intelectual e independencia a través del descubrimiento de nuevas tecnologías, el acceso a la educación secundaria y superior en estos países progresa muy lentamente.

Nos parece muy claro que la cuestión del trabajo, que inserta el hombre en la sociedad, que le da oportunidades, que propicia una vida digna, que le genera riquezas y oportunidad de ejercer su ciudadanía plena, está relacionada con la educación.

Entonces, una condición indispensable al pleno ejercicio de la ciudadanía es el trabajo y la pre-condición para el trabajo es la educación.

No es un acaso el destaque atribuido por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre a la cuestión de la educación. Sin educación, se restringe

¹¹ Los países analizados fueron: Argentina, Brasil, Chile, China, Egipto, Filipinas, India, Indonesia, Jamaica, Malasia, Paraguay, Perú, Tailandia, Tunes, Uruguay y Zimbabue.

acentuadamente el ejercicio de los demás derechos y se limita drásticamente el derecho al trabajo, especialmente “en condiciones equitativas y satisfactorias”.

También la Constitución Federal de 1988 expresa, en su artículo 205, que la educación debe visar el desarrollo de la persona, prepararla para el ejercicio de la ciudadanía y calificarla para el trabajo.

Las discusiones sobre el derecho del trabajo, si bien lentas, no cesan y tampoco podrían, pues mucho se tiene a evolucionar en ese ramo del derecho. Prueba de ello es la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo que fue adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo - OIT el 18 de junio de 1998, 50 años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU -, que desarrolla los derechos humanos comprendidos en el área de competencia de la OIT.

Considerando el trabajo un derecho humano y fundamental, Bobbio asevera que no basta prever derechos humanos, es necesario efectuarlos:

[...] uma coisa é falar dos direitos humanos, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos cada vez mais convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva, acrescentando à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.¹²

En cuanto al trabajo específicamente, sostiene Bobbio ser condición de realización del hombre y de su dignidad, una condición plena de ciudadanía y una cuestión esencial a la libertad de la persona humana. Motivos estos que llevan a creer que el

Direito de apropriar-se de uma quantidade de terra necessária ao desenvolvimento da atividade humana com seu trabalho já se conhece deste (sic) Locke, que afirmava que a extensão de terra que um homem podia arar, plantar, melhorar e cultivar e os produtos dela que era capaz de usar constituíam sua propriedade. “Mediante seu trabalho, ele, por assim dizer, delimita para si parte do bem comum”^{13 14}

Es decir, las discusiones sobre la función social de la pose a través del trabajo no son nuevas.

¹² BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. São Paulo: Paz Terra e Política, 1986, p. 89.

¹³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes. Traducción Julio Fischer, 1998, p. 412-413.

¹⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 365-366.

Se debe asimismo destacar la existencia de principios que constituyen una base mínima universal de derechos del trabajo para los países que hacen parte de la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, en junio de 1998, independientemente de ratificación, cuáles sean: a) libre asociación y reconocimiento del derecho de negociación colectiva; b) eliminación de todas las formas de trabajo forzado; c) efectiva abolición del trabajo infantil; y d) eliminación de la discriminación con relación al empleo y a la ocupación. Estos principios están siendo adoptados por países en desarrollo, si bien presentan resistencia en acordar formalmente cualquier uno de los ítems integrantes de la cláusula social, en virtud de las posibles sanciones y perjuicios comerciales en potencia.

3 El Trabajo como Derecho Fundamental

Roig y Añom recuerdan que:

Junto a los tradicionales derechos de libertad (vida, integridad física, libre conciencia, garantías procesales, intimidad, asociación, libre expresión, etc.) y políticos (sufragio, acceso a cargos públicos), los ordenamientos contemporáneos han reconocido otros derechos vitales: a la subsistencia, a la educación, a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la información, y similares, otorgándoles rango constitucional.¹⁵

La Constitución Federal Brasileña no es diferente. El legislador constituyente elevó el trabajo a la condición de pilar del Estado Democrático de Derecho. Allí el trabajo es un derecho universal y no es posible, a la mayoría de los ciudadanos, ejercer los derechos y garantías fundamentales de una Constitución, si a los mismos no se permite obtener los medios de supervivencia necesarios al mantenimiento de la propia vida, de la integridad física y psíquica, de las libertades, del derecho al honor y dignidad. El trabajo es un derecho humano universal, siendo impracticable concebir una sociedad libre, justa y solidaria, asolada por el desempleo y por la falta de respeto a tales derechos.

La tradición constitucional brasileña, en el campo de los derechos laborales, remonta a 1934, cuando la Carta Política previó el primer núcleo de derechos sociales

¹⁵ ROIG, M. J. A.; AÑON, J. A. (Coord.) *Lecciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 59.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 (artículos 120 - 122). Pasa por la Constitución del Estado Nuevo (1967), que restringió ese núcleo (artículo 137), por la Carta Democrática de 1946, que lo amplió notablemente (artículo 157), por la Constitución de 1967, enmendada en 1969, con nueva restricción de derechos laborales (artículo 165), hasta llegar, finalmente, a la Constitución de 1988, que fue pródiga en ampliar los derechos laborales (artículo 7º).¹⁶

La Constitución de 1988 permite “ao operador maximizar sua atividade hermenêutica visando encontrar solução para os conflitos que atenda aos princípios e valores que consagrou, ignorando o paradigma liberal-individualista [...]” y valorando el sistema principio-lógico-valorativo.¹⁷ Es el Código Civil siendo aplicado a partir de la Constitución, de la regla constitucional. El “Principio de la Interpretación según la Constitución” para Miranda, consiste en un “procedimento ou regra própria da fiscalização da constitucionalidade que se justifica em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos”.¹⁸

También, el derecho al trabajo puede ser mencionado como elemento tipificado de la integridad moral del individuo. Eso porque él es supuesto de una vida con dignidad, es un derecho personalísimo privado, abarca los derechos inherentes a la persona humana, emanados de la personalidad humana. Además, un Estado que se dice democrático debe respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Por otro lado, el derecho del trabajo enfrenta un grave problema mundial, es decir, la falta de él. Eso se agrava en países subdesarrollados, como Brasil, debido a innúmeros problemas. El trabajo es un derecho universal, social y humano, garantizado por la constitución, así como el derecho a la vivienda y a la educación, y no es posible al ciudadano ejercerlo, es impracticable concebir una sociedad libre, justa y solidaria, assolada por el desempleo y por la falta de respeto a dichos derechos humanos.

Trabajar es un derecho constitucional garantizado por medio de políticas gubernamentales. Los valores sociales del trabajo los considera nuestra Constitución Federal, en su art. 1º, en el elenco que contempla, sucesivamente, la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, seguido por el pluralismo político, como principios fundamentales. En una perspectiva cristiana, el trabajo está visto como uno

¹⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na constituição de 1988 e sua defesa. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm. Acesso em: 13/09/2007.

¹⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 385.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 232.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
de los valores humanos fundamentales: "El hombre nace para trabajar como el ave para volar" (Job 5,7)¹⁹.

Considerando que el crecimiento económico es esencial, pero insuficiente para garantizar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, es vital a la promoción de políticas públicas sociales sólidas. En este sentido, la OIT y la propia ONU parten de la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente. Los pueblos tan sólo tendrán paz universal cuando los ciudadanos tengan trabajo, vivienda y educación.

Para finalizar, cabe resaltar asimismo que el análisis de las condiciones de vida de una determinada población se configura, ante todo, en un proceso de evaluación de las políticas públicas, en la manera por la que ellas intervienen en la vida de los ciudadanos y las reacciones que provocan. Si las políticas públicas privilegian a determinados segmentos en detrimento de las condiciones de vida del restante de la población, estamos ante un proceso de perpetuación de la violencia estructural que no se propone a promover cambios y mucho menos a viabilizar la inclusión social. La educación en especial se debe constituir en una herramienta que contribuya para la formación de una consciencia crítica, capaz de dotar al ciudadano de un saber que le permita superar las ideologías, conocer y exigir sus derechos, superar sus dificultades y estar capacitado para los nuevos desafíos de la sociedad moderna.

Referencias

AZEREDO MARQUES, João Benedito (de). **Democracia, violência e direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Cortez. 1991.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. "O que é educar para a cidadania". *In Educando para a Cidadania – Os direitos humanos no currículo escolar*. Porto Alegre/São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional/Centro de Assessoramento a programas de educação para a cidadania. 1992.

Banco Mundial. **Poverty reduction and growth: virtuous and vicious circles**. 2005.

CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. **Cidadania: educação e exclusão social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2000.

¹⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm. Acceso el 03/09/2007.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

KRUPPA, Sonia M. Portella. **Sociologia da educação**. São Paulo: Cortez. 1994.

MORAES, Antonio Ermírio de. **Educação, pelo amor de Deus!** São Paulo: Editora Gente, 2006.

Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – Relatório Nacional de Acompanhamento. Brasília : Ipea, 2004.

PEREIRA, Luiz. (org.) *Desenvolvimento, trabalho e educação*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du Contract Social**. Paris: Gallimard. 1979

www.oas.org/eduse/espanol/cpo_educ_cro_dakar00

www.portal.unesco.org/es/ev.

<http://www.valor.com.br/brasil/4039442/taxa-de-desemprego-no-brasil-sobe-para-79-no-primeiro-trimestre>

LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Rafael Báez Serrano

Consideraciones Iniciales

La calificación de la educación como «servicio público» no es una referencia indiferente en los textos legales o constitucionales. Mucho se ha escrito sobre el concepto de servicio público, tanto en la doctrina española como en la extranjera, principalmente en la francesa¹, de donde proviene el fervoroso debate sobre su conceptualización. No obstante, no es objeto de este trabajo dilucidar un concepto claro y conciso sobre el servicio público –empresa, en todo caso, harto difícil o prácticamente imposible–, sino introducirnos en la materia con el propósito de ahondar, esta vez sí, en las posibilidades que nos brinda el concepto, dado que, como veremos posteriormente, el Legislador, desde épocas preconstitucionales, ha calificado en distintas ocasiones a la educación como «servicio público», por lo que es nuestra labor conocer las implicaciones que la calificación de «servicio público» conlleva así como el posible acierto o desacierto del legislador al denominar de tal manera a un derecho fundamental como es la educación.

1 El servicio público

Si hay algo meridianamente claro en la doctrina en lo relativo al servicio público es que este no tiene un concepto unívoco². A veces ha sido calificado,

¹ Para una mejor comprensión de la evolución del concepto de servicio público, el cual no tiene cabida en este estudio, recomendamos los trabajos de ESPLUGAS y LE MESTRE en derecho francés así como los de SOUVIRÓN MORENILLA y LÓPEZ CANDELA en derecho español, con especiales referencias al derecho francés (ESPLUGAS, Pierre (1998): *Le service public*, Paris, Dalloz: 11-39; LE MESTRE, Renan (2005): *Droit du service public*, Paris, Gualino éditeur : 21-59; SOUVIRÓN MORENILLA, José María (1998): *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada, Comares: 112-131; LÓPEZ CANDELA, Javier Eugenio (2004): *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*, Vol. III, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial:13-21).

² Recogido incluso en la STC 127/1994, FJ 6: «La idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas».

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
incluso, de tener un carácter anfibológico³, al contener una pluralidad de significados y poder llevar a equívocos.

Ciertamente, podemos aproximarnos al concepto de servicio público desde distintos puntos de vista, aunque el que nos interesa, obviamente, es el concepto estrictamente jurídico. Un primer acercamiento nos podría conducir al examen literal del propio concepto, «servicio público», pudiendo entender por «servicio» la «*actividad prestada continua y regularmente por una organización, destinada a aportar alguna utilidad a alguien*»⁴ y por «público» la gestión «*en nombre de la colectividad y ofrecido a la misma*»⁵. Es, ciertamente, una conceptualización bastante próxima a la idea colectiva de servicio público prestado por las Administraciones Públicas.

Desde un punto de vista constitucional, la construcción doctrinal del servicio público, tradicionalmente, se ha supeditado sobre el apartado segundo del artículo 128 de nuestra Constitución:

«Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Como podemos observar, en ningún momento el artículo 128.2 CE menciona expresamente la noción de «servicio público», el arraigado concepto del mismo no ha necesitado referencia manifiesta en nuestra Carta Magna para poder extraer, de este precepto, las bases necesarias para la construcción doctrinal del servicio público postconstitucional.

A partir de este precepto constitucional vamos a partir para delimitar el concepto de servicio público en lo que a este trabajo interesa, empezando por la noción de servicio esencial, el cual, a primera vista en el artículo 128.2 CE, constituye el núcleo del servicio público, para seguir con las distintas conceptualizaciones del servicio público: concepto estricto y concepto amplio.

³ TRONCOSO REIGADA, Antonio (1999): «Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, pp. 87-164: 140.

⁴ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel (1983): *La actividad de la Administración*, Madrid, Tecnos: 126-127.

⁵ *Ibidem*.

Antes de pasar al estudio del «servicio educativo», que será el centro de atención del siguiente epígrafe, nos referiremos a la conexión entre servicio público y derechos fundamentales, para valorar de antemano la posibilidad de que los derechos fundamentales y libertades públicas puedan constituir un servicio público.

1.1 Servicio esencial

Partiendo de un análisis del precepto constitucional del apartado segundo del artículo 128 CE, el núcleo del servicio público lo constituirían los denominados «recursos o servicios esenciales». Pero, ¿qué se entiende por servicio esencial? ¿Existe una noción unívoca del mismo? ¿Está supeditada la calificación de «recurso o servicio esencial» a algún procedimiento en el que atender a reglas estrictas de idoneidad? ¿O, por el contrario, actúa el Legislador con cierto margen de discrecionalidad a la hora de calificar un servicio o recurso como esencial?

Nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia temprana, realizó una aproximación al concepto de «servicio esencial», afirmando, no obstante, que existen, al menos, dos conceptos del mismo:

«De acuerdo con una primera idea «servicios esenciales» son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales»⁶.

Como posteriormente manifiesta, el Alto Tribunal se decanta por la segunda conceptualización:

«De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los

⁶ STC 26/1981, FJ 6. Analiza el concepto «servicios esenciales para la comunidad», relativo al derecho a la huelga del artículo 28.2 CE. No obstante, es clara la relación existente entre ambos preceptos, como ha puesto de manifiesto GARRIDO FALLA al explicar la doble funcionalidad del concepto de «servicio esencial» (GARRIDO FALLA, Fernando (1999): El concepto de servicio público en Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 7-36: 19-20).

bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. A nuestro juicio, esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona -y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades- es la que debe ser tenida en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución»⁷.

Por lo tanto, hemos obtenido ya el objeto de los recursos o servicios esenciales: los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.

Del propio artículo 128.2 CE podemos extraer las conclusiones respecto al procedimiento de realización de declaración de servicio como esencial: «Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales...». Por lo que tendrá que ser el Legislador el que declare un recurso o servicio como esencial, siempre y cuando sea derecho fundamental, libertad pública o bien constitucionalmente protegido.

Pero no siempre que estemos ante uno de estos supuestos estaremos ante un servicio esencial y, por consiguiente, ante una posible declaración de servicio público, sino que servicio esencial es «*un concepto político*»⁸, por lo que será «*aquel que decida en cada momento el legislador*»⁹, el cual goza de cierta discrecionalidad, dentro de los límites ya establecidos, para considerar un servicio o recurso como esencial¹⁰. Por ello, en esta clara relación entre «servicio público» y «servicio esencial», siempre que estemos ante el primero estaremos igualmente ante el segundo, algo que no ocurre a la inversa, puesto que puede haber «servicios esenciales» –a tenor del significado dado por el Tribunal Constitucional– que no hayan sido declarados «servicios públicos»¹¹, quedando, por tanto, en manos de los particulares. Lo que no puede existir son servicios públicos no esenciales, algo no

⁷ STC 26/1981, FJ 6.

⁸ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2006): «La educación como servicio público», *Diario La Ley, Sección Doctrina*, núm. 6482, pp. 1-20 [Versión on-line. La Ley 1108/2006]: 5.

⁹ *Ibidem*: 4-5.

¹⁰ Como es lógico, el Legislador no goza de un ilimitado poder discrecional, sino que «*está sujeto a los oportunos mecanismos de control, entre los que destaca el ejercido por el Tribunal Constitucional en su labor de control de la constitucionalidad de las leyes o normas con rango de ley*», sin lo cual más que de discrecionalidad estaríamos hablando de arbitrariedad de los poderes públicos, vulnerando así la interdicción de la arbitrariedad contemplada en el artículo 9.3 CE (HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel (2003): «Las transformaciones del servicio público», *Actualidad Administrativa*, núm. 39, pp. 1-29 [La Ley 1632/2003]: 4-5).

¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando (1999): *op. cit.*:19-20.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
previsto en la Constitución y que puede chocar, en todo caso, con el principio de libre empresa del artículo 38 CE¹².

Queda claro que los servicios públicos han de ser esenciales y que la declaración de los servicios públicos ha de realizarse mediante Ley –declaración conocida como *publicatio*–, aunque no es tan pacífico las implicaciones que la declaración de servicio público conlleva para ese recurso o servicio esencial concreto, siendo esto objeto de los siguientes apartados.

1.2 Concepto estricto de servicio público

Como hemos avanzado anteriormente, la doctrina se divide, principalmente, en dos corrientes a la hora de delimitar el contenido del concepto de servicio público: los que se inclinan por una concepción estricta –histórica–, también llamada «subjetiva», de servicio público y los que amplían la misma, a través de una conceptualización «objetiva», con el fin de enmarcar nuevas situaciones que quedarían fuera en el caso de mantener la concepción tradicional.

El concepto de servicio público no se encuentra ni en la Constitución ni en disposiciones infraconstitucionales, por lo que cualquier definición será puramente doctrinal, aun con el ánimo de resultar plenamente aplicable a la realidad jurídica.

Tomamos como punto de partida para la conceptualización del servicio público en sentido estricto un pronunciamiento del Tribunal Supremo, seguido por la corriente doctrinal que aboga por este concepto:

El servicio público, «ya que ningún texto legal da un concepto del mismo, [puede] considerarse como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua»¹³.

De esta definición pueden extraerse las siguientes notas definitorias del servicio público –concepto estricto–:

¹² GARRIDO FALLA, Fernando (2006): *Tratado de Derecho Administrativo. V. II, Parte general: conclusión* (con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio), Madrid, Tecnos: 420-421.

¹³ STS de 24 de octubre de 1989, FJ 3.

- a) Reserva de ley para su determinación.
- b) Es una actividad administrativa de prestación.
- c) Exclusividad regalística o titularidad de la Administración sobre la función o actividad prestada.
- d) Se presta bajo régimen de Derecho Público.
- e) Se presta de forma regular y continua.
- f) Se presta al público, teniendo una utilidad general¹⁴.

Al ser de titularidad de la Administración, esta puede reservarse el ejercicio de la misma, como bien indica el artículo 128.2 CE, en régimen de monopolio, al menos *de iure*, toda la actividad en que consista el servicio determinado¹⁵, pero no significa que esta haya de ser prestada directamente por la Administración en todo caso, sino que puede ser gestionada de forma indirecta¹⁶, por lo que no habría monopolio *de facto* al poder acudir, en su caso, a distintos prestadores del mismo servicio, aun bajo un real mismo régimen, impuesto por la Administración competente.

Con esta declaración de servicio público y la reserva de la titularidad a la Administración, de forma monopolística, de dicha actividad, se sustrae de la iniciativa privada la posibilidad de ejercer esas concretas tareas¹⁷ sin una concesión administrativa o contrato de gestión, resultando, en ese caso, meros gestores indirectos de la actividad o colaboradores de la Administración¹⁸. Situación que podría chocar con la «libertad de empresa en el marco de la

¹⁴ Notas extraídas de dos trabajos distintos de ARIÑO ORTIZ –uno anterior a la mencionada STS; el otro, posterior– (ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1992): Servicio público y libertades públicas», en VVAA: *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Madrid, Editorial Complutense, pp. 1315-1336: 1320-1321; ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, Comares: 548).

¹⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2003): «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 18, pp. 7-21: 9-10.

¹⁶ MEILÁN GIL, José Luis (1997): «El servicio público como categoría jurídica», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, pp. 75-93: 92. También admitido en el propio pronunciamiento del TS visto anteriormente – STS de 24 de octubre de 1989, FJ 3–.

¹⁷ CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1997): «Servicio público: ¿crisis o renovación?», en MALARET GARCÍA, Elisenda (dir.): *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 59-98: 86-87; PAREJO ALFONSO, Luciano (2004): «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, pp. 51-68: 52-53.

¹⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993): «Los conciertos escolares como instrumento de marginación escolar: análisis jurídico», *Educadores*, núm. 165, pp. 7-38: 23.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
 economía de mercado» del artículo 38 CE al no existir, propiamente, ni libertad de empresa ni economía de mercado en ese sector concreto de actividad.

Este concepto de servicio público es el más restrictivo y el más invasivo en las libertades fundamentales. Sin embargo, encuentra fundamento constitucional, además de en el art. 128.2 CE, en el art. 1.1 CE, al definir, al Estado como social y democrático de Derecho¹⁹ –en lo que interesa, social–, al incidir plenamente en los servicios esenciales y que, como vimos, son principalmente los derechos fundamentales y libertades públicas, y así proteger y promover su desarrollo por parte de los poderes públicos. En todo caso, y aunque su finalidad sea fomentarlos y sus intenciones sean claramente de progreso social, es necesario ponderar los intereses en conflicto, al poder afectar igualmente a libertades públicas y otros derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de empresa del artículo 38 CE.

1.3 Concepto amplio de servicio público

El concepto amplio de servicio público –también denominado «objetivo», «virtual» o «impropio»– intenta suplir las posibles restricciones a los derechos y libertades fundamentales con la ampliación del marco conceptual del servicio público.

Este concepto amplio de servicio público se caracteriza por entender que, para calificar una actividad de servicio público, no ha de ser necesariamente la Administración la titular única de dicho sector de actividad²⁰ –por lo que no es necesaria la *publicatio*–, sino que basta que esta tenga el necesario interés general, y sea, claro está, un servicio esencial²¹, para que la Administración quede facultada para ejercer una actividad administrativa de policía especialmente intensa²².

¹⁹ MALARET I GARCÍA, Elisenda (1998): «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, núm. 145, pp. 49-87: 73.

²⁰ MUÑOZ MACHADO afirma que el artículo 128.2 CE permite al Estado reservarse en exclusiva ciertos servicios esenciales, pero que, en ningún caso, impide la colaboración público-privada ni es obligatorio que las reservas se hagan en exclusividad al Estado (MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): *Servicio público y mercado*, Vol. I: Los fundamentos, Madrid, Civitas: 116).

²¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): 555-559.

²² SOUVIRÓN MORENILLA, José María (1998): 131-132.

La diferencia principal entre ambos conceptos, como ha quedado establecido, es la titularidad exclusiva de la Administración o no. No es cuestión baladí, ya que la no exclusividad en la titularidad otorgaría mayor margen de actuación a los particulares, sin enervar, en este caso, el régimen de libre competencia y la libertad de empresa²³, aunque concurren sujetos públicos y privados en la prestación de dicho servicio o actividad²⁴, cambiando el régimen de acceso al ejercicio de dichas actuaciones: si antes era necesaria una concesión administrativa –discrecional– para poder ejercer, siendo un mero gestor indirecto de la actividad, ahora el particular podrá actuar directamente, por sí mismo, como titular de la actividad, bajo una autorización administrativa, reglamentada²⁵.

1.4 Servicio público y derechos fundamentales

Otra de las cuestiones mencionadas anteriormente y que hemos de mencionar es la posibilidad de que una actividad declarada de servicio público afecte a derechos fundamentales.

En todo caso, hemos de recordar que el Tribunal Constitucional, en su STC 26/1981 –FJ 6–, atribuía el carácter de «esencial» a «los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos». Huelga repetir nuevamente la relación entre servicio esencial – servicio público. Sin embargo, sí haremos hincapié en que no todo servicio esencial ha de ser declarado servicio público, por lo que pueden existir derechos fundamentales con carácter «esencial» sin que hayan sido sometidos a la *publicatio*.

A su vez, es obvio que algunos de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Título II del Capítulo I de nuestra Constitución lo que contemplan son derechos de libertad, libertades frente a las injerencias de los poderes públicos y que estos han de respetar e, incluso, fomentar. Es por ello evidente que respecto a estos derechos de libertad no pueden declararse sus actividades como servicio

²³ MUÑOZ MACHADO, en su extensa monografía de varios volúmenes sobre servicios públicos, da una serie de pautas para asegurar la libertad de empresa en relación a la posible reserva de servicios esenciales en exclusividad por parte del Estado (MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): 116-118). Por cuestiones de oportunidad, nos remitimos al mencionado trabajo.

²⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano (2004): *op. cit.*: 53-54.

²⁵ HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel (2003): *op. cit.*: 7.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 público²⁶. Y no es posible porque, al tener reconocimiento constitucional, y en su más alto grado, no puede posteriormente el Legislador arrogar la titularidad exclusiva a la Administración y luego esta conceder la gestión indirecta «*más o menos graciosa y discrecionalmente*»²⁷ al ciudadano. «*Si un precepto ubicado en el título referente a las libertades públicas choca con otro colocado en otro lugar del texto constitucional, debe primar el supervalor del primero*», no pudiendo existir, por ello, un servicio público²⁸.

Es por ello que no podemos hacer otra cosa sino mostrar nuestra disconformidad ante la posibilidad de que un derecho fundamental sea declarado servicio público en sentido estricto.

No obstante, como ya hemos advertido anteriormente, las declaraciones sobre los servicios públicos no pueden ser absolutas, al ser este una concepción doctrinal. El Legislador no puede desconocer los derechos fundamentales y libertades públicas, atribuyendo en exclusiva la titularidad de los servicios públicos a la Administración. Esto no ocurriría con el concepto de servicio público en sentido amplio, el cual no otorga la exclusividad de la titularidad a los poderes públicos, sino que contempla la posibilidad de disponer por ambas parte de la oportunidad de ejercer los derechos y libertades en cuestión, por lo que no existiría el problema antedicho.

La posición de nuestro Tribunal Constitucional respecto a la posibilidad de que se declaren como servicios públicos algunos derechos fundamentales es favorable. Por ejemplo, no estima contrario al derecho a la información la calificación como servicio público de la televisión²⁹, así como tampoco contraria a la autonomía universitaria del art. 27.10 la declaración de la educación como servicio público que realizaba la derogada Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, en su artículo 1³⁰ –y que sigue realizando la actual Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, en su primer artículo igualmente–. No obstante, el

²⁶ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid, Motecorvo: 137-138.

²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1992): *op. cit.*: 1321.

²⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis (2008): «Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras», en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (coord.): *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 355-382: 363.

²⁹ STC 127/1994, FJ 6.

³⁰ STC 26/1987, FJ 4.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

propio Alto Tribunal es consciente de la idea no unívoca de «servicio público» y no entra a valorar las distintas concepciones –«un debate doctrinal en el que no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar, so pretexto del ejercicio de su función de control normativo, de no ser inevitable para alcanzar un pronunciamiento de adecuación a la Constitución»³¹–, por lo que no podemos sino reiterar nuestra posición al respecto: la imposibilidad de declaración de servicio público, considerado en su sentido estricto, de un derecho fundamental, aunque, desde el punto de vista del «servicio público impropio», al no chocar frontalmente con otros derechos y libertades fundamentales y no impedirlo directamente la Constitución, no cabría oponer mayores inconvenientes.

2 El servicio educativo

Antes de poder enmarcar la educación dentro de los servicios públicos o no, utilizaremos el término genérico «servicio educativo» para referirnos al mismo. Para ello, comenzaremos con un análisis de la evolución de las distintas legislaciones en materia educativa, desde 1970 hasta nuestros días, con el fin de comprobar la preocupación por la definición del servicio educativo por parte del poder Legislativo, así como la fuerza que, en su caso, pueda tener dicha descripción.

2.1 Evolución legislativa de la educación como servicio público

La especificación de la educación como servicio público en la Ley no es cuestión baladí, ya que como acabamos de ver, uno de los requisitos para poder calificar precisamente de servicio público a un recurso o servicio esencial es hacerlo mediante Ley. Por ello, vamos a considerar las distintas legislaciones habidas en nuestro país para poder estudiar la evolución de la educación como servicio público y sus implicaciones teóricas y prácticas.

1.- Ley General de Educación de 1970. Es necesario hacer frente a esta cuestión desde la legislación preconstitucional, al producirse, a partir de esta, un cambio importante en la evolución histórica de la legislación educativa en nuestro

³¹ STC 127/1994, FJ 6.

país y a la vez servir de pasarela para los cambios producidos en el período democrático posterior.

La LGE supuso la primera gran modificación total del sistema educativo desde la Ley Moyano, de 1857. En su artículo tercero, en su apartado uno, se especifica que «la educación, que a todos los efectos tendrá la consideración de servicio público fundamental...». ¿Implica esta consideración de la educación como «servicio público fundamental» la estatalización o *publicatio* de la educación? No podemos considerar como afirmativa esta cuestión³², al atender al propio contenido de la Ley General de Educación, además de al Fuero de los Españoles, que contemplaba explícitamente, en su artículo quinto, la existencia de una enseñanza privada sin especificar que fuese de competencia estatal.

La LGE, en su artículo quinto, apartado uno, afirma que «las Entidades públicas y privadas y los particulares pueden promover y sostener Centros docentes», no siendo, por ello, competencia exclusiva estatal la creación de centros docentes, algo que pasaría si la calificación de «servicio público fundamental» supusiese la *publicatio* del servicio educativo.

Además, en su artículo cincuenta y cinco vuelve a especificar que «los centros docentes podrán ser estatales y no estatales», siendo los no estatales «los pertenecientes a la Iglesia o a otras Instituciones o personas físicas o jurídicas, públicas o privadas» y dedicando todo el Capítulo III a la regulación de dichos centros.

2.- El servicio educativo en la Legislatura constituyente. Vemos la necesidad de afrontar, entre el estudio de la evolución de la legislación educativa pre y postconstitucional, los debates en el seno de la Legislatura constituyente, que marcarán el devenir de la conceptualización de la educación.

Ya en los debates se introdujo la mención de la educación como servicio público, si bien, como hemos puesto de relieve en alguna ocasión, no se hace siempre en un sentido técnico-jurídico, sino más bien desde una percepción

³² GÓMEZ-FERRER MORANT, en un trabajo del año 1973, analizaba pormenorizadamente la calificación de la educación como servicio público, haciendo un análisis histórico del desarrollo legislativo de la materia educativa y uniéndolo al concepto de servicio público de la época, llegando a la conclusión de que no podía ser calificado como «servicio público subjetivo», al no asumir el Estado la titularidad plena (*vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (1983): «El régimen de los centros privados de enseñanza», *Revista de Administración Pública*, núm. 70, pp. 7-26: *in totum*, especialmente 23-27).

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

político-social del término. Sin ir más lejos, en una de las intervenciones se deja clara la delimitación entre ambos sentidos mencionados:

«La escuela es un servicio público que se puede prestar tanto mediante los centros estatales como mediante los centros no estatales. El problema entiendo que no puede plantearse en términos de estatalización, que despiertan en muchos ciudadanos la idea de un monopolio estatal totalitario y una amenaza, de algún modo, al principio de libertad de enseñanza, ni tampoco en términos de privatización. Repito que ambos tipos de centros cumplen una función social, prestan un servicio público y, por tanto, deben ser financiados mediante fondos públicos»³³.

A través de esta intervención se deja claro que el concepto de «servicio público» utilizado para la materia educativa va más encaminado hacia la «función social» que cumple que a la «estatalización» o *publicatio* que supondría tal calificación en el sentido estricto del servicio público.

Incluso se pretendió introducir la mención «servicio al interés público», a través de enmiendas al apartado 9 del artículo 27³⁴, basado en el establecimiento de criterios objetivos a la hora de subvencionar a los centros privados³⁵, enmienda que no prosperó.

No obstante, distintas intervenciones en los debates nos hacen concluir que el sentido que en los mismos se le daba a la mención al «servicio público educativo» va en la línea de la intervención remarcada³⁶, por lo que no parece que el constituyente estuviese por la labor de institucionalizar la educación como un servicio público en servicio estricto.

³³ Intervención para la defensa de sus votos particulares de los apartados 1 a 7 del artículo 27, del señor CACHARRO PARDO (GPMXS) (DSS, núm. 60, 27/09/1978, p. 2989).

³⁴ Enmienda núm. 670, de la señora BEGUÉ CANTÓN (GPAI): «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos establecidos por la ley, en razón del servicio al interés público que desempeñen» (BOCG 06/10/1987, núm. 157).

³⁵ Intervención para la defensa de sus votos particulares de la señora BEGUÉ CANTÓN (GPAI) (DSS, núm. 44, 25/08/1978, p. 1933).

³⁶ *Ad exemplum*, el señor ROCA JUNYENT (GMC) menciona expresamente el «servicio público de la educación» para hacer referencia a la importancia de la financiación de las escuelas privadas en el sistema educativo (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4045-4047).

También, el señor SOLÉ TURA (GPCo) menciona la importancia de las subvenciones a las escuelas privadas, si bien la educación es un servicio público (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4047-4049).

Ambas intervenciones quedan mejor entendidas al remitirnos a las enmiendas presentadas al artículo 27 –entonces 28– y conocer la defensa de la libertad de creación de escuelas propugnada por los Grupos Parlamentarios a los que pertenecían y de los cuales ambos fueron ponentes –*vid.* BOC 05/01/1978, núm. 44, pp. 704 y 709–, con lo que no parece que realmente prevean una estatalización de la enseñanza a través de la denominación de la educación como servicio público.

3.- La Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, de 1980. La LOECE fue una Ley Educativa marcada por los enfrentamientos, en esta materia, en la Legislatura constituyente, tan próxima en el tiempo. Es una Ley en la que no se menciona a la educación como «servicio público», al tratar principalmente de los Centros Escolares, no directamente de la materia educativa en profundidad, pero sí se establece la «libertad para establecer y dirigir centros docentes» a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, de nacionalidad española (art. 7 LOECE), con lo cual, si existe libertad de establecimiento de centros docentes no puede existir un servicio público en sentido estricto, al ser estos, en ese caso, meros concesionarios y gestores indirectos del servicio educativo.

De cualquier modo, la no mención de servicio público en el texto, tanto en el proyecto como en la consolidación, no impidió un debate sobre el mismo en el Parlamento, por lo que podemos afirmar que, como ya ocurriese en la Legislatura constituyente, en bastantes ocasiones se utiliza el término «servicio público» en un sentido político-social, y se asimila a la realización de una «función social»³⁷, «servicio de interés general», «servicio de interés público», incluso de «experiencia colectiva al servicio del pluralismo»³⁸ y que, en todo caso, permanece la idea de la necesaria conjugación del papel de las administraciones públicas en la prestación del servicio educativo con la consolidación de la iniciativa privada, junto a su financiación, en un concepto global del mismo³⁹.

4.- La Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, de 1985. La LOE, en su Preámbulo, recoge el testigo de la Ley General de Educación de 1970, la cual concebía la educación como «servicio público fundamental». La LOE menciona, en el primer párrafo del Preámbulo, que los Estados asumen la provisión del derecho a la educación como un «servicio público prioritario» pero en el mismo Preámbulo matiza la importancia de la libertad de enseñanza, algo que queda reflejado, entre otras cosas, por dedicar el Capítulo III (arts. 21 a 26) a los centros privados, y entre los cuales nos encontramos, como ya hicimos en las

³⁷ El señor GÓMEZ LLORENTE (GPSC) (DSCD, núm. 70, 05/03/1980, p. 4678).

³⁸ El señor SOLÉ TURA (GPCo) (DSCD, núm. 72, 11/03/1980, p. 4768).

³⁹ En este sentido, el señor GRACIA NAVARRO (GS) (DSCD, núm. 74, 13/03/1980, p. 4961). Se pronunció con anterioridad manifestando claramente que «los socialistas no queremos estatificar la escuela» al referirse a la concepción socialista acerca del servicio público de la educación – DSCD, núm. 69, 04/03/1980, p. 4604–.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

anteriores legislaciones, como la libertad de creación y dirección de centros docentes por parte de las personas físicas o jurídicas, si bien ya sólo permite que sean las de carácter privado y no como en las anteriores legislaciones en las que se permitía la creación de centros docentes por parte de las personas jurídico-públicas.

La única mención que se realiza en el texto al «servicio público» es en el artículo 47.1, relativo a los conciertos –centros concertados–, el cual prevé que «para el sostenimiento de Centros privados con fondos públicos se establecerá un régimen de conciertos al que podrán acogerse aquellos Centros privados que, en orden a la prestación del servicio público de la educación...»⁴⁰, sin haber especificado anteriormente que la educación pública constituiría, igualmente, un servicio público, por lo que no podemos sino pensar que la referencia al «servicio público de la educación» se hace en esa vertiente de «función social»⁴¹ referida con anterioridad⁴².

Destaca, en todo caso, a nuestro entender, el artículo 23 de la LODE, según el cual «la apertura y funcionamiento de los centros docentes privados se someterán al principio de autorización Administrativa», ya que, como vimos con anterioridad, el servicio público en sentido estricto necesitaba una concesión administrativa, mientras que, en un sentido amplio, al no ostentar la titularidad de

⁴⁰ El señor LLORENS BARGES (GPP) intentó introducir, sin éxito alguno, una enmienda –núm. 1942– de supresión del inciso «en orden a la prestación del servicio público de la educación...», al considerar que «la declaración de servicio público de la educación concertada desnaturaliza la esencia del Centro privado concertado y lo convierte jurídicamente en Centro público. Como se sabe, la declaración de servicio público comporta la asunción por parte del poder público de la titularidad del servicio con lo cual se quiebra el principio del derecho preexistente en las personas físicas o jurídicas a la prestación del servicio de enseñanza» (BOCG 13/02/1984, núm. 98, enmienda núm. 1942, p. 643), asumiendo un concepto estricto de servicio público, algo rechazado por el Legislador al no prosperar dicha enmienda, en consonancia con el resto del articulado del texto.

Inciso que también intento suprimir, a través de la enmienda núm. 3005, el señor REIGADA MONTOTO (GPP), con el mismo escaso éxito (BOCG 13/02/1984, núm. 98, p. 988).

⁴¹ El propio Ministro de Educación y Ciencia, el señor MARAVALL HERRERO, afirma en una intervención en el Senado que «si los centros privados reciben un dinero público es porque prestan un servicio público, esto es, porque contribuyen a la escolarización obligatoria» (DSS, núm. 49, 02/03/1984 p. 2400), constituyendo el «servicio público» la «escolarización obligatoria», es decir, una «función social» básica.

⁴² Una intervención del señor MAYORAL CORTÉS (GS), del mismo signo político que el partido en el Gobierno, deja meridianamente claro que la expresión «servicio público» efectuada en el texto no se realiza en el sentido estricto del concepto: «La primera cuestión es que el servicio público de enseñanza tal y como se propugna en este proyecto de Ley, no es equivalente al monopolio de la educación por parte del Estado» (DSCD, 13/12/1983, núm. 82, p. 3920).

la prestación, los sujetos privados que pretendiesen ejercer sus libertades necesitarían autorización administrativa, algo que ocurre en este caso.

5.- La Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, de 1990. La LOGSE realiza una nueva ordenación completa del sistema educativo español, por lo que no se prevén grandes manifestaciones en torno a conceptos difusos.

No obstante, en su Preámbulo encontramos una manifestación de hondo calado, según la cual «la Ley se refiere a la Ordenación General del Sistema Educativo, y, en la provisión de la educación como servicio público, integra tanto a la enseñanza pública como a la enseñanza privada y a la enseñanza privada concertada». Hemos pasado, a través de tres leyes educativas –prescindiendo de la preconstitucional–, de no considerar la educación como servicio público a considerar tanto la pública como la privada, sea o no concertada, como servicio público⁴³, pasando por la LODE, la cual mencionaba a los colegios concertados que realizasen funciones de servicio público, lo cual no hace sino enturbiar un poco más la virtualidad de declaración de la educación como servicio público, al englobar incluso a la que no está sostenida con fondos públicos.

6.- La Ley Orgánica de Calidad de la Educación, de 2002. Al no existir ningún tipo de debate relativo al servicio público educativo, por razón de la materia a tratar, en la tramitación de la Ley Orgánica de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG), de 1995, así como la inexistencia de menciones, directas o indirectas al servicio público en el texto, pasamos a la siguiente Ley educativa, que incide directamente en el ejercicio del derecho fundamental a la educación y la libertad de enseñanza.

En el texto de la LOCE desaparece cualquier tipo de mención de «servicio público», limitándose, en la Exposición de Motivos, a mencionar el «servicio educativo». Paradójicamente, el texto que suprime dicha mención es el único que no reconoce expresamente, con rango legal, la libertad de creación de centros – algo, por otra parte, innecesario, al estar previsto con rango constitucional, si bien era recurrente en los anteriores textos legales–, limitándose a clasificar los centros docentes en públicos y en privados, siendo los primeros los de titularidad de un

⁴³ Algo que deja bastante claro el señor NIETO GONZÁLEZ (GS) en una intervención en el Congreso de los Diputados: «Nosotros pretendemos consolidar [...] un servicio público de educación en el que convivan armónicamente tres redes: la red pública, la red concertada y la red privada no concertada» (DSCD, núm. 42, 31/05/1990, p. 1963).

poder público y los segundos aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado. Distingue, a su vez, entre los centros privados sostenidos con fondos públicos –a los que denomina centros concertados– y los centros privados en sentido estricto, que no son sostenidos con fondos públicos (artículo 64 LOCE).

A pesar de que estuvo presente en todo momento en los debates parlamentarios la definición de la educación como servicio público, sólo tres enmiendas se presentaron al Proyecto de Ley Orgánica que definiesen, explícitamente, la educación como servicio público⁴⁴, de las cuales no prosperó ninguna. Aún así, las obligaciones por parte de los poderes públicos respecto al sistema educativo no varían por la no calificación de la educación como servicio público, lo que hace cuestionarse la virtualidad de dicha denominación.

7.- La Ley Orgánica de Educación, de 2006. La corta vida de la LOCE se debió a la entrada en vigor, en 2006, de la LOE. Si la LOCE no introdujo en ningún momento la denominación de «servicio público» no es así el caso de la LOE, la cual, en su Preámbulo, establece claramente su hoja de ruta respecto al servicio educativo:

«La Ley 14/1970, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, y la Ley Orgánica 8/1985, Reguladora del Derecho a la Educación, declaraban la educación como servicio público. La Ley Orgánica de Educación sigue y se inscribe en esta tradición. El servicio público de la educación considera a esta como un servicio esencial de la comunidad, que debe hacer que la educación escolar sea asequible a todos, sin distinción de ninguna clase, en condiciones de igualdad de oportunidades, con garantía de regularidad y continuidad y adaptada progresivamente a los cambios sociales. El servicio público de la educación puede ser prestado por los poderes públicos y por la iniciativa social, como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la libertad de enseñanza...».

[...] «La Constitución Española reconoció la existencia de una doble red de centros escolares, públicos y privados, y la Ley Orgánica del Derecho a la Educación dispuso un sistema de conciertos para conseguir una prestación efectiva del servicio público y social de la educación, de manera gratuita, en condiciones de igualdad y en el marco de la programación general de la enseñanza...»

⁴⁴ La primera de ellas, la núm. 24, es una enmienda a la totalidad del GS, el cual, en su texto alternativo, introduce un Título VII denominado «Del servicio público de educación».

La segunda, la núm. 25, nuevamente enmienda a la totalidad por parte del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), califica a la educación como «servicio educativo» en su Exposición de Motivos.

La última, la núm. 403, introducida por el señor SAURA LAPORTA (GPMx), consiste en la adición de un apartado “k)” en el artículo número 1: «*La consideración de la educación como una inversión, un servicio público establecido como derecho fundamental que el Estado debe garantizar...*» (vid., para todas las enmiendas, BOCG 21/10/2002, núm. 104-9).

[...] «El título IV trata de los centros docentes, su tipología y su régimen jurídico, así como de la programación de la red de centros desde la consideración de la educación como servicio público...».

Visto lo cual, el artículo 108.4 –pertenciente al Título IV– establece que «la prestación del servicio público de la educación se realizará a través de los centros públicos y privados concertados»⁴⁵. Siguiendo la estela de la legislación anterior –la LOCE–, la LODE no menciona la libertad de creación de centros docentes, pero los reconoce en la tipología de los centros, del mismo artículo 108, por lo que nada ha cambiado realmente en cuanto a la creación y titularidad de los centros docentes, al remitirnos directamente a las libertades educativas de la Constitución, a pesar de haber vuelto a definir, reiteradamente, la educación como servicio público.

La posterior –y actual– Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, de 2013 no suprime ni añade nada nuevo en cuanto a la denominación de la educación como servicio público así como respecto a la creación y titularidad de centros docentes, con lo cual en la actualidad tenemos una legislación que considera explícitamente la educación como un servicio público. Pero no toda la educación, sólo la pública y la privada concertada, es decir, la financiada con fondos públicos.

3.2. *El «servicio educativo» como «servicio público»*

Si atendemos a la anteriormente mencionada STC 26/1981 –FJ 6–, «para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos», es del todo claro que la educación constituye un servicio esencial para la comunidad, al derivar de la necesidad del derecho a la educación y constituyendo, además, la educación básica obligatoria un derecho-deber, que ha de ser garantizado por los poderes públicos.

⁴⁵ Para GÁMEZ MEJÍAS el argumento último de excluir los centros privados de la declaración de servicio público es la pretensión de dotar de un carácter sinónimo a «servicio público» y «utilización de fondos públicos directos», algo que el autor considera del todo insuficiente (GÁMEZ MEJÍAS, Manuel Miguel (2010): *La administración educativa: control y autonomía*, Madrid, Iustel: 263, nota al pie de página núm. 148).

La calificación de «servicio esencial» viene impuesta por el papel que desempeña la educación en la sociedad, por constituir un «bien indispensable»⁴⁶ para los ciudadanos, y no por la eventual intervención pública sobre la materia tratada⁴⁷. Y tal y como vimos con anterioridad, pueden existir servicios esenciales que no constituyan servicios públicos –algo que no puede ocurrir a la inversa–.

A la vista de lo estudiado hasta ahora, ¿es posible calificar a la educación de servicio público? Y, en su caso, ¿conforme al concepto estricto o amplio?

Son numerosos los autores que se inclinan en considerar la educación como un servicio público, por diversas causas. Algunas, derivadas del propio derecho a la educación en sentido estricto⁴⁸, al existir una obligación del Estado de garantizar el derecho de todos a la educación⁴⁹.

Otros, sin embargo, consideran que el servicio educativo no puede ser proclamado como servicio público⁵⁰, al chocar frontalmente con la libertad de enseñanza⁵¹, al limitarse expresamente, por la Constitución, este tipo de reservas al sector público⁵².

⁴⁶ SOUVIRÓN MORENILLA, José María (1998): *op. cit.*: 460.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): *Derecho y educación: régimen jurídico de la educación*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca: 144.

⁴⁸ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): «El derecho a la educación», en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, pp. 979-1034: 981; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2000): «El sistema educativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, pp. 67-80: 68; ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): *Régimen jurídico de los Centros Concertados*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003: 279.

⁴⁹ PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): *Ideario, centros concertados y financiación pública: estudio legislativo y jurisprudencial*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid [Tesis doctoral] [<http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27512.pdf>]: 63.

⁵⁰ EMBID IRUJO no es del todo reacio a la designación de la educación como servicio público, si bien sí afirma que tal denominación no puede verse como en otros ámbitos de la intervención administrativa, donde no existen derechos fundamentales en juego (EMBID IRUJO, Antonio (2006a): «El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria. El papel de la administración pública», en SANCHO GARGALLO, Miguel Ángel (dir.): *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 123-140: 130-131).

⁵¹ VIDAL PRADO considera que la «la utilización del término “servicio público” aplicado a la educación no es constitucionalmente del todo correcta, aunque se haya empleado desde la LODE, pasando por la LOGSE y actualmente en la LOE» (VIDAL PRADO, Carlos (2010): El derecho a la educación», en TEROL BECERRA, Manuel José (dir.): *El Estado Social y sus exigencias constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 185-203: 189); CALVO CHARRO denomina «ataque frontal a la libertad de enseñanza» a la declaración legislativa de la educación como servicio público (CALVO CHARRO, María (2006): «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 14, pp. 81-100: 91).

⁵² BLANQUER, David (2010): *Derecho Administrativo, Vol. 2: los sujetos, la actividad y los principios*, Valencia, Tirant lo Blanch: 850; ENTRENA CUESTA, Ramón (1981): «El principio

Existe unanimidad en una cuestión, tanto en los detractores de la denominación de la educación como servicio público como por sus valedores: la doble vertiente “derecho a la educación–libertad de enseñanza” del artículo 27 CE, la cual obliga a los poderes públicos a asegurar la prestación de la educación⁵³ pero que a la vez garantiza a los particulares la libertad de creación de los centros docentes, no pudiendo, en ningún caso, constituir la titularidad de los centros docentes un monopolio⁵⁴ por parte de los poderes públicos⁵⁵.

Si se atiende exhaustivamente a lo mencionado, podemos observar que en la doctrina, al igual que en la legislación y los debates legislativos⁵⁶, a veces es confundido el concepto jurídico-administrativo del servicio público con el concepto político-social⁵⁷, aunque, como no podía ser de otra manera, la doctrina

de libertad de empresa», en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.): *El modelo económico de la Constitución Española*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, pp. 103-166: 163-164.

⁵³ Afirma EMBID IRUJO que no sería concebible en nuestro Estado social y democrático de Derecho que los poderes públicos no asuman como necesidad y tarea propia la realización del derecho a la educación, cuanto menos en lo que concierne al aseguramiento de un puesto escolar a cada educando en los niveles gratuitos (EMBID IRUJO, Antonio (2009): «Derecho a la educación y Comunidades Autónomas», en EMBID IRUJO, Antonio (dir.): *Derechos Económicos y Sociales*, Madrid, Iustel, pp. 155-186: 156-157).

⁵⁴ LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (2001): *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 59-60; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): «Artículo 27: Enseñanza», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Tomo III, Madrid, Edersa, pp. 119-199: 147-148, aceptando este último la calificación de la enseñanza como servicio público «si con él, desde una perspectiva sustancial, se quiere afirmar que los servicios educativos cumplen una función pública que habrá de tener relevancia en su tratamiento jurídico».

⁵⁵ VILLAR EZCURRA asegura que «la característica fundamental [del servicio público educativo] incide sobre el «ámbito propio» de la publicatio, de tal forma que lo que se publica no es tanto la titularidad en la actividad de la enseñanza, sino las condiciones de su ejercicio» (VILLAR EZCURRA, José Luis (1979): «El derecho a la educación como servicio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 88, pp. 155-207: 183-184), es decir, el especial e intenso régimen de policía administrativa sobre las actividades educativas.

⁵⁶ Una excepción lo constituye el toque de atención de la enmienda núm. 190 a la LOMCE, por parte de los señores EZA GOYENECHÉ, YANGUAS FERNÁNDEZ y la señora SALANUEVA MURGUIALDAY (GPMx), los cuales, en un intento de adición del artículo 63.bis, modificador del artículo 108.4 LOE, pretenden introducir que «la prestación del servicio público y social de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados», justificando su enmienda, la introducción de «prestación del servicio público y social» –la de «servicio público» ya existía– en que «la educación no es en ningún caso un «servicio público» strictu sensu, pues su prestación y titularidad no recae únicamente en la Administración, ni los Centros privados concertados actúan «por delegación o concesión» de aquella» (BOCG, 06/11/2013, pp. 139-140).

⁵⁷ Así, por ejemplo PRIETO DE PEDRO (PRIETO DE PEDRO, Jesús (1978): Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (coord.): *Lecturas sobre la Constitución Española*, Tomo II, Madrid, UNED, pp. 503-531: 521) afirma que:

«[El reconocimiento de la libertad de cátedra tuvo una consecuencia decisiva sobre la configuración de la naturaleza de la intervención del Estado sobre] la enseñanza, que dejó de ser de “función pública” para convertirse progresivamente en una actividad de “servicio público”, es decir, de organización y predisposición de los

se encarga, de forma mayoritaria, de desglosar las posibilidades que otorga la declaración de servicio público de la materia educativa así como las limitaciones de los poderes públicos.

Así, en una poco habitual casi uniformidad doctrinal, esta considera que la denominación de servicio público no afecta a las libertades fundamentales, siempre y cuando consideremos esta calificación como «servicio público objetivo»⁵⁸, «en sentido amplio», «virtual» o «impropio», ya que a través de esta calificación no se impide la libertad de creación de centros docentes por los particulares –que de otra manera serían meros concesionarios de la gestión indirecta de los servicios públicos– y faculta a los poderes públicos para una actuación administrativa de policía especialmente intensa, por la materia esencial a tratar.

Y es que, al igual que en la legislación, en la doctrina parece ser que lo más importante del servicio educativo no es la denominación que ostente, sino las capacidades de los particulares y de los poderes públicos para hacer efectivo el artículo 27 CE.

Aún así, quedaría por tratar, ciertamente, el tema de la enseñanza privada sin sostenimiento con fondos públicos, ya que, como vimos anteriormente, en la LOGSE se consideraba que la enseñanza privada también constituía un servicio público, en aras de la prestación que realizaban, aunque las posteriores legislaciones han dejado de lado esta posibilidad para centrarse en la concepción de prestación de servicio público educativo únicamente por parte de los centros públicos y de los centros concertados.

¿Es posible considerar la educación privada como servicio público? A nuestro entender, falta una de los requisitos básicos para la consideración de una actividad como de servicio público: la regulación por parte del derecho público. Aunque los centros privados están igualmente sometidos a una cierta actividad

medios materiales y personales necesarios para que los fines de la instrucción se pudieran llevar a cabo».

⁵⁸ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): *op. cit.*: 642. O como EMBID IRUJO, quien considera incompatible con la Constitución un sistema de servicio público educativo en su sentido estricto (EMBID IRUJO, Antonio (2006b): «El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria», *Justicia Administrativa*, núm. 30, pp. 5-18: 9-10). Por otra parte, MEILÁN GIL es contrario a poder calificar, ni siquiera como servicio público objetivo, la educación, ya que considera que se utiliza esta denominación por inercia del Derecho positivo, al no presentar las características básicas que un servicio esencial necesita para poder ser considerado como servicio público (MEILÁN GIL, José Luis (2005): «El servicio público en el contexto constitucional y comunitario», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, pp. 527-542: 533).

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

administrativa especialmente intensa⁵⁹, al expedir títulos homologados y tener que reunir una serie de requisitos para poder impartir las enseñanzas y que sean reconocidas, no es aplicable a los centros públicos y a los centros concertados, al preverse en estos desde la organización del propio centro hasta la admisión de los alumnos. Incluso existen distintas libertades educativas constitucionales, al establecer el artículo 27.7 CE que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca» y no hacer lo propio con los integrantes de los colegios privados. Por todo ello, no es posible clasificar los colegios privados como servicios públicos.

Por todo lo cual, llegamos a la conclusión de que sería posible denominar la educación, pública y concertada, como de servicio público, siempre y cuando esto no impida la expansión de la libertad de enseñanza, no implicando la titularidad del servicio educativo por parte de los poderes públicos así como tampoco un título de cobertura que sirva de excusa *«para justificar un dirigismo de los centros por parte de la Administración ni un exceso reglamentista que burocratice el sistema educativo»*⁶⁰.

⁵⁹ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): *op. cit.*: 87.

⁶⁰ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): *op. cit.*: 88.

MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

Taciana Marconatto Damo Cervi

Considerações Iniciais

As inovações biotecnológicas trouxeram importantes contribuições para a reprodução humana. Diante da dificuldade em ter filhos ou de problemas de infertilidade as pessoas podem recorrer à maternidade de substituição, tecnicamente conhecida como maternidade por sub-rogação ou ainda, barriga de aluguel.

Celeuma é percebida diante de situações em que os autores do projeto parental não conseguem receber a criança após o parto em razão da negativa por parte da gestante em cumprir com o contrato, entregando a criança. A inexistência de legislação acerca do tema no Brasil traz insegurança jurídica principalmente face à peculiaridade da questão, que denota dúvida sobre o reconhecimento do vínculo de filiação.

A pesquisa adota o método funcional de modo que por meio da comparação se buscará perceber semelhanças, mas principalmente distinções entre os sistemas comparados. Ainda, por meio da microcomparação pretende analisar o instituto da maternidade de substituição em diversos países verificando quais são as suas diferenças. Nesses termos, o método assume novos contornos em um cenário de pós-modernidade quando Erik Jayme propõe o paradigma da diferença rompendo com o pensamento universal e a ideia de colonialismo.

Assim, a teoria que embasa o trabalho é a de Erik Jayme que rompe com o pensamento universal por meio da investigação de diferenças entre os institutos, permitindo a verificação dos melhores contornos para o instituto no direito nacional.

Inicialmente a investigação centra esforços nas técnicas da reprodução humana medicamente assistida com foco na maternidade de substituição; posteriormente, averigua como o direito comparado tem encontrado respostas para as questões oriundas do procedimento e, por fim, o estudo debruça-se sobre o direito brasileiro e as perspectivas de regulamentação da matéria.

1 Maternidade de substituição, sub-rogação ou barriga de aluguel

A reprodução humana artificial, dita medicamente assistida, está na pauta das discussões do século XXI. A ânsia do homem em desafiar os limites do conhecido tem oportunizado a humanidade importantes conquistas como a maternidade para mulheres estéreis, para mulheres de avançada idade que biologicamente não poderiam ter filhos e para casais homoafetivos (BRAUNER, 2003).

O estágio atual de medicalização da reprodução humana mostra a ideia de rompimento e separação entre reprodução humana e sexualidade. De acordo com Brauner, o aprimoramento da técnica permite também a intervenção nas características genéticas dos filhos, oportunizando a escolha do sexo e de características preferenciais da mãe (2003).

Os termos utilizados para nominar a técnica são: reprodução artificial, concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida, ou ainda, reprodução humana medicamente assistida, termo utilizado nessa pesquisa. Nesse sentido, a técnica é definida por Scarparo como “conjunto de técnicas que têm como fim provocar a gestação mediante a substituição ou facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo” (1991, p. 242), consistindo “no processo que leva o óvulo a entrar em contato com o espermatozoide, resultando um ser humano sem cópula carnal” (1991, p. 242).

A história da humanidade reflete as intenções do homem de efetivar projetos de maternidade e paternidade a partir de métodos pouco convencionais. Na Bíblia Sagrada encontra-se o primeiro relato de maternidade de substituição no livro do Gênesis, capítulo 16, versículo 2, quando Sara constata sua esterilidade e sugere a Abraão que tome sua escrava Agar para gerar descendência (BÍBLIA, 2004).

Nesse sentido e diante de tais circunstâncias, tradicionalmente o parto sempre foi o evento que definiu legalmente a maternidade. Gruenbaum refere que “tradicionalmente, de acordo com a lei é o parto que pode conferir maternidade, porque ninguém mais poderia dar à luz à criança senão quem é a mãe” (GRUENBAUM, 2012, p.475, tradução da autora).

E a curiosidade do homem o levou a buscar os limites e testar sobre o desconhecido. A fábula de Aldous Huxley, “Admirável Mundo Novo”, criada em 1932, uma obra de ficção, descreve a criação de seres humanos em laboratórios a partir de processos de fecundação artificial inclusive com a criação de gêmeos, e delineando uma

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
sociedade de castas por meio da intervenção científica para a produção de líderes, intelectuais e operários (HUXLEY, 2003).

Atualmente, a reprodução humana medicamente assistida é possível por muitos modos, utilizando as células germinativas das pessoas envolvidas no projeto parental, ou seja, óvulos e espermatozoides daqueles que naturalmente não conseguem ter filhos, o que é nominado fertilização homóloga; ou com utilização de material genético de terceiros, nominada fertilização heteróloga. Quanto às técnicas, são diversas, como a inseminação artificial, caracterizada pela introdução do material genético masculino no corpo da mulher; ainda há possibilidade de fertilização *in vitro*, em que a fecundação do óvulo acontece em laboratório sendo o embrião introduzido no corpo da mulher em que será gestado (DINIZ, 2014).

Essa última hipótese, inaugura o conceito de maternidade cindida, referida por Schwenger, ou *split motherhood*, dado que há possibilidade de até três pretensões de maternidade: uma ancorada na gestação, outra na origem genética e outra, ainda, no projeto parental (apud ARAÚJO, VARGAS e MARTEL, 2015).

Como mencionado, a gestação por substituição traz importante repercussão sobre a determinação da maternidade. Há séculos a presunção de maternidade é fixada pelo parto, todavia, as biotecnologias alteraram papéis, permitindo identificar a gestante como mãe biológica, a doadora do material genético como mãe genética, e ainda, a autora do projeto de maternidade como mãe afetiva.

Neste aspecto, uma mulher que não pretende assumir a maternidade cede seu corpo para gestar uma criança para outrem. A literatura também denomina a referida técnica como “maternidade de sub-rogação” e, em alguns países é conhecida como “barriga de aluguel”, caso em que há remuneração da gestante que presta o serviço de gestar criança para o solicitante.

A sub-rogação da mulher é realizada porque os pais por pretensão não podem ter filhos naturalmente. Diante do êxito e difusão alcançado por ambas as técnicas é indispensável que o processo mantenha como objetivo precípua a promoção da dignidade da pessoa humana a todos os envolvidos, homens, mulheres e crianças reunidos pelo projeto de parentalidade (BRAUNER, 2003, p. 70).

No que concerne à maternidade de substituição, apresenta-se como elemento de reflexão a possibilidade da remuneração da mulher que gesta a criança. Nesse diapasão, Brauner questiona “quais as garantias para que a criança não seja apenas um objeto a ser reivindicado pela mulher que cedeu o útero, confrontando-se ainda as

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
dificuldades para a determinação da maternidade da criança, nos moldes da legislação atual” (2003).

No entendimento de Mantovani, a maternidade de substituição caracteriza ofensa à dignidade da mãe dado que a locação descaracteriza a maternidade e reduz a mulher a mero organismo reprodutor; constituindo-se também em ofensa ao nascituro que é reduzido à coisa economicamente apreciável (2003).

Nesse contexto, destaca-se sobretudo a necessidade de proteção da criança oriunda da reprodução humana medicamente assistida dada sua vulnerabilidade peculiar e agravada pelos interesses que possam prevalecer no procedimento.

Nesse aspecto, importante frisar que diante de todo o progresso científico na área e as inúmeras benesses oriundas dos procedimentos de reprodução humana medicamente assistida não pode ser olvidada a possibilidade de banalização da técnica. Em razão disso, surgem os princípios bioéticos que se constituem em diretrizes para os cientistas que devem ter como norte o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Nesse mote, surge a principiologia aplicada às intervenções médicas: o princípio da autonomia informa que as pessoas envolvidas têm o direito de saber sobre os objetivos do procedimento, sobre os riscos e benefícios, bem como sobre as formas de acompanhamento e assistência oferecidas pelo cientista por meio do oferecimento do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o qual deve ser assinado por todos os envolvidos no procedimento, como medida de autorização para sua realização (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Res. 2021/15).

O princípio da beneficência e não maleficência é reconhecido como o dever dos profissionais de saúde de fazerem o bem ao paciente e não fazerem o mal (DINIZ, 2014). Esse entendimento surge da lição aprendida com as experiências nazistas em que eram praticados procedimentos muito distantes do ideário de fazer o bem, caracterizados apenas pela especulação acerca dos resultados.

Além de preservar as pessoas diretamente envolvidas no processo reprodutivo a observância dos princípios também protege a atuação dos profissionais que atuam na intermediação do processo como os profissionais médicos, por exemplo. Nesse aspecto torna-se fundamental a promoção de amplo debate sobre as circunstâncias que devem dar cotejo ao recurso da reprodução humana medicamente assistida, bem como quais as responsabilidades dos profissionais da área.

2 Respostas do direito comparado na contemporaneidade

Convivem no mundo diversas percepções acerca da maternidade de substituição. Destaque-se: países que permitem sem ou com poucas restrições, inclusive em contratos comerciais; países que permitem de forma bastante restritiva; países que proíbem expressamente em qualquer condição e países que não fazem menção às consequências da técnica. No primeiro grupo existe algumas jurisdições dos Estados Unidos, o Canadá, o Reino Unido, Israel, Grécia, Holanda, Índia e Ucrânia. Ainda assim, nesse grupo há os que possuem legislação específica e aqueles cuja prática é permitida por ausência de proibição ou de restrições. No segundo, pode-se incluir a Argentina e a China, em que a permissão tem uma série de limitações. No terceiro grupo estão aqueles países em que a gestação de substituição é proibida de todas as maneiras, como a França e a Alemanha, que proíbem qualquer tipo de contratação, e a Espanha, que além da restrição tem norma expressa de que mãe é aquela que dá à luz (BENICKE, 2013).

O Brasil, não possui legislação alguma a respeito do tema, de modo que apenas as resoluções do Conselho Federal de Medicina orientam a prática.

Essas diferenças permitem que as pessoas, para elidir as proibições das suas legislações internas e para levar a cabo o seu projeto parental, busquem um país cuja legislação é mais permissiva. Com isso, proliferou o que se convencionou chamar de “turismo reprodutivo”, com inúmeras consequências para o Direito Internacional Privado. Diante da proibição no direito doméstico, resta responder à questão do que fazer com os efeitos de situações ocorridas no estrangeiro, muitas vezes em tentativa de fraude à lei.

Na Argentina recentemente entrou em vigor o Novo Código Civil e Comercial e no que concerne à temática trouxe importantes considerações como a disposição de que existem necessariamente apenas dois vínculos filiais seja qual for a natureza da filiação, de acordo como o artigo 558 da lei.

Ainda, fixou em seu artigo 562a maternidade/paternidade por *vontade procriacional*, reconhecendo como pais, a parturiente e o homem ou a mulher que prestou seu consentimento informado. Note-se:

Art. 562.-Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el

Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

A fixação da maternidade é de suma importância para resguardar os interesses da criança em qualquer situação, sobretudo no que tange os novos contornos propiciados pela maternidade de substituição. Nesse sentido, em alguns sistemas existe uma resposta bem clara: é considerada mãe legal da criança a parturiente no Chile, Alemanha, Áustria, Holanda, Espanha, Portugal, Reino Unido, Suíça. Especialmente na Alemanha, o Código Civil considera a parturiente a mãe legal para todos os efeitos, mesmo em caso de doação de óvulos e maternidade de substituição. No estado da Califórnia, o critério de definição da maternidade é a pretensão e não o parto, de modo a existir dois conceitos de mãe, a genética e a parturiente. Na França e Japão, diante da inexistência de menção legislativa específica presume-se mãe a parturiente (GRUENBAUM, 2012). Na Ucrânia, são considerados pais da criança oriunda de maternidade de substituição os contratantes, sejam ou não pais genéticos (BENICKE, 2013).

Muitos sistemas jurídicos da Europa continental consideram nulo o contrato de barriga de aluguel, ou pelo menos inexecutável, ou porque a lei prevê expressamente esta consequência, são os casos de França, Portugal e Espanha. Áustria e Itália proíbem a fecundação heteróloga com óvulos doados; na Alemanha tais técnicas são realmente criminalizadas; e, na Itália são impostas multas severas (GRUENBAUM, 2012).

Especialmente na Alemanha, adota-se medida de cautela em razão do histórico de violação dos direitos humanos na Segunda Guerra Mundial. Por isso, a maternidade de substituição é proibida e a mãe da criança é considerada a parturiente, independentemente de ascendência genética.

Isto traz repercussões de ordem prática: muitos pais alemães que gostariam de contratar barriga de aluguel no exterior em que é o contrato é lícito, como nos Estados Unidos na Califórnia e Nova York, ou em países como Rússia, Ucrânia e Índia (GRUENBAUM, 2012).

O mesmo autor refere o caso de um casal alemão que realizou contrato de barriga de aluguel na Ucrânia. A mulher que cedeu seu útero para gestar a criança era casada e nela foi implantada o embrião resultante da fertilização anterior com material genético dos pretendidos pais. A legislação ucraniana estabelece que os pais pretendidos são os pais legais da criança e, por conseguinte, a certidão de nascimento foi expedida com os nomes dos pais alemães, entretanto, o pedido de emissão de passaporte alemão

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 para as crianças foi negado porque de acordo com o critério alemão as crianças teriam adquirido nacionalidade ucraniana (2012).

Em outro caso, os pais alemães contrataram barriga de aluguel na Califórnia; os gêmeos nascidos não conseguiram passaporte alemão, de modo que foram conduzidos pelos pais à Alemanha com passaportes estadunidenses (GRUENBAUM, 2012).

Na Argentina, o novo Código Civil e Comercial que passou a vigorar agosto de 2015, suprimiu a menção ao aluguel de ventre para a finalidade de reprodução assistida, entretanto, dispôs sobre a chamada vontade procriativa (tradução literal da autora), conforme refere o artigo 562 referido supra.

Nota-se a desvinculação promovida aos doadores de gametas e a necessária vinculação com a pretensão de ser pai e mãe, bem como o vínculo estabelecido com a parturiente. Os tribunais argentinos já consolidaram jurisprudência, desde o ano de 2013, no sentido de reconhecer inclusive dupla paternidade ou dupla maternidade oriunda de maternidade de substituição.

3 Regulação pelo ordenamento jurídico brasileiro

Por tratar-se de temática nova o ordenamento jurídico brasileiro não prevê norma para regulamentá-la. A matéria está orientada de acordo com normas relativas aos contratos atípicos. Nesse aspecto, os requisitos constantes no artigo 104 do Código Civil são elementos a serem observados, destaca-se a capacidade dos agentes, o objeto do contrato lícito, possível e determinável.

Grande parte da doutrina entende que o pacto firmado com o objetivo de contratar um útero é ilícito e, portanto, não possui qualquer validade jurídica. Venosa, ao destacar que a lei brasileira é lacunosa, discorre sobre o contrato de gestação, como o próprio o denomina, ao observar que “na ausência de norma, entre nós, um contrato oneroso dessa espécie deve ser considerado nulo, porque imoral seu objeto, e a obrigação dele decorrente pode ser considerada, quando muito, obrigação natural” (2008, p. 230).

Diniz refere que o fato de efetivar um contrato locatício do útero envolvendo quantia paga em dinheiro implicaria em um pacto imoral e contrário aos bons costumes, devendo, portanto, ser proibido pela legislação (2014, p. 175-185).

Quando do contrato gratuito, defende ainda que “[...] sempre haverá a possibilidade da mãe biológica ou hospedeira arrepender-se, tentando o aborto, ou recusar-se a entregar a criança à mãe genética ou à institucional. Imprescindível será vedar ou, então, limitar, rigorosamente, a técnica *surrogate gestational mother*, ou seja, a prática do uso da mãe substitutiva” (DINIZ, 2014, p. 175-185).

No Brasil, a filiação é determinada pelo parto. Presume-se a maternidade em favor daquela que consta no termo do nascimento do filho, conforme artigos 1.603 e 1.608 do Código Civil, elaborado em consonância com a Declaração de Nascido Vivo, conforme artigo 10, inciso IV da Lei nº8.069/90. A paternidade, por sua vez, é compreendida em favor do marido quanto aos filhos nascidos na constância do casamento, ainda que havidos por inseminação artificial heteróloga consentida de acordo com os artigos 1.597 e 1.600 do Código Civil.

Tampouco o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, possui dispositivo expresso a respeito da determinação da maternidade. Há uma presunção de que é mãe quem dá à luz, como se depreende do artigo 10 do ECA. De particular interesse para a presunção acima é o inciso II do referido artigo, em que se exige o registro do recém-nascido e de sua mãe (aqui só podendo ser interpretado como aquela que deu à luz) no momento do parto, inclusive para evitar troca de bebês e outros problemas de identificação. No entanto, não há nenhuma preocupação com a possibilidade da parturiente não ser a doadora do material genético nem a autora do projeto parental, muito menos de ter havido um consentimento prévio em tratativas sobre gestação de substituição.

Já para Venosa, mãe deve ser considerada “aquela que teve o óvulo fecundado” (2007, p. 224). Por seu lado, Gama conclui que deve prevalecer a vontade volitiva que se revelar em prol do melhor interesse da criança, que “deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos” (2003, p. 862/863).

Considerando predominantes a verdade biológica ligada à verdade sócio-afetiva, Fachin entende que “a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade (...) cogita-se então, a verdade socioafetiva (FACHIN, 1999, p. 236-7).

Conforme disposição da Resolução do CFM, deve haver a garantia do registro civil da criança que virá a nascer pelos pais genéticos, devendo a documentação ser providenciada antes mesmo do término da gravidez.

Em face de inexistência de normas específicas sobre a matéria o Conselho Federal de Medicina vem editando resoluções acerca de reprodução humana medicamente assistida, a mais recente é a Resolução nº 2.021 de 2015 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, balizando as condutas éticas a serem observadas no exercício das técnicas de reprodução assistida. Assim, tem-se as técnicas de reprodução humana medicamente assistida nos casos em que a doadora genética seja estéril ou em caso de contraindicação, ou ainda, em caso de união homoafetiva.

Ainda, determina que a gestação aconteça mediante doação temporária de útero, ou seja, não deve haver remuneração. Nesse sentido, a doadora temporária de útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo de até quarto grau, ou seja, deve ser alguém dentre mãe (primeiro grau), irmã ou avó (segundo grau), tia (terceiro grau); ou prima (quarto grau). Em qualquer dos casos, deve ser observada a idade máxima de cinquenta anos para gestar a criança.

De acordo com a referida resolução, as clínicas de reprodução devem manter no prontuário do paciente relatório médico sobre o perfil psicológico da doadora temporária de útero, em que atesta adequação emocional e clínica da doadora temporária de útero. Também deve constar o Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignando a motivação do procedimento, como por exemplo, esterilidade, contraindicação ou ainda, gestação compartilhada entre homoafetivos hipótese em que inexistente infertilidade.

Deve também constar o contrato firmado entre os pais genéticos e a doadora temporária do útero. Esse requisito identifica exatamente a filiação da criança oriunda do procedimento de reprodução humana medicamente assistida e que nasce do ventre de uma mulher que não pode ser vista como sua mãe em virtude do contrato demonstrado.

Em caso de a doadora temporária de útero ser casada ou convivente em união estável deve juntar declaração de aprovação do cônjuge ou companheiro, de modo a garantir o registro da criança pelos pais genéticos.

A resolução veda a interrupção da gravidez tendo sido iniciado o processo gestacional, salvo nos casos autorizados em lei ou judicialmente.

Assim, diante da lacuna legislativa e levando em consideração que as normas do Conselho Federal de Medicina possuem caráter deontológico, dotada de eficácia tão somente em relação aos médicos, faz-se imprescindível desenvolver estudos que

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 permitam uma maior compreensão do papel do Direito na busca da solução de eventuais conflitos por meio da comunhão dos princípios da ética e do direito (BARUFFI; MORAIS, 2015).

A I Jornada de Direito Civil, de 2002, tratou acerca da filiação quando há intervenção científica na maternidade. O enunciado de número 129 da referida Jornada, dentre outras coisas, estabelece que nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que fornece o material genético [...]. Pretende-se [...] assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

A cessão temporária de útero faz parte das técnicas de reprodução assistida, e sendo considerado válido o contrato, parece que deve ser considerada mãe aquela que doou o material genético ou ainda, a autora do projeto parental, e não aquela que emprestou o útero e gestou a criança.

Considerações Finais

O século XXI se inicia marcado por inovações sem precedentes, a exemplo da possibilidade de ter filhos com a doação de material genético de terceiro e ainda, por meio da gestação por outrem, objeto de estudo nesta pesquisa.

No contexto dos avanços tecnológicos decorrentes da medicalização da reprodução humana é preciso ponderar as opções pessoais dos indivíduos, a partir das possibilidades hoje permitidas pela ciência, pois a gestação de substituição é uma realidade que não pode ser mais ignorada. No entanto, dentro dessa realidade, é preciso definir os limites da autonomia privada das pessoas.

A Argentina demonstrou esforços em seu novo Código Civil e Comercial, que definiu duplo vínculo de filiação e considerou a mulher gestante necessariamente mãe da criança, sendo que o outro vínculo de filiação diz respeito ao homem ou a mulher que contratou maternidade de substituição.

No caso do Brasil constata-se a inexistência de normatização verificando-se apenas as resoluções do Conselho Federal de Medicina a respeito. Assim, diante de tamanha lacuna legislativa, qualquer tentativa deve contemplar a gratuidade e/ou onerosidade do contrato; a fixação da maternidade por força do contrato, o que implica

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
o registro de filiação da criança independentemente do nome da mulher constante na declaração de nascido vivo, e ainda, as peculiaridades decorrentes do procedimento.

Outro aspecto que deve ser ponderado pelo legislador brasileiro diz respeito a determinar com clareza as limitações impostas à mulher gestante com relação a sua relação com a criança e os autores do projeto parental. Além disso, cabe prever fiscalização das clínicas de reprodução humana tanto no que concerne aos aspectos médicos quanto à observância das normas que regulamentam a prática médica bioética.

Ressalta-se ainda, a urgência de regulamentação que esteja atenta ao turismo reprodutivo.

Referências

ARAÚJO, Nadia de; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Contribuições da ASADIP para o desenvolvimento do trabalho da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: Balanço das Reuniões Preparatórias para Reunião Anual de Assuntos Gerais. In: CONPEDI. (Org.). **(Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos Paradigmas: Direito internacional..** 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v.1, p. 230-254.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejo; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição:** regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. Disponível em <http://www.pixfolio.com.br/arq/1405350330.pdf>. Acesso em 05.jun.2015.

BARUFFI, Helder; MORAES, Mariane H. de. Maternidade de substituição: reflexões a partir do princípio da dignidade da pessoa humana em razão da lacuna normativa do direito brasileiro. **Derecho y Cambio Social.** Disponível em www.derechocambiosocial.com. Acesso em 01.jun.2015.

BENICKE, Christoph. **Maternidade por substituição do direito internacional privado.** Palestra UFRGS/2013.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada.** 34. Ed. Tradução: Centro Bíblico Católico. São Paulo: Paulinas, 2004.

BRASIL. **Lei nº8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 18.jun.2015.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental.** Contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>. Acesso em 06.ago.2015.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 06.jun.2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº20213/15**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2021/2015_2015.pdf. Acesso em 18.dez.2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v.3 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O estado atual do biodireito**. 9. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar: 2000.

FAMA, María Victoria. **El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf> Acesso em 05.jun.2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRUENBAUM, Daniel. **Foreign Surrogate Motherhood**: mater semper certa erat. *American Journal of Comparative Law*. v.60, p. 475-506, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2056899>. Acesso em: 02.jun.2015.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Traduzido por Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2. ed., 16ª reimpressão. São Paulo: Globo, 2003.

JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. *RT* 759/24, janeiro/1999.

_____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, vol. I. n.1, p.105-114, Porto Alegre: UFRGS. mar. 2003.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2007.

CIBERTRANSPARENCIA: INFORMACIÓN PÚBLICA EN RED Y EL LÍMITE CONSTITUCIONAL DE LA INTIMIDAD - UN PLANTEAMIENTO A PARTIR DE LA DOCTRINA DE ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO*

Têmis Limberger

Consideraciones Iniciales

Internet viene siendo utilizada para fomentar la transparencia en la administración pública brasileña. La novedad más reciente es la Ley de Acceso a la Información Pública¹. Esta ley, siguió la tendencia de legislación de otros países, que en un mundo globalizado, exigieron la publicidad de los datos de gestión fiscal ante las nuevas tecnologías. Esas providencias incorporan la experiencia del derecho anglosajón – *accountability*. La Ley de Acceso a la información pública reaviva el debate entre límites de la esfera pública y privada.

El recto consiste en utilizar la información en internet en pro de la transparencia administrativa, que puede conducir a la efectividad de los derechos fundamentales sociales. No se ignoran los aspectos negativos, pero el foco del análisis serán los aspectos positivos de la información pública disponible en red y uno de sus límites: la protección a la intimidad. Se hará el análisis, a partir del tema nº 483 de la Repercusión General, efectuada por el Supremo Tribunal Federal², y la importancia de hacer disponible la información pública en red en un contexto de globalización. La divulgación de los sueldos es una parte importante de los gastos públicos, pero no es la totalidad de los gastos estatales. Existen dispendios con las licitaciones y las renunciaciones fiscales, que alcanzan grandes sumas. En el caso jurisprudencial citado, se discutió la

* Conferencia producida por ocasión del VII Encuentro Hispano-Brasileño de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, en 30/11/2015. Para leer la versión integral, *vide*: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; LIMBERGER, Têmis; CARRERAS, Francesc de. *Construcción Europea y Teledemocracia - El planteamiento de la ciberciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo en la cibertransparencia*. 1. ed. Madrid: J. San José - Manuel Tovar, 2013. v. 1. 291 p. y artículo: LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparencia: información pública en la red y el límite constitucional de la intimidad*. **Revista General de Derecho Constitucional** (Internet), v. 19, 2014.

¹ BRASIL. *Ley n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011*. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. (Accedido el: 11 febrero 2016).

² Otros juzgados que se ocuparon de la materia: Suspensión de Sentencia Provisional 623 – DF, la unanimidad, Relator Ministro Ayres Britto, j. 10/7/2012; Suspensión de Sentencia Provisional 630- RS, la unanimidad, Relator Ministro Ayres Britto j. 22/5/2012; Repercusión General en el Recurso Extraordinario con Agravo 652.777- SP, Relator Ministro Ayres Britto. j. 9/11/2011.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

divulgación, en sitio electrónico oficial, de informaciones personales y profesionales de funcionarios públicos, de entre ellas el nombre con el correspondiente sueldo, caracterizando el conflicto “aparente” de normas entre la publicidad administrativa, la intimidad y la seguridad del funcionario público.

Se parte de la obra *Ciberciudadanía o Ciudadanía.com* de Pérez Luño³, para discutir: cómo el hacer disponible la información pública en red puede servir para tornar la administración estatal más transparente – Cibertransparencia. Como desdoblamiento, de esta cuestión principal, se pregunta: ¿La publicidad administrativa es ilimitada? En caso negativo, ¿Cuáles son sus límites? ¿Basta divulgar los datos o es necesaria una ciudadanía con educación cívica para acceder y comprender la información ofrecida en red? Estas son las indagaciones que el trabajo se propone discutir, como forma de contribuir al debate.

2 Cibertransparencia: una nueva dimensión de la información pública en red

El término cibertransparencia sirve para designar las nuevas relaciones que se traban en la Red y que tienden a propiciar el flujo comunicativo entre los poderes públicos y los particulares.

El proceso de comunicación es esencial a la democracia. El ordenamiento jurídico en el Estado democrático se asienta en el principio general de la publicidad, debiendo el sigilo ser excepcional y justificado.

La Ley⁴, que busca difundir la Información Pública, es un hito importante, pues significa un avance en materia de transparencia⁵, pero suscita algunas cuestiones para reflexión. Impone el deber de los entes de la administración de hacer públicos datos, que si son puestos efectivamente en red y tienen una correcta utilización, podrán contribuir al debate democrático y al control de la administración pública.

Las nuevas tecnologías significan mucho más que la simple utilización de la herramienta electrónica por parte de la administración, implica también que puedan

* N.T.: Todas las traducciones de las citas de este artículo, son traducciones libres de la traductora. Véase el original en las referencias bibliográficas.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

⁴ BRASIL. Ley n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

⁵ SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A.. Nuevo marco europeo de protección de datos personales. In: *Derechos Humanos y Protección de Datos Personales en el Siglo XXI*. Homenaje a Cintia Castillo Jiménez. Álvaro A. Sanchez Bravo (Ed.). Sevilla: Punto Rojo, 2014, p. 261.

servir para hacer la relación más democrática, la aproximación, la participación y la fiscalización del ciudadano con relación a los actos practicados por los gestores públicos.

De este modo, la revolución tecnológica “pretende propiciar una administración más eficiente y eficaz, más cercana al ciudadano, más moderna, más rápida, que permita ofrecer al ciudadano un servicio mucho mejor. Se exige una administración más transparente, democrática, más controlada, más accesible, más respetuosa con la privacidad”⁶.

La publicidad es un principio importante, pero tiene sus límites y uno de ellos, es el derecho a la intimidad. En algunos países europeos y latinoamericanos, ya existe un espectro más avanzado de tutela: la protección de los datos personales.

3 Límites al acceso a la información pública: de la tutela a la intimidad a la protección de los datos personales

En Brasil, los derechos a la intimidad y a la privacidad están referidos en el artículo 5º, X, de la Constitución Federal - CF⁷, reconociendo la distinción proveniente de la doctrina y jurisprudencia alemanas, de la teoría de las esferas o de los círculos concéntricos⁸.

El precepto constitucional, consagra la regla del suministro de la información pública, resguardando el sigilo imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado – art. 5º, XXXIII, de la CF⁹. En la reglamentación al dispositivo de la Constitución, la Ley de Acceso a la Información Pública, lo que fue observado por la ley de acceso a la información pública (en su art. 3º, I). Ante el fenómeno informático, se desarrolló la noción de autodeterminación informativa¹⁰, que equivale a la libertad informática con un valor indiscutible en la sociedad de la información. Después de la paradigmática la

⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Administración Electrónica y Ciudadanos*. Pamplona: Thomson Reuters – Civitas, Aranzadi Ed, 2011, p. 30.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de octubre de 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

⁸ COSTA JR., Paulo José da. *O direito a estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 31, citando HENKEL, Der Strafschutz des Privatlebens.

⁹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de octubre de 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996, p. 44.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán con relación a la Ley del Censo¹¹, en 1983; con la expansión de las nuevas tecnologías en red, en 2008, el Tribunal Constitucional Federal Alemán actualizó la autodeterminación informativa, a partir del nuevo derecho fundamental a la garantía de confidencialidad e integridad de los **sistemas informatizados** acentuando la aludida migración de las relaciones sociales y conducción de la vida del individuo al ambiente tecnológico. La decisión quedó restringida a la actuación del poder público, pero es ampliamente reconocido el impacto que puede causar en el sector privado, igualmente.

La protección de los datos personales, se ha ido configurando, paulatinamente, como un derecho autónomo con relación con la intimidad o privacidad, en los países europeos, véase el Tratado de Lisboa, artículo 16-B¹², que ratificó la Carta de Nice¹³, que contempla el derecho fundamental a la protección de los datos personales (artículo 8º), en carácter autónomo a la intimidad (artículo 7º). El marco explicitador de los derechos Fundamentales de la Unión Europea muestra estar sintonizado con las cuestiones principales del ciberespacio.

La protección de los datos personales no es todavía, un derecho positivado en muchos países latinoamericanos, sin embargo se le confiere alguna tutela jurídica. Si no es posible como derecho autónomo, se puede proteger como consecuencia del derecho a la intimidad. Así, la exposición del nombre del funcionario vinculado al sueldo no es necesaria para atender a la transparencia administrativa. La propia ley asegura la transparencia administrativa con respecto a la intimidad y vida privada (art. 31, Ley nº 12.527/2011). Si por un lado se tiene la administración con la necesidad de transparencia, por otro, se tiene el límite de la protección de los datos personales. Partiéndose de la idea ya conocida, de que no hay derechos absolutos, todos ellos encuentran un límite, se tiene que el nombre integra los derechos de personalidad y debe ser preservado. Así, no es posible una exposición indebida del mismo, pues este identifica más fácilmente a la persona. Puede, aún, comprometer la seguridad del individuo, principalmente, en países con desigualdades económicas muy grandes.

¹¹ Sentencia de 15/12/1983, del Tribunal Constitucional Alemán, *Boletín de Jurisprudencial Constitucional*, nº 33, enero 1984, p. 137.

¹² UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial da União Europeia*. Tratado de Lisboa. C 306, 50º ano, 17 de diciembre de 2007, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:PT:PDF>> (Accedido el: 11 febrero 2016).

¹³ Id, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 07 de diciembre de 2000. Carta de Nice, <http://www.europarl.europa.eu/charter/default_pt.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

Ante esta situación, surge la pregunta: ¿es necesaria la divulgación del nombre del funcionario vinculada explícitamente a los valores recibidos? ¿Cuál es la información más importante, en un primer momento?

¿La explicitación de su nombre o la cuantía que recibe, teniendo en vista su cargo? La información más importante en un primer momento es la del cargo a que pertenece, eventuales gratificaciones, la posibilidad de acumulaciones, si hay, y el valor total percibido. Solamente, en el caso, de que los valores superen se procederá a la individualización con la respectiva nominación, a fin de que entren en acción los respectivos órganos de control. El nombre solamente pasa a ser relevante si el funcionario está recibiendo en disconformidad con los niveles legales. Caso contrario, sería provocar una exposición indebida del funcionario y de toda su familia. Serviría para atender a curiosidades personales y no a la finalidad pública. Sería una exposición, a la manera *Big Brother*, de Georg Orwell¹⁴, y no para fortalecer la democracia.

El Supremo Tribunal Federal - STF al analizar la cuestión, se restringió al examen del art. 5º, XXXIII, de la CF, limitándose a la seguridad del Estado y de la sociedad: “las excepciones (a la publicidad) también constitucionalmente abiertas, que son aquellas cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado”¹⁵. No adentró en el análisis del art. 5º, X, que sería la salvaguarda del ciudadano. El nombre integra los derechos de personalidad, que es protegido por la privacidad, artículos 21¹⁶ y 16/8 del Código Civil.

La Ley nº 12.527/2011, que dispone sobre el acceso a la información, así como el Decreto nº 7.724/2012¹⁷, que reglamenta la ley, no dispone con respecto a la divulgación al nombre. En Brasil, el Marco Civil de Internet (Ley nº 12.965/2014) prevé la protección de la privacidad y de los datos personales (art. 3, III) de acuerdo con la ley, sin que hasta el momento existe una disposición legal que regule la materia.

Así, el Supremo Tribunal Federal (siempre por unanimidad de sus miembros) declara la supremacía de la publicidad de forma irrestricta, sin cotejarla con la

¹⁴ ORWELL, George. 1984. 29. ed., São Paulo: Editora Nacional, 2003.

¹⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Suspensión de la Decisión Concesiva de Seguridad n. 3902-SP, de la Procuraduría General del Municipio de São Paulo. Plenario. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, j. 09 junio 2011a. Publicado el 03 octubre 2011, <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>> (Accedido el: 11 febrero 2016).

¹⁶ BRASIL. Ley nº 10.406, de 10 de enero de 2002. *Instituye el Código Civil*, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> (11/06/2014).

¹⁷ BRASIL. *Decreto n. 7.724, de 16 de mayo de 2012*, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

intimidad. La publicidad es un principio importante, pero la divulgación de la información en red, necesita de una ciudadanía comprometida con los valores constitucionales y con un nivel adecuado de formación cultural.

Consideraciones Finales

La ciudadanía en la era tecnológica está desvinculada del aspecto territorial y reclama la implementación de los Derechos Humanos en cuanto categorías universales, tal como se desprende del planteamiento de la *ciberciudadanía de Pérez Luño*¹⁸. Sin embargo, para la formación ciudadana, es importante que haya una educación con la finalidad de que el ciudadano se interese por los asuntos públicos y no reproduzca simplemente las invocaciones de la sociedad de consumo. La *ciberciudadanía* fue inicialmente concebida para el ejercicio de los derechos individuales de participación política. Hoy, sin embargo, posee una fuerza expansiva que le permite la irradiación en la esfera colectiva de los derechos sociales. Uno de los aspectos, en los que se manifiesta esta segunda dimensión es la que se refiere a la disponibilidad de información pública en red, al cual se denomina cibertransparencia, a partir de la cual se puede habilitar el incremento de los derechos sociales por medio de una gestión correcta de los recursos públicos.

Los derechos fundamentales de carácter social demandan un coste económico para su implementación. Por ello es importante una adecuada utilización de los recursos, tanto en los países que cumplieron las promesas de la modernidad, como en los que aún tienen este proyecto inacabado. Es importante que los ingresos públicos sean efectivamente empleados con fines sociales y no desviados para fines particulares.

Las nuevas tecnologías tienen un papel fundamental a este respecto, pues permiten una divulgación de la información pública de forma potencializada, en la medida en que alcanzan a un gran número de ciudadanos. No pueden ocuparse de toda la corrupción existente, pero pueden desempeñar una función importante en el sentido de disminuirla. Para ello, es necesaria una ciudadanía educada, que se interese por los asuntos públicos y que acceda y comprenda la información que se pone a su disposición.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

La información significa formación de la opinión ciudadana. Se relaciona con la prevención, una vez que confiere visibilidad a los datos públicos, haciendo con que la información sea ofrecida y, por lo tanto, disminuyéndose los actos fraudulentos. Se constituye, también, en estímulo a las buenas prácticas, incrementando la función promocional del derecho y no solamente la represiva. La experiencia brasileña de acceso a la información pública es reciente y ha centrado el debate en la cuestión de los sueldos de los funcionarios públicos, sin fijarse en otros gastos, tales como las licitaciones y las renunciaciones fiscales. Se espera que con el transcurrir del tiempo el debate se extienda a otros dispendios con cifras voluminosas. El Supremo Tribunal Federal, por medio del tema nº 483 de la Repercusión General, demuestra una preocupación con la transparencia de la administración pública, lo que es positivo para el fortalecimiento democrático del país, una vez que la democracia brasileña está en proceso de formación, necesitando consolidarse. Es necesario, que se observen los límites de la publicidad, uno de los cuales es la intimidad.

Cuando el poder estatal hace uso de las nuevas tecnologías para hacer disponible la información pública en internet, permite la participación del ciudadano en los asuntos públicos, propicia el control de los actos administrativos y, consecuentemente, la fiscalización del gasto estatal, a esto se denomina cibertransparencia.

En el año en que se murió Eduardo Galeano (1940-2015), vale recordarlo y decir que el tema de la cibertransparencia es importante y actual, porque: “Latinoamérica sigue con sus venas abiertas” (1971).

Referencias

BRASIL. Ley n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensión de la Decisión Concesiva de Seguridad n. 3902-SP, de la Procuraduría General del Municipio de São Paulo. Plenario. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, j. 09 junio 2011a.

Publicado el 03 octubre 2011,

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>> (Accedido el: 11 febrero 2016).

_____. **Decreto n. 7.724, de 16 de mayo de 2012,**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

_____. **Ley n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011.** Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. (Accedido el: 11 febrero 2016).

_____. **Ley n° 10.406, de 10 de enero de 2002.** Instituye el Código Civil, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> (11/06/2014).

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de octubre de 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

COSTA JR., Paulo José da. **O direito a estar só: tutela penal da intimidade.** São Paulo: RT, 1970.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparencia:** información pública en la red y el límite constitucional de la intimidad. *Revista General de Derecho Constitucional (Internet)*, v. 19, 2014.

ORWELL, George. **1984.** 29. ed., São Paulo: Editora Nacional, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; LIMBERGER, Têmis; CARRERAS, Francesc de. **Construcción Europea y Teledemocracia** - El planteamiento de la ciberciudadanía en la doctrina de Pérez Luño y su desarrollo en la cibertransparencia. 1. ed., v. 1. Madrid: J. San José - Manuel Tovar, 2013.

_____. **Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Manual de informática y derecho.** Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Administración Electrónica y Ciudadanos.** Pamplona: Thomson Reuters – Civitas, Aranzadi Ed, 2011.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. Nuevo marco europeo de protección de datos personales. In: **Derechos Humanos y Protección de Datos Personales en el Siglo XXI.** Homenaje a Cintia Castillo Jiménez. Álvaro A. Sanchez Bravo (Ed.). Sevilla: Punto Rojo, 2014, p. 255-288.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. Sentencia de 15/12/1983, **Boletín de Jurisprudencial Constitucional**, nº 33, enero 1984.

UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial da União Europeia.** Tratado de Lisboa. C 306, 50º ano, 17 de diciembre de 2007, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:PT:PDF>> (Accedido el: 11 febrero 2016).

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, de 07 de diciembre de 2000. Carta de Nice, <http://www.europarl.europa.eu/charter/default_pt.htm> (Accedido el: 11 febrero 2016).

A INTERNET COMO UM NOVO ESPAÇO DE REPRESENTAÇÃO E RECONHECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES, DA DEMOCRACIA E DA CIDADANIA

Thami Covatti Piaia¹

Em geral me consideram um otimista. Estão certos. Meu otimismo, contudo, não promete que a Internet resolverá, em um passe de mágica, todos os problemas culturais e sociais do planeta. Consiste apenas em reconhecer dois fatos. Em primeiro lugar, que o crescimento do ciberespaço resulta de um movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem. Em segundo lugar, que estamos vivendo a abertura de um novo espaço de comunicação, e cabe apenas a nós explorar as potencialidades mais positivas deste espaço nos planos econômico, político, cultural e humano. (LÉVY, Pierre, 1999, p. 11)²

Considerações Iniciais

Nesse alvorecer do século XXI, o acesso à Internet popularizou-se de uma maneira sem precedentes. Nunca antes na história, as pessoas estiveram tão conectadas umas às outras. Nunca antes, houve tanta interação, harmonia e desarmonia entre as pessoas. No mundo *on line*, limites parecem não existir.

Nesse contexto, a humanidade parece estar vivendo, dividida, entre o espaço *of line*, físico, e o espaço *on line*, aquele conectado à Internet. Estar conectado, tornou-se um ato corriqueiro, ao mesmo tempo que de significativa importância, para grande parcela da população mundial.

Castells afirma que, nos dias atuais, a Internet é o tecido de nossas vidas, e, complementa dizendo:

Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a Internet poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Urbana-Champaign – EUA. Professora na Graduação e no Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

² LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 11

organizacionais da sociedade industrial, a Internet passou a ser base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação em rede.³

De acordo com o relatório anual da União Internacional de Telecomunicações (UIT) – Medindo a Sociedade de Informação 2013 – a banda larga móvel se tornou o segmento que mais cresceu do mercado mundial da Tecnologia de Informação e Comunicação.

No final de 2013, havia 6,8 bilhões de assinaturas para telefones celulares – quase o número total de pessoas no planeta. Conexões de banda larga móvel em 3G e 3G+ estão crescendo a uma taxa média anual de 40%, o equivalente a 2,1 bilhões de assinaturas de banda larga móvel e uma taxa global de quase 30%.⁴ Este número quer dizer que 40% da população mundial estará conectada, sendo que 2/3 destas pessoas são moradores de países em desenvolvimento, e, entre eles, está o Brasil.⁵

Esta vasta conexão e o advento desta identidade democrática e cidadã global fez com que governos se posicionassem a respeito da regulação do uso da Internet em seus países, buscando assegurar a qualidade e a segurança cada vez mais necessárias, nesse novo espaço de representação, pois, regras, devem existir, sempre, em qualquer espaço.

Neste sentido, o Brasil, em 2014, foi surpreendentemente inovador, quando da regulamentação da Internet no território nacional com a Lei 12.965, o Marco Civil da Internet Brasileira. O Brasil estabeleceu uma legislação protetora dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, ao mesmo tempo, que impôs limites aos usuários, quando praticarem atos de má-fé.

O Marco Civil da Internet Brasileira se traduz, então, em uma importante ferramenta, arquitetada de forma inovadora, pela inter-relação entre três organizações: Estado, cidadãos/usuários e provedores de acesso à Internet.

Dividido em cinco capítulos (I – Disposições Preliminares, II – Dos Direitos e das Garantias dos Usuários, III – Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet, IV – Da Atuação do Poder Público e V – Disposições Finais), o Marco Civil se mostra uma experiência democrática ampliada capaz de demonstrar o desejo por inovação aliado à segurança jurídica necessária nesse novo espaço de representação.

É o que diz a lei na sua estrutura de fundamentos e princípios:

³ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 07

⁴ **Measuring the Information Society**. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/mis2013.aspx>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

⁵ **Measuring the Information Society**. 2016.

Art. 2º-A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos; II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.⁶ (grifo nosso).

Partindo dessa perspectiva, então, o questionamento que se faz, é, se nesse novo espaço de representação, chamado Internet, as Instituições, a Democracia (ciberdemocracia) e a Cidadania⁷ (cibercidadania) estariam garantidas e reconhecidas aos cidadãos/usuários brasileiros?

Se, no espaço *of line*, temos direitos, garantias e obrigações, não seria plausível, nem justo, que nesse novo espaço, o *on line*, essas garantias não existissem. Assim como no espaço *of line*, o espaço *on line* também necessita ter segurança jurídica, direitos, garantias e, principalmente, regras do jogo para serem seguidas, termo esse, ao qual o laureado economista americano, Douglass North, se referia, quando falava em Instituições.

Para que as Instituições, ou seja, as regras do jogo, sejam respeitadas, elas precisam ser fortes, criando relações de confiança e cooperação entre os cidadãos, fazendo com que a democracia e o estado de direito sejam fortalecidos.

⁶BRASIL. **Marco Civil da Internet** Lei 12.965/14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 17 de março de 2016.

⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 de mar. De 2016.

Assim deve ser, nesse novo espaço de representação, chamado Internet. Respeito às regras do jogo, aos princípios gerais do direito, à liberdade de expressão, privacidade, segurança e proteção jurídica, direito de escolha, tolerância, alteridade e reconhecimento.

Seguindo essa linha de pensamento, bem enfatiza Stefano Rodotà, jurista italiano, quando diz, que não devemos nos envergonhar de uma pretensão universalista, de um apelo aos direitos fundamentais, quando estão em jogo a vida e a dignidade das pessoas.⁸

Rodotà traz uma orientação, de que, além do mencionado e conhecido princípio da dignidade humana, aplicam-se à proteção dos cidadãos/usuários de Internet, mais alguns princípios, como o da finalidade, da pertinência, da proporcionalidade, da simplificação, da harmonização e da necessidade.

Quanto a este último princípio, o da necessidade, o autor acentua a sua importância, por constituir uma frontal oposição à tendência humana de utilizar sempre toda e qualquer inovação tecnológica disponível, e finaliza dizendo que o direito não deve render-se à razão tecnológica.⁹

Não deve mesmo, tendo em vista que a arquitetura da Internet atualmente, está assim constituída: de um lado, na ponta de cima da rede (*top*) estão os Estados e os grandes provedores de acesso à Internet, e na ponta de baixo, os cidadãos/usuários, os *ends*.

Como garantir então, nesse novo espaço de representação, com essa arquitetura, Democracia (ciberdemocracia) e Cidadania (cibercidadania), aos cidadãos/usuários de Internet, àqueles que estão na ponta de baixo da rede?

Nas próximas linhas, traremos algumas considerações sobre os temas, sem a pretensão de esgotá-los, tamanha sua complexidade.

1 Confiança, instituições e organizações

Confiança é algo que se refere à crença das pessoas na ação futura dos outros ou, dito de outro modo, é algo relativo à aposta de que, por meio de sua ação ou inação, os

⁸ RODOTÀ, Stefano. Quelle pietre contro la donna e il diritto all'ingerenza. In: La Repubblica, 18.12.2001. disponível em: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2001/12/18/quelle-pietre-contro-la-donna.html>. Acesso em: 20 mar. 2016

⁹ RODOTÀ, Stefano. Tra Diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy. Disponível em: <http://www.litis.it>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

outros contribuirão para meu bem-estar ou, quando menos, se eximirão de impor prejuízos a mim; mas uma vez mobilizada, a confiança envolve riscos, porque ela não assegura necessariamente certeza quanto a seus resultados.¹⁰

O conceito vem sendo usado há tempos nas ciências sociais com relação a uma grande variedade de fenômenos e, a despeito dos riscos que ela envolve, foi sugerido que a confiança também é um recurso importante para assegurar a coesão necessária ao funcionamento das sociedades complexas, desiguais e diferenciadas.¹¹

A concepção liberal clássica deu origem a uma perspectiva protetora do cidadão como membro da associação política. O objetivo principal era proteger o indivíduo de riscos de arbitrariedade, opressão ou violência de seus direitos por parte tanto de quem exerce o poder quanto dos outros indivíduos.¹²

Não se trata, portanto, como nos ensina José Álvaro Moisés,

de afirmar que as instituições existem simplesmente para proteger os cidadãos para que possam realizar os seus interesses privados, e, mais uma vez, separarem os indivíduos da sua comunidade. Mas, nas condições da mediação institucional adotada pelo regime democrático para que a sociedade logre enfrentar os seus dilemas coletivos, trata-se de colocar esses interesses em sintonia e cooperação com as exigências dos interesses públicos.¹³

A confiança é, assim, uma condição necessária da cidadania, e o seu meio de realização são precisamente as instituições democráticas.¹⁴

Mas o que seriam, então, instituições? Instituições, são invenções humanas criadas para estruturar as interações políticas, econômicas e sociais ao longo do tempo.¹⁵ Elas consistem em restrições informais, tais quais sanções, tabus, costumes,¹⁶ tradições e códigos de conduta; em regras formais, como constituições, leis, direitos de propriedade e no *enforcement* (execução).

¹⁰ MOISÉS, José Álvaro. A Confiança e seus Efeitos sobre as Instituições Democráticas. In MOISÉS, José Álvaro (organizador). **Democracia e Confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?** São Paulo: EDUSP, 2010. p. 09-20. p. 09

¹¹ MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e Confiança**, 2010. p. 09-20. p. 09

¹² MOISES, José Álvaro. Cidadania, Confiança Política e Instituições Democráticas. In: MOISES, José Álvaro; MENEGUELLO, Rachel(org.). **A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade de Democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 27-49. p. 33

¹³ MOISES, José Álvaro. **A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade de Democracia**. 2013. p. 27-49. p. 49

¹⁴ MOISES, José Álvaro.. **A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade de Democracia**. São, 2013. p. 27-49. p. 49

¹⁵ NORTH, D. C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 03.

¹⁶ O primeiro passo para a criação de uma instituição advém dos costumes que são de propriedade da cultura de cada sociedade. Essa tradição cultural é que garante a existência de qualquer instituição.

Instituições formais e informais se complementam na criação de resultados econômicos, e um projeto de regras formais eficientes deve levar em consideração a interação entre as regras formais e as informais existentes.¹⁷ Ambas, juntas, limitam a atuação dos indivíduos e dos entes sociais.¹⁸ O *enforcement* refere-se às garantias da execução no tocante às possibilidades de que as regras previstas venham a ser efetivamente cumpridas. Não admira que as instituições sejam tão importantes!¹⁹

As instituições referem-se a uma complexidade de valores, normas, crenças, significados, símbolos, costumes e padrões socialmente aprendidos e compartilhados, que delineiam o elenco de comportamento esperado e aceito em um contexto particular.

Rachel Sztajn, percebendo a importância do tema, conceitua instituições como sendo:

Palavra polissêmica, instituições, do étimo latino *institution*, de *instituere*, significa tanto o ato ou efeito de instituir, criar, fundar estabelecer alguma coisa duradoura, quanto organizar, ordenar. Também é empregada para indicar costumes ou estruturas sociais que modelam práticas aceitáveis e respeitadas em determinada comunidade ou núcleo social.²⁰

A diferença básica entre instituições formais e informais é que as primeiras são produtos de processo de escolha deliberada dos atores. Esse processo de escolha pode ser de vários tipos, mas é sempre possível reconhecê-lo quando se trata de mudança institucional formal.²¹

No caso da instituição informal, é, em geral, difícil identificar seu surgimento, porque são difusas, são encontradas no dia a dia do comportamento social dos indivíduos e a ele incorporadas por meio de processo muitas vezes não percebido.²²

A ideia de sistema completo e fechado vem sendo abandonada em face do reconhecimento de que, como Ciência Social Aplicada, o Direito (ordenamento) não pode ignorar o fato de que transformações institucionais, resultado de mudanças sociais, algumas decorrentes de mudanças tecnológicas, outras de busca de novos valores sociais, outras, ainda, resultantes de avanço do conhecimento em áreas tradicionais do saber, geram

¹⁷ EGGERTSSON, Thráinn. A Note on the Economic Institution. In: ALSTON, Lee J.; EGGERTSSON, Thráinn; NORTH, Douglass C. **Empirical Studies in Institutional Change**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 22.

¹⁸ NORTH, D. C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, 1991. p. 97-112.

¹⁹ EDQUIST, C.; JOHNSON, B. Institutions and Organizations in System of Innovation. In: EDQUIST, C. **System of Innovation: technologies, institutions and organizations**. London: Printer, 1997. p. 41.

²⁰ SZTAJN, Rachel.; AGUIRRE, B. Mudanças Institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 228-243. p. 228.

²¹ SZTAJN, Rachel.; AGUIRRE, B. **Direito e Economia**: 2005. p. 228-243. p. 237.

²² SZTAJN; AGUIRRE, 2005, p. 233.

novas necessidades e demandam outra formulação normativa.²³

Afinal, o que são instituições? A resposta completamente satisfatória para esta questão ainda não existe. O conceito apropriado parece depender do que se quer fazer com ele, isto é, como está sendo analisado.²⁴

Douglass North entende que:

As instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, as limitações criadas pelos humanos, que moldam as interações humanas. Em consequência, elas estruturam os incentivos às transações humanas, sejam estas políticas, sociais, ou econômicas. Mudanças institucionais definem a forma com que as sociedades evoluem ao longo do tempo, portanto são a chave para entender as mudanças históricas.²⁵

Se as instituições são as regras do jogo, as organizações são os jogadores. Elas acarretam diferentes modelagens para entender a forma com que operam e interagem umas com as outras.²⁶

Modelar as instituições é modelar as limitações criadas pelo homem na interação humana, que definem a estrutura de investimentos da sociedade. Modelar as organizações é teorizar sobre a estrutura, governança e políticas das entidades sociais propositadas.²⁷

Originalmente, as organizações surgem do *framework* institucional de uma sociedade num momento do tempo. Daí por diante, passam a interagir com outras organizações, com as próprias instituições e com as tradicionais restrições da teoria econômica.²⁸

As organizações influenciam as instituições e são influenciadas pelas instituições. Enquanto regras do jogo, as instituições de um povo fornecem e delimitam as possibilidades de organização econômica, pois as instituições reduzem as incertezas fornecendo uma estrutura para a vida cotidiana.²⁹

As diferentes formas de organização, enquanto jogadores, são orientadas a satisfazer necessidades humanas no maior grau possível, dados os limites e as

²³ Ibidem, p. 237..

²⁴ DEQUECH, D. Institutions: a concept for a theory of conformity and innovation. **Journal of Economic Issues**, Cambridge. v. 39, n. 2, 2005. p. 465-473.

²⁵ NORTH, 1990, p. 03.

²⁶ NORTH, D. C. **Understanding the Process of Economic Change**. Princeton: Princeton University Press, Princeton, 2005. p. 62.

²⁷ NORTH, 1990, p. 63.

²⁸ GALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, Cidade, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003. p. 101.

²⁹ NORTH, 1990, p. 03.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
possibilidades organizacionais fornecidas pelas instituições.³⁰

À medida que se desenvolvem novas formas de organização, elas pressionam as instituições a se adaptarem. Quanto mais adaptáveis forem as instituições às novas formas de organização (sem perder de vista, aqui, a necessidade de se manter a previsibilidade das regras do jogo) maiores serão as possibilidades de as organizações desempenharem sua função de satisfazer necessidades sociais.³¹

Instituições podem ser entendidas como normas, hábitos e regras que estão profundamente enraizados na sociedade e que desempenham um papel importante na determinação de como as pessoas se relacionam entre si e como elas aprendem e usam seu conhecimento.³²

Hodgson define instituições como sistemas duráveis de regras estabelecidas e interações sociais, dentro de uma estrutura social. Essa definição ampla de instituições agora se tornou amplamente aceita.³³

As organizações incluem órgãos políticos como partidos políticos, o Senado, um conselho municipal, uma agência reguladora, órgãos econômicos, como firmas, sindicatos, fazendas familiares, cooperativas e órgãos educacionais como escolas, universidades, centros de educação profissional. Modelar organizações é analisar estruturas de governança, habilidades, e como aprender fazendo irá determinar o sucesso da organização ao longo do tempo. Tanto quais organizações vêm a existir quanto como elas evoluem são questões influenciadas fundamentalmente pelo quadro institucional. Em retorno, elas influenciam a evolução do quadro institucional.³⁴

As organizações são criadas com intenções propositadas como consequência do conjunto de oportunidades resultante do conjunto existente de limitações, tanto as institucionais quanto as tradicionais da teoria econômica, e, no curso das tentativas para alcançar seus objetivos, são importantes agentes da mudança institucional.³⁵

As organizações têm sua razão de ser no conjunto de oportunidades estabelecidas pelo arcabouço institucional; a direção da sua evolução corresponde aos incentivos existentes na Matriz Institucional. O termo organizações refere-se a um

³⁰ NORTH, 1990, p. 04.

³¹ NORTH, D. C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, 1994. p. 359-368. p. 367.

³² LUNDVALL, B. et al. National Systems of Production, Innovation and Competence Building. **Research Policy**, n. 31, 2002. p. 213–231. p. 220.

³³ HODGSON, G. M. The Evolution of Institutions: an agenda for future theoretical research. **Constitutional Political Economy**, v. 13, 2002. p. 111–127. p. 113.

³⁴ NORTH, 1990, p. 05.

³⁵ NORTH, loc. cit.

conjunto de atores que cooperam ou agem em conjunto. Os jogadores são as organizações e as instituições são o próprio jogo.³⁶

Considerações Finais

Ao concluir esse trabalho, após breves considerações sobre Instituições, Organizações e Confiança, destacaremos, a inter-relação existente entre o Marco Civil da Internet Brasileira (instituição formal) e as três principais organizações - o Estado, os cidadãos/usuários e os provedores de acesso à Internet -, que, juntos, são os responsáveis, no Brasil, pelas regras do jogo, formais e informais, nesse novo espaço de representação chamado Internet, e, como esses atores se inter-relacionaram, na tentativa de garantir a Democracia (ciberdemocracia) e a Cidadania (cibercidadania) nesse novo cenário de representação *on line* de direitos e garantias. Esses atores, quando harmonizados, nos fazem entender por que as Instituições e as Organizações existem e qual o papel dessa relação para o funcionamento de uma sociedade democrática.

Ao estabelecer as regras do jogo em cada país, o Estado tem o dever de prover proteção e justiça, adoção de um sistema de leis, e de defesa aos cidadãos no espaço *of line*.

No Brasil, isso acontece também no espaço *on line*. O Marco Civil³⁷ trouxe para esse espaço, as mesmas garantias que a Constituição Federal prevê para os cidadãos, no

³⁶ EGGERTSSON, 1996, p. 09.

³⁷ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário,

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

espaço físico. As Instituições existentes no Brasil, formais, informais e o *enforcement*, igualmente, devem estar presentes no espaço *on line*, pois as mesmas questões jurídico/tecnológicas aparecem em ambos os espaços, criando um ambiente de confiança e cooperação.

Além disso, o aspecto de criação do Marco Civil, ao permitir que o cidadão/usuário pudesse participar de sua elaboração, foi algo realmente inovador, tamanha a importância do tema Internet, para a população. A legislação foi pensada e elaborada por diversos pesquisadores e juristas, pelo Governo Federal e pela população, privilegiando e fortalecendo a democracia e a cidadania no Brasil.

Com essa participação da sociedade, os cidadãos/usuários, impuseram restrições ao Estado (*tops*) e aos provedores de acesso à internet (*tops*), protegendo o cidadão, que ocupa a ponta da rede (*ends*) nessa arquitetura atual da Internet.

Dessa forma, o Brasil deu um passo positivo na concretização da democracia e no fortalecimento da cidadania, com a aprovação do Marco Civil da Internet, mostrando aos demais países, ser possível, estabelecer uma legislação que proteja os direitos dos cidadãos/usuários da Internet, ao mesmo tempo que consolida e protege direitos, também no espaço *on line*, tendo em vista, que, atualmente, vivemos nossas vidas, tanto no espaço *of line*, como no espaço *on line*, sem saber, com exatidão, quais serão as consequências dessa situação.

Referências

BRASIL. **Marco Civil da Internet** Lei 12.965/14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 17 de março de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 de mar. De 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

DEQUECH, D. Institutions: a concept for a theory of conformity and innovation. **Journal of Economic Issues**, Cambridge. v. 39, n. 2, 2005. p. 465-473.

nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. BRASIL. **Marco Civil da Internet** Lei 12.965/14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 17 de março de 2016.

EDQUIST, C.; JOHNSON, B. Institutions and Organizations in System of Innovation. In: EDQUIST, C. **System of Innovation**: technologies, institutions and organizations. London: Printer, 1997.

EGGERTSSON, Thráinn. A Note on the Economic Institution. In: ALSTON, Lee J.; EGGERTSSON, Thráinn; NORTH, Douglass C. **Empirical Studies in Institutional Change**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

GALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, Cidade, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003.

HODGSON, G. M. The Evolution of Institutions: an agenda for future theoretical research. **Constitutional Political Economy**, v. 13, 2002. p. 111–127.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LUNDEVALL, B. et al. National Systems of Production, Innovation and Competence Building. **Research Policy**, n. 31, 2002. p. 213–231.

Measuring the Information Society. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/mis2013.aspx>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

MOISÉS, José Álvaro. A Confiança e seus Efeitos sobre as Instituições Democráticas. In MOISÉS, José Álvaro (organizador). **Democracia e Confiança**: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: EDUSP, 2010. p. 09-20.

MOISES, José Álvaro. Cidadania, Confiança Política e Instituições Democráticas. In: MOISES, José Álvaro; MENEGUELLO, Rachel(org.). **A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade de Democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 27-49.

NORTH, D. C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, 1994. p. 359-368.

NORTH, D. C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, D. C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, 1991. p. 97-112.

NORTH, D. C. **Understanding the Process of Economic Change**. Princeton: Princeton University Press, Princeton, 2005.

RODOTÀ, Stefano. Quelle pietre contro la donna e il diritto all'ingerenza. In: La Repubblica, 18.12.2001. Disponível em:

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2001/12/18/quelle-pietre-contro-la-donna.html>. Acesso em: 20 mar. 2016

RODOTÀ, Stefano. Tra Diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy. Disponível em: <http://www.litis.it>. Acesso em: 20 de mar. 2016.

SZTAJN, Rachel.; AGUIRRE, B. Mudanças Institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 228-243.

ACORDO TRIPS E BIODIVERSIDADE: PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL OU APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS E DO CONHECIMENTO TRADICIONAL?¹

Thiago Luiz Rigon de Araujo

Considerações Iniciais

O final da Rodada do Uruguai em 1994 do *GATT* (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) culminou no acordo de Marraqueche que estabeleceu a criação da Organização Mundial do Comércio-OMC e no encaixe deste, o estabelecimento do Acordo *TRIPS*. Acordo que tinha por escopo relacionar todos aspectos inerentes a propriedade intelectual ao comércio internacional, de forma que a OMC substituiria o *GATT*, para tornar-se o principal organismo internacional sobre o comércio internacional e também abordando a temática da propriedade industrial, especialmente na questão das resoluções de conflitos já que o acordo anterior, que fora firmado em período pós-segunda guerra mundial, já estava sendo considerado ultrapassado por países desenvolvidos que também sugeriam mudanças no regime de patentes.

Países como Estados Unidos da América, Japão e as demais potências europeias clamavam por mudanças das normativas vigentes da sistemática da época, pois afirmavam que a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) não era suficiente para fiscalizar, dirimir conflitos e estabelecer novas regras sobre a propriedade intelectual, pois alegavam que a sua estrutura estava ultrapassada e obsoleta, bem como não tinha condições técnicas e gerencial para acompanhar o rápido crescimento econômico e avanços tecnológicos da atualidade.

Entretanto, esses referidos países que constantemente pressionaram para a construção de uma nova sistemática encontraram a resistência e contestação por parte das nações em desenvolvimento, tais como Brasil e Índia que lideravam os demais países da América Central e sul da Ásia, que defendiam a manutenção dos princípios norteadores da Convenção da União de Paris de 1883, com destaque especial os princípios que previam a cooperação dos países signatários na construção e manutenção

¹ O presente trabalho científico é fruto de investigações e diálogos constantes do Grupo de Pesquisa Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea, bem como fruto do estudo sobre o referido acordo e seus efeitos nos países da América-latina detentores de grande diversidade biológica, alvo de explorações que desrespeitam a soberania dessas nações.

de um sistema de padrões realmente mínimos, que tinham por objetivo central proteger o inventor e o ato inventivo, não associando-se a questões meramente de mercado.

Para corroborar a campanha de pressão para a mudança do sistema de patentes, o governo dos Estados Unidos da América vem a emendar na proposta do novo acordo, a incorporação de uma lei vigente em seu ordenamento jurídico pátrio, denominada de Seção 301- Ato sobre Comércio e Tarifas, a qual estabelece uma lista de países que supostamente agem em detrimento das políticas de comércio exterior dos vizinhos ao norte, impondo sanções como o bloqueio de importações provenientes desses países e exportações para esses países que adotassem condutas contrárias a política estadunidense. Essa atualização deu-se com a *Special 301 Report*, que trata especificamente sobre os países que possivelmente travam barreiras comerciais para os Estados Unidos por não terem uma legislação considerada adequada sobre propriedade intelectual ou por criarem barreiras para importação de produtos que não possuem proteção nos países importadores, e, a inclusão destes em uma lista que figurarão ou como transgressores das leis de propriedade intelectual ou como países que as relações multilaterais deverão ser intensificadas, ou seja, estarão inclusos em uma “lista negra” do EUA.

Os países que contrariaram a proposta dos países desenvolvidos para a reforma da sistemática de proteção aos direitos da propriedade intelectual, diga-se Brasil e Índia, que figuram nas listas elaboradas pelo governo Norte americano, em especial a lista que se refere aos países em que devem ter as relações de multilateralismo reforçadas, são países detentores de uma grande riqueza que poucos países do mundo possuem, recursos naturais em grandes escalas. Pelo simples fato de serem detentores de uma grande diversidade biológica que abriga milhares de espécies, que hoje são as grandes matérias-primas dos principais avanços biotecnológicos da atualidade.

Paralelamente as negociações do TRIPS, seguindo as determinações e princípios abalizados e documentados na Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente em 1972, no início da década de 1980, o debate sobre a preservação do meio ambiente e a regulação do acesso aos recursos naturais começam a tomar corpo. Para tanto, em âmbito do Conselho de Administração do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) no ano de 1987 deu-se início da construção de um acordo internacional que consagra-se os princípios estabelecidos em 1972 na Suécia, que culminaria na Criação da Convenção sobre a Diversidade Biológica, entabulado posteriormente na conferência realizada em solo brasileiro, a Rio 92, que previa em seus

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

ditames além do compromisso dos países signatários de regular acerca da vida selvagem e a sua devida proteção, o acesso e pesquisa sobre a biodiversidade e a soberania dos Estados sobre esta e aos demais recursos biológicos.

Portanto, é possível afirmar o Acordo TRIPS fora criado exclusivamente para atender as demandas dos países ricos e desenvolvidos do norte que pressionaram desde o princípio para que fosse criado um novo sistema internacional de patentes, bem como aumentando o controle e influência exercida no mercado internacional. Portanto, é possível inferir, em um segundo momento, que com um novo sistema internacional de patentes e avanço nas inovações tecnológicas, em especial no campo da biotecnologia, os países de escassos recursos econômicos e em desenvolvimento do sul². Países que são detentores de uma grande diversidade biológica testemunham diariamente a usurpação desses recursos por prospecções veladas pelos países do hemisfério setentrional, descumprindo todos os princípios e dispositivos presentes na CDB, que considera a biodiversidade como uma questão de soberania nacional, a qual se demonstra agredida no caso dos países latino-americanos.

Destarte, é notória a importância do debate sobre as consequências e implicações geradas pelo TRIPS, acordo que impõe um novo sistema internacional de patentes defendendo um padrão “mínimo” de proteção e as benesses desse novo sistema tornaram-se exclusivas de poucas nações. O presente debate também torna-se importante por delinear a inerente as formas de (in)eficácia das previsões legais da CDB quanto a proteção da biodiversidade, como maneira alternativa de emancipação dos países periféricos latino-americanos detentores de uma gigantesca biodiversidade frente a esta sistemática da propriedade intelectual de *standart's* mínimos.

1 TRIPS e seus impactos

O referido Acordo TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)³, celebrado em 1994 em âmbito da Organização Mundial do Comércio

² É possível designar essa terminologia para determinar que os países dos países do Sul, são os países que fazem parte da grande periferia e semiperiferia mundial, carentes de poder econômico e político frente aos vizinhos do Norte, os quais são os países considerados centro do mundo, e que possuem um alto poder econômico e capacidade de vultuosos investimentos em detrimento dos países do Sul. SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. *In: Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais/* Boaventura de Sousa (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 64.

³ Acordo sobre Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

(OMC), teve como escopo constituir uma nova normativa para a proteção da propriedade intelectual, relacionando esta ao comércio internacional, o que na verdade serviria mais como garantia de retorno de investimento por parte das empresas que investiram em pesquisa nos países em desenvolvimento do hemisfério sul, do que proteger a propriedade intelectual e promover a cooperação entre os países nesta seara. Sem embargo, é notório afirmar que o TRIPS e a sua normativa surgiram para obstar o crescimento econômico dos países do sul e o desenvolvimento de tecnologias por estes, já que o acordo tem como um dos seus objetivos centrais consolidar a exclusividade de produção e comercialização como bem denota Denis Borges Barbosa.⁴

O que pode se depreender é que o sistema proposto pelo TRIPS vem a consolidar um domínio do mercado internacional, o que acarreta enormes prejuízos aos países em desenvolvimento do sul, pois a normativa do acordo acarreta ao pagamento de *royalties* e demais imposições que tornam-se impossíveis de serem cumpridas. Outrossim, pode-se afirmar que por meio do TRIPS além de proteger o investimento estrangeiro, muito em conta da questão da biotecnologia como exemplo cabal, pode-se afirmar também a questão que envolve o Art. 1º do Anexo 2 do referido acordo que relaciona a OMC como um dos principais foros para resolução de conflitos, deslocando o papel de importância da OMPI para uma posição mais secundária, destacando o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC como o foro principal para dirimir as contendas sobre propriedade intelectual.

Esse deslocamento de foro previsto no TRIPS, na visão de Pasquot Polido, tornou-se um novo marco para o Direito Internacional da Propriedade Intelectual, pois a partir de então a propriedade intelectual passaria por uma nova institucionalização e renovação das fontes normativas⁵. Nesse liame, é possível constatar que as bases que nortearam a transição GATT para OMC, e conseqüentemente, OMPI para OMC igualmente, implicaram também mudanças nas relações de comércio entre os países signatários do acordo internacional.

Cabe também colocar que essa transição das normas previstas no CUP para as normas TRIPS, e, OMC, conseqüentemente, proporcionaram no desprestígio do órgão internacional especializado, a OMPI, o que na verdade, foi de certa forma celebrado pelos países desenvolvidos do norte, eis que as decisões em âmbito de OMC possuem

⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual: A aplicação do Acordo TRIPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 40

⁵ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 37

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
maior peso frente as decisões emanadas das soluções de conflitos na OMPI, possibilitando também a estas referidas nações a possibilidade de manutenção da influência e protagonismo nas relações internacionais.

Entretanto, outro fator impactante da nova normativa internacional apresenta-se no estabelecimento dos parâmetros mínimos previstos no TRIPS, o que na verdade configuram-se como padrões máximo, haja vista que vinculavam aos países além de um curto período de tempo para a internalização das normas em âmbito interno, acervava algumas sanções em caso de descumprimento.

Tais parâmetros mínimos, além de serem herança dos princípios anteriormente previstos na CUP, não foram considerados suficientes para os proponentes do TRIPS, que ainda sugeriram a inclusão de mais normas suplementares. É notório que tais propostas de suplementação das normas visaram (e continuam visando) a proteção de seus interesses, pois estes interesses configuram-se na adoção de políticas e demais obrigações contraídas pelos Estados que vão além da aplicação do texto previsto no acordo, caracterizando e sedimentando um novo cenário na OMC que surgira no final dos anos 1990, como bem denota Maristela Basso.⁶

O referido cenário que era composto por essas referidas políticas e obrigações era denominado como “TRIPS-plus”, ou seja políticas e mecanismos que estavam indo além do que estava entabulado no acordo. A pesquisadora Maristela Basso nos ensina como melhor pode ser conceituado esse termo:

“TRIPS-plus são as políticas, estratégias, mecanismos e instrumentos que implicam compromissos que vão além daqueles patamares mínimos exigidos pelo Acordo TRIPS, que restringem ou anulam suas flexibilidades ou ainda fixam padrões ou disciplinam questões não abordadas pelo TRIPS (“TRIPS-extra”).”⁷

Nesse passo, cabe também referir que o “TRIPS-plus” e o “TRIPS-extra” como bem coloca a autora supracitada caracterizam-se também pelo fato de envolverem na maioria dos casos países industrializados com países em desenvolvimento, e até mesmo países com desenvolvimento relativo que por meio destes mecanismos e de novos

⁶ BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1ª ed., 2005. p. 24

⁷ BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1ª ed., 2005. p. 25

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
acordos ou mecanismos expandem os direitos da propriedade intelectual beneficiando sempre o país com mais poderio econômico.⁸

Também é preciso destacar que esses mecanismos não configuram-se somente em tratados ou acordos que versem sobre propriedade intelectual, estão também presentes em tratados que versem sobre cooperação, desenvolvimento, assistência, ciência e tecnologia. Junto a essas formas de mascarar o TRIPS-plus, há também a presença nos acordos que tratam sobre de livre comércio e também de investimento, submetendo os países em desenvolvimento a contraírem obrigações que vão além das que a OMC regula no sistema multilateral de comércio internacional.⁹

Assim sendo, cumpre concluir que o Acordo TRIPS seus efeitos no âmbito das relações internacionais do comércio vieram a destacar ainda mais a diferença abismal entre países desenvolvidos do norte frente aos países em desenvolvimento do sul. A confirmação desta diferença e a presença do sistema TRIPS como uma constante ameaça aos países em desenvolvimento se consagram na adoção de medidas tais como o TRIPS-plus que ao invés de garantirem um sistema justo e equânime, proporcionam uma política ainda mais extensiva e intensiva de protecionismo aos países ricos do norte, inviabilizando também não somente o cumprimento das normativas inerentes a propriedade intelectual mas também dificultando que haja condições iguais para os países pobres do sul terem chance de obter um maior desenvolvimento econômico.

2 Biodiversidade: conceito e importância na atual conjuntura.

A importância de uma nova regulamentação sobre a Propriedade Intelectual não pode ser negligenciada ou tão pouco tratada como mero procedimento que dispense qualquer debate e aprofundamento do tema, mas conjuntamente a conjectura em que se deu a formação do TRIPS há outros fatores de igual importância para a construção deste que devem ser analisados. Para tanto, é possível afirmar que a biodiversidade dos países tropicais se tornou em mais um meio de exploração degradante do meio ambiente, assim como tornou-se mais uma alternativa para o crescimento econômico.

⁸ BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1ª ed., 2005. p. 26

⁹ BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1ª ed., 2005. p. 26

No entanto, deve-se destacar e mensurar o que é a biodiversidade, e, qual o seu papel nesse cenário. De acordo com Lévêque, a biodiversidade pode ser definida, ou melhor, percebida como:

[...] um conjunto dinâmico e interativo entre os diferentes níveis da hierarquia biológica. Segundo as teorias atuais da evolução, é graças à existência de uma diversidade genética no seio das espécies que estas últimas podem se adaptar às mudanças do meio ambiente que sempre marcaram a história da Terra. Reciprocamente, a diversidade genética de uma espécie evolui em função do tempo, em resposta a essas mudanças do meio ambiente, bem como em razão das mutações. O mesmo ocorre com as comunidades vegetais e animais, que constituem os ecossistemas e que respondem por meio de mudanças qualitativas e quantitativas às flutuações do meio no qual elas vivem. Esta dinâmica dos sistemas biológicos e das condições ecológicas, às quais eles são confrontados, explica que as espécies evoluam e se diversifiquem e que os ecossistemas hospedam floras e faunas mais ou menos ricas, em virtude de sua história.¹⁰

O referido conjunto dinâmico que tem sua existência pautada na diversidade genética, também pode ser definido como a soma dos diferentes organismos que se situam em uma região ou até a totalidade dos genes, espécies e ecossistemas de uma região, mais os processos ecológicos em que fazem parte.¹¹

A CDB define a diversidade biológica ou a biodiversidade como a variação de organismos vivos de todas as origens, incluindo também os ecossistemas terrestres, marinhos e aquáticos e os complexos ecológicos que estão inclusos e diversidade de espécies e ecossistemas.¹²

Superada a conceituação da biodiversidade, é importante ressaltar que o interesse sobre essa diversidade é motivado pelo interesse econômico com a finalidade alcançar o mercado por meio de matérias primas para a indústria, agricultura, medicamentos e também na valoração do domínio das biotecnologias, ao passo que o seu interesse ecológico perpassa na manutenção dos processos evolutivos das espécies vivas, tendo um papel de relevante importância para a regulação no equilíbrio físico-químico da biosfera¹³, contribuindo para a fertilidade do solo e sua proteção e a

¹⁰ LÉVÊQUE, Christian. **A Biodiversidade**. Tradução: Valdo Memelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 14.

¹¹ LEWINSON, Thomas Michael. A evolução do conceito de biodiversidade. Apud NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **Biopirataria na Amazônia: Uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados**. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 25

¹² BRASIL, Decreto n. 2.519/1998 in Legislação de direito ambiental. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 257.

¹³ O termo biosfera pode ser definido como o sistema integrado de organismos vivos e seus suportes, compreendendo o envelope periférico do planeta Terra com a atmosfera circundante, estendendo-se para

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
proteção dos recursos hídricos. Quando se refere às questões patrimoniais e éticas, o homem possui o dever moral de não eliminar as demais formas de vida, pois deve preservar essa natureza que recebe para as gerações futuras.¹⁴

Analisando o conceito de Boaventura de Sousa Santos, pode-se afirmar que a biodiversidade além de uma importância para a continuidade da vida no planeta, o grande jurista destaca a sua importância afirmando que a biodiversidade é de fato uma rede de conhecimento, um cruzamento de diferentes formas conhecimentos, culturas e estratégias políticas sob o jugo de algumas instituições dos países do Norte, dentre elas o Banco Mundial e algumas ONG's (organizações não governamentais). Boaventura afirma que essas instituições utilizam essa referida forma de conhecimento de forma “subversiva” para a expansão do capitalismo, apropriando-se dos conhecimentos gerados por essa biodiversidade.¹⁵

Portanto, a importância da biodiversidade que na conjectura atual vai além da sua importância como nova fonte de riqueza e expansão de mercado, passa principalmente por seu papel fundamental no equilíbrio natural do planeta terra, o qual deve ser o fator que mereça uma maior atenção das normas jurídicas, sejam essas internacionais ou normas válidas no âmbito interno dos países.

3 A Biodiversidade e os conhecimentos tradicionais: uma nova descoberta ou uma antiga *práxis* do Norte?

Concomitantemente a criação do acordo antes mencionado, deflagrava-se em todo o planeta as benesses dos avanços tecnológicos e do crescimento econômico em escala mundial, os quais muitos se devem da exploração desmedida do homem nos recursos naturais e da grande degradação ambiental já notada pela humanidade. Muito embora a propriedade intelectual possa ser relacionada ao meio ambiente, o acordo que anteriormente fora trabalhado transparece ser alheio a conservação da biodiversidade e ao modo mais ecológico e correto de acesso aos recursos naturais.

cima e para baixo até onde exista qualquer forma de vida conforme Édís Milaré *in* MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

¹⁴LÉVÊQUE, Christian. **A Biodiversidade**. Tradução: Valdo Memelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p.18.

¹⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**/ Boaventura de Sousa santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 61.

No que pese a exploração desses referidos recursos naturais que inegavelmente resultam na degradação ambiental, destaca-se que além da deterioração das florestas serem um fator tão importante para esse resultado antes colocado, a prospecção incessante nos ecossistemas das florestas tropicais para encontrar novas soluções, novas matérias primas que poderiam incrementar o grande mercado de bens e serviços. Essas novas soluções, ou, novas descobertas na biodiversidade resultam principalmente da perspectiva anteriormente referida por Boaventura de Sousa Santos, ou seja, o conhecimento gerado pelas interações das espécies, que são determinantes para a concepção da biodiversidade como uma fonte de ativos econômicos.

Nesse viés, Nascimento afirma que é preciso nos atentar além da conceituação da biodiversidade como uma grande variedade de espécies vivas, mas também ao conceito operacional que irá relacionar a diversidade biológica com a noção de conhecimento tradicional¹⁶. O referido termo pode ser compreendido como um conjunto de informações ou práticas individuais ou coletivas das comunidades indígenas ou comunidade local, com valor ou potencial associados ao patrimônio genético, conforme a Medida Provisória 2.186-16/01.¹⁷

Embora o surgimento de importantes diplomas legais, tais como os mencionados anteriormente, que versem sobre a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais, é possível constatar que a devida proteção legal possui algumas barreiras para aplicação correta destes textos legais. Tais dificuldades para a aplicação das leis que protegem a biodiversidade e o conhecimento tradicional, resultam em uma velha prática do mundo ocidental, a qual data da longínqua época das grandes navegações de Cristóvão Colombo, época a qual as monarquias ibéricas concediam aos desbravadores e colonizadores determinados privilégios, postos, títulos e direitos a cada descoberta de terras estrangeiras no novo mundo, e, que obtinham privilégios, por meio de “cartas patente”, que detinham em seu interior o selo real que adjudicava esses privilégios, prática esta que caracterizou esse período de colonização nos novos territórios.¹⁸

¹⁶ NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **Biopirataria na Amazônia: Uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados**. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 27;

¹⁷ BRASIL, Medida Provisória 2.186-16/2001. In: Legislação de direito ambiental. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 266.

¹⁸ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização In: Boaventura de Sousa Santos (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 320

Ao passo que Vandana Shiva afirma que essa prática de colonialismo não é recente e remonta desde a época da descoberta do novo mundo, e que a nova faceta do colonialismo não visa mais a conquista de territórios e sim a descoberta de novas formas e diversidade de vida e novos conhecimentos, ou seja, a busca por outra fonte de recursos econômicos, novos meios de produção denominando esta prática como o novo projeto “laico” dos países do Norte¹⁹. Esta referida prática pode ser definida basicamente como a exploração dos países desenvolvidos sobre os recursos naturais dos países do Sul, ou seja, a exploração dos sistemas de conhecimentos presentes nos recursos naturais nos solos e florestas configuram em uma nova fase de colonização.

A renovação do antigo colonialismo por meio da exploração dos recursos naturais abundantes na fauna e na flora dos países megadiversos denota uma prática consagrada pelo pensamento marxista consubstanciada na *práxis*, ou seja, a exploração e alteração do ambiente natural seja pela mera demonstração de poder, ou pela necessidade natural²⁰. A *práxis* dos países do norte é a indiferença destes em suas condições transformadoras na natureza da biodiversidade dos países do sul bem como nas condições da transformação social destes últimos, que continuam sob o jugo da política de dominação nesta nova era do colonização dos recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais.

Considerações Finais

O Acordo TRIPS notavelmente não trouxe benesses aos países do sul subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, tendo em vista que uma nova adequação legislativa não contemplaria a realidade destes. Muito pelo contrário, castigaria e muito esses países, eis que a capacidade de investimentos para a inovação de novas tecnologias, em especial no ramo biotecnológico encontravam-se distantes da realidade econômica e financeira destes.

Ainda que o referido acordo tenha em seu bojo normativo expressões como “padrões mínimos” e “proteção de direitos”, esses contemplam sempre aqueles destinatários possuidores dos grandes investimentos no campo da inovação tecnológica,

¹⁹ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização *In*: Boaventura de Sousa Santos (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 321

²⁰ BARBOSA, Waldir. **Marxismo: História política e método**. Disponível no site https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/934138/mod_resource/content/1/elementos%20b%20C3%A1sicos1.pdf. Acessado em 17/06/2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 pois ao mesmo tempo exigem que os países signatários incorporem o acordo sem restrições que diminuam os padrões exigidos pela nova normativa internacional de direito patentário.

Em paralelo ao TRIPS e a sua aplicação, e de forma antecedente, há a Convenção sobre Diversidade Biológica que em nenhum momento teve suas normas em referência ao conhecimento tradicional observadas nos dispositivos do TRIPS, ou seja, a proteção sobre um direito anteriormente consagrado e secularmente reconhecido em um acordo internacional de grande importância demonstra o descaso dos países ricos do norte ao meio ambiente. Deste modo, pode-se facilmente apontar que o acordo que implantou um novo sistema internacional de patentes tem em seu âmago a permissão de condutas predatórias da biodiversidade dos países megadiversos, independentemente de terem esses direitos notavelmente reconhecidos por acordos anteriores e secularmente reconhecidos por toda humanidade.

Referências

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual: A aplicação do Acordo TRIPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Walmir. **Marxismo: História política e método**. Disponível no site https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/934138/mod_resource/content/1/elementos%20b%20C3%A1sicos1.pdf. Acessado em 17/06/2015.

BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1ª ed., 2005.

BRASIL, Medida Provisória 2.186-16/2001. In: **Legislação de direito ambiental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LÉVÊQUE, Christian. **A Biodiversidade**. Tradução: Valdo Memelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **Biopirataria na Amazônia: Uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. São Paulo: Atlas, 2008.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Semear outras soluções**: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais/ Boaventura de Sousa Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização *In*: Boaventura de Sousa Santos (org.). **Semear outras soluções**: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

OS IMIGRANTES HAITIANOS E A BUSCA POR UMA VIDA DIGNA NA TERRA PROMETIDA.

Thiago Roberto Gebert Garcia

Considerações Iniciais

As ondas de deslocamentos de pessoas pelo mundo estão cada vez mais perceptíveis, são indivíduos que se deslocam a procura de novas oportunidades, novas chances, em busca de sonhos. A migração hoje parece ser mais intensa, talvez esta intensidade se deva, principalmente, ao fenômeno denominado globalização, que não é novo, mas que atualmente pode ser melhor analisado e delineado, principalmente pela seu estágio de consolidação.

Sendo a imigração um fenômeno global, por via de consequência ela alcança diversos países, sendo que um deles é o Brasil. Na contemporaneidade o Brasil tem sido o destino escolhido por grandes levas de imigrantes oriundos de diversos locais, mas principalmente de países caribenhos, latinos e africanos.

Ser destino de imigrantes não é novidade para o Brasil, que noutras oportunidades já se viu envolto em várias ondas migratórias de grande relevância. Merece destaque a vinda de imigrantes europeus, principalmente alemães, italianos e portugueses, além de imigrantes asiáticos.

Os imigrantes que atualmente buscam no Brasil uma chance para recomeçar suas vidas, em sua grande maioria, não são provenientes de países europeus ou asiáticos, não possuem a pele clara e a origem em países tidos por evoluídos ou de primeiro mundo, na atualidade grande parte dos imigrantes são originários de países onde a pobreza predomina, humanos de pele escura. A alteração do perfil dos imigrantes é perceptível, mas a indagação que surge é se esta alteração da origem dos imigrantes também resulta em uma alteração na forma de receber os imigrantes pelos brasileiros? Se a receptividade aos novos imigrantes é diferente de outros tempos?

A pesquisa pretende averiguar, de forma breve, como tem sido o tratamento dispensado pelo Brasil, na condição de nação, e pelos brasileiros, na condição de povo receptor, aos imigrantes que estão chegando nos últimos anos, principalmente imigrantes haitianos que chegam ao país após o ano de 2010. Além disso, também pretende averiguar como estão sendo conduzidas questões relativas a efetiva promoção

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
da cidadania e observância aos direitos humanos em favor destes imigrantes, seja por meio de ações e/ou políticas públicas.

1 Os atuais deslocamentos de pessoas com destino ao Brasil

Quando se realiza uma análise mais apurada sobre os motivos ensejadores da atual imigração, percebe-se que, embora algumas exceções, a maioria dos motivos determinantes para o desenvolvimento dos novos fluxos migratórios repetem motivos que já serviram de estímulo para deslocamentos no passado, mas que ainda possuem força suficiente para determinar e impulsionar ondas na atual sociedade globalizada. Quando são analisados os fatos que estimulam os indivíduos a migrar, percebe-se facilmente que as dificuldades enfrentadas na terra natal permanecem impondo uma interminável busca por novas oportunidades além das fronteiras.

Esta realidade é comprovada quando nos deparamos com notícias veiculadas nos mais diversos meios de comunicação, dando conta de uma nova onda migratória, onde milhares de pessoas, oriundas dos mais diversos países, estão chegando ao Brasil em busca de um recomeço. Na maioria das situações o imigrante não almeja o luxo, apenas a oportunidade de viver dignamente.

A pesquisa em busca da noção mais exata desta realidade leva a algumas constatações importantes. Segundo reportagem publicada no *site* oficial do Senado Federal brasileiro, desde o ano 2010 mais de 40.000 (quarenta mil) imigrantes haitianos ingressaram no Brasil, sem contar os imigrantes oriundos de outros diversos países, como Bolívia, Senegal e Gana (VIEIRA, 2014).

Ao realizar uma análise dos principais fatores determinantes da imigração Jürgen Habermas assim refere: “Normalmente, as pessoas não abandonam a terra natal a não ser em meio a grandes dificuldades; para documentar sua necessidade de auxílio via de regra basta o próprio fato de terem fugido” (HABERMAS, 2002, p. 268).

A análise de Habermas é muito clara, pois na maioria das vezes a imigração é motivada por grandes dificuldades, dificilmente ela é impulsionada por um devaneio de simples mudança. Normalmente é fomentada por graves problemas que dificultam, chegando ao ponto de impedir, a permanência do indivíduo em sua terra natal.

As grandes ondas migratórias são compostas, invariavelmente, por pessoas fugindo da pobreza extrema em seus países. Permanecendo na análise de Habermas,

destaca-se outro trecho da obra em que o autor afirma que a grande massa de imigrantes normalmente foge da extrema miséria:

Mas desde a descoberta da América, e tanto mais desde o crescimento explosivo da imigração em todo o mundo, no século XIX, a grande massa de pessoas dispostas a imigrar tem se constituído de trabalhadores imigrantes e de fugitivos da pobreza, que tencionam escapar de uma existência miserável em sua terra natal. Hoje se dá o mesmo (HABERMAS, 2002, p. 268).

Evidentemente não se pode atribuir como causa da migração unicamente a pobreza extrema, pois existem outros fatores, como desastres naturais, perseguições políticas, religiosas ou raciais, que também se tornam fatores determinantes, mas a pobreza é tida como o principal fator. Os imigrantes haitianos são um caso emblemático, e como tal merecem atenção especial. Desde o terremoto que atingiu o Haiti em janeiro de 2010, onde mais de 200.000 (duzentas mil) pessoas morreram, e grande parte do país ficou em ruínas, estima-se que mais de 300.000 (trezentos mil) haitianos tenham deixado o país, em razão da inexistência de perspectivas de um futuro melhor.

Foi impositiva a busca por um recomeço em outras terras, já que a pátria natal foi tomada pela violência e pobreza extrema, que não garantem quaisquer possibilidades de evolução num prazo razoável. Reportagem jornalística publicada no *site* G1.com demonstra como a tragédia assolou o Haiti e seu povo (DOIS ANOS APÓS TERREMOTO, HAITI MAL COMEÇOU SUA RECONSTRUÇÃO, 2012).

Brasil e Haiti são países que atualmente mantêm fortes vínculos, e isso passou a ocorrer principalmente após a missão de paz ordenada pela Organização das Nações Unidas, cujo objetivo era a estabilização do Haiti, missão que vem ocorrendo desde o ano de 2004, sendo que o Brasil é o país responsável pela liderança militar. Além disso, muitos outros fatores são preponderantes para estreitar vínculos entre os países e estimular as ondas migratórias:

O fenômeno foi alimentado devido à aproximação entre os governos brasileiro, caribenhos e africanos, além do interesse de grandes indústrias em trazer mão de obra que aceite serviço pesado. A explosão das migrações ocorreu a partir de 2010, quando um catastrófico terremoto devastou o Haiti e multiplicou o cenário de pobreza (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 13).

Esta relação de proximidade que gerou o aumento das ondas migratórias fez com que o governo brasileiro passasse a adotar um tratamento diferenciado em favor dos

imigrantes haitianos, onde numa inovação passaram a ser concedidos vistos de permanência por tempo determinado, em caráter humanitário. Ante a dificuldade em tratar o ingresso em massa de haitianos em solo brasileiro, a concessão do visto foi uma inovação adotada pelo governo brasileiro para melhor administrar a entrada em massa dos haitianos (OLIVEIRA, 2014).

A rota percorrida pelos haitianos rumo ao Brasil normalmente tem como ponto de chegada o Acre, mais precisamente o município de Brasileia, local onde o país faz divisa com terras bolivianas, e onde ficam instalados aguardando a regularização da documentação de estrangeiro pela Polícia Federal. Também aguardam pelo recebimento de ofertas de emprego e locomoção para outros locais no Brasil, principalmente para as regiões sul e sudeste.

Tendo em vista a chegada diária de haitianos ao Brasil, não é difícil imaginar que muitos destes imigrantes permanecem longo período de tempo aguardando pela regularização da documentação e uma vaga de emprego, vivendo, na maioria das vezes, em condições desumanas nestes abrigos, ficando amontoados, sem lhes ser garantidas sequer às mínimas condições de saúde, higiene e alimentação. Este grave problema social que ocorreu com os haitianos no Brasil, acabou gerando uma discussão na Organização dos Estados Americanos – OEA, fato que foi amplamente noticiado na imprensa, especialmente no *site* da BBC Brasil (MORAES, 2013).

Visando uma resolução, ao menos parcial, destes problemas, o governo brasileiro firmou um acordo com o governo do Acre, sendo que o governo federal, por intermédio do Ministério da Justiça, passou a disponibilizar uma verba que deve ser utilizada para custear despesas com a locação de inúmeros ônibus que são utilizados para transportar os haitianos, além de imigrantes de outras nacionalidades. Os imigrantes foram distribuídos pelo território brasileiro, especialmente nas cidades localizadas no sudeste e sul do país (TELES, 2014).

Pela absurda situação narrada percebe-se que, não por acaso, o governo brasileiro está sendo interpelado na OEA sobre a forma como vem sendo administrada a situação dos haitianos, pois ao mesmo tempo em que o país não consegue controlar ou impedir o ingresso de novos haitianos, também não sabe qual tratamento dispensar aos imigrantes. A simples regularização da documentação do estrangeiro não é suficiente, assim como deixar o imigrante num abrigo a espera de uma proposta de emprego, ou, em último caso, caso a proposta não ocorra, resolver o “problema” simplesmente

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
fretando ônibus para espalhar grupos de haitianos nas diferentes regiões do país, também não é uma solução digna.

Pelo que se constata diariamente pode-se concluir que o governo brasileiro pretende passar o "problema", leia-se haitianos, adiante, pois assim o Acre diminui sua exposição na mídia em razão da aglomeração de haitianos, e a responsabilidade pelos imigrantes acaba sendo dividida entre os governos dos estados receptores, que já manifestaram publicamente o descontentamento com a medida adotada pelo governo federal. O que se percebe é um verdadeiro “jogo de empurra” de responsabilidades, onde os imigrantes ficam sem qualquer perspectiva, mesma situação que já enfrentavam no Haiti.

2 A realidade encontrada pelos imigrantes haitianos na terra prometida

Aos imigrantes que buscam informações sobre o Brasil ainda no Haiti, os agenciadores criam a ilusão de que o Brasil seria a “terra prometida”, local onde os imigrantes facilmente conseguem emprego e condições de viver uma vida digna. Para bem demonstrar a realidade enfrentada pelos haitianos nos primeiros dias no Brasil, será utilizada uma ampla reportagem de autoria de Carlos Rollsing e Mateus Bruxel, veiculada na edição impressa do jornal Zero Hora do dia 07 de junho de 2015, onde o título da reportagem – Inferno na terra prometida – já deixa bem evidenciada a situação dos haitianos.

Em decorrência das tragédias que assolaram o país, os haitianos acabam se tornando vítimas fáceis para a atuação de agenciadores que possuem como único intuito o lucro fácil. Estes “vendedores de ilusões” enganam os haitianos sobre a realidade que seria encontrada no Brasil, uma terra de oportunidades onde todos teriam espaço suficiente para trabalhar e viver dignamente.

Os imigrantes são iludidos, convencidos de que no Brasil as vagas de emprego são diversas, a colocação no mercado de trabalho seria facilitada. Além disso, receberiam em moeda valiosa, o real, muito superior ao gourde, moeda oficial do Haiti. Ainda, para completar as ilusões em série, a saúde, educação e segurança seriam de grande qualidade e gratuitos, sem contar que no caso de necessidade os imigrantes ainda poderiam contar com inúmeros programas sociais brasileiros a disposição dos necessitados, decorrente de uma política assistencialista do governo federal (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 13).

Os haitianos desconhecem a atual situação econômica brasileira, desconhecem que o país vive uma grave crise, com o aumento do desemprego, corte de investimentos e gastos públicos que afetam diretamente setores como saúde, educação e segurança, além dos programas sociais brasileiros, que tiveram reduções significativas nos valores investidos (SARDENBERG, 2015).

Quando os haitianos conseguem finalizar a longa viagem, chegando ao Brasil, no estado do Acre, enquanto aguardam a regularização dos documentos, ou enquanto aguardam por ofertas de empregos ou disponibilização de ônibus que os levem para outros estados do país, principalmente São Paulo, ficam instalados em abrigos em condições desumanas:

Já no abrigo disponibilizado pelo governo do Acre, encontram uma morada em condições desumanas. Superlotação, colchões úmidos e semidestruídos, mau cheiro, esgoto, banheiros inutilizáveis e doenças. Também sofrem com a incapacidade de comunicação e a falta de informação. Até aqui, a terra prometida dos imigrantes é nada mais do que tragédia (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 13).

Nem mesmo a estrutura dos abrigos permite um mínimo de conforto, um mínimo de dignidade. Os abrigos são tão precários que alguns sequer paredes laterais possuem, deixando os estrangeiros expostos às intempéries do tempo, aos insetos e doenças:

A superlotação é um dos principais dramas. Eles são forçados a dormir empoleirados, sobre colchões rasgados, carcomidos, sujos e úmidos. À noite, são atacados por insetos.

Pelo vaivém dos refugiados, o chão fica sujo de barro. Em um dos dormitórios mais lotados, não há paredes laterais, apenas telhado e muretas, deixando os imigrantes expostos a intempéries. Há pelo menos um lugar de pé direito baixo, que, combinado com a superlotação, traz sensação de sufocamento. O cheiro ruim está por todas as partes. E as doenças também.

São inúmeros os relatos de febre, dores na cabeça e no corpo e problemas estomacais. Era o caso de Alter Esmangat, 41 anos, haitiano que, debilitado, se encolhia pelos cantos (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 14).

Com certeza a primeira impressão que os haitianos possuem do Brasil é muito diferente daquela ideia de “terra prometida”, tendo em vista os incontáveis problemas que enfrentam logo na chegada ao Brasil, não é de se duvidar que muitos já tenham se arrependido da viagem, desejando a volta ao Haiti. Entretanto, como os imigrantes sabem que o Brasil é um país continental, esperam ansiosamente pela oportunidade de seguir viagem para outros estados, principalmente São Paulo e estados da região sul do

país, onde esperam encontrar condições melhores do que as até então vivenciadas no Acre.

Enquanto aguardam pela oferta de empregos, ou pelos ônibus que são disponibilizados pelo Ministério da Justiça, em convênio com o governo do Acre, para que possam seguir viagem em direção ao sul e sudeste do Brasil, os haitianos, além das dificuldades já narradas, também passam por outros problemas. A receptividade dos brasileiros, mais precisamente dos acrianos, assim como a estrutura dos abrigos, não é das melhores. Há preconceito e discriminação dos brasileiros contra os haitianos:

A comunidade acriana debate diariamente a questão da imigração, mas é gritante o pouco ou nenhum envolvimento dos cidadãos com a rotina do alojamento. Um dos motivos que ajudam a explicar é a distância da chácara em relação ao centro da cidade, mas há mais fatores.

[...] Secretário estadual dos Direitos Humanos, Nilson Mourão afirma que a vizinhança da chácara está incomodada com a ininterrupta presença dos imigrantes, enquanto na área mais central de Rio Branco “há medo de disseminação de doenças”. Embora não haja violência, a convivência não tem sido pacífica, com sinais de preconceito e xenofobia despertando.

- Esses pretos só vêm para incomodar – disse, furioso, um morador da antes pacata rua do abrigo no dia em que o motorista do ônibus contratado pelo governo para levar imigrantes derrubou parte de sua cerca ao dar ré no veículo (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 15).

O preconceito que a população do Acre demonstra em relação aos imigrantes não é uma exceção se comparado ao que ocorre em outros estados que recebem os haitianos, diariamente os imigrantes são alvos de todo tipo de discriminação e violência física ou moral. Os autores da reportagem acompanharam alguns imigrantes numa viagem de ônibus com destino a cidade de Cuiabá, e neste ônibus haviam imigrantes e brasileiros, sendo que um dos brasileiros fez questão de externar sua opinião sobre os imigrantes que estavam no ônibus e demais que atualmente chegam ao Brasil:

Um dos passageiros que subiram em Cuiabá era contrário à vinda dos haitianos e senegaleses. Para ele, que não cansava de repetir o discurso em conversas em português, o Brasil está à beira de uma guerra civil e “certamente irá surgir um novo Hitler” para massacrar os imigrantes negros (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 21).

Ao se analisar o preconceito e discriminação com que são tratados os imigrantes, não se pode deixar de considerar que a população brasileira, em sua grande maioria, é composta por imigrantes ou descendentes de imigrantes, negros ou pardos. Como pode um povo esquecer suas origens e hoje tratar os imigrantes da mesma forma

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
preconceituosa e discriminatória com que podem ter sido tratados seus antepassados, e muitos ainda permanecem sendo tratados.

Os haitianos, mesmo após ingressarem no país e passar pelas agruras não imaginadas antes da viagem, ainda conseguem manter a esperança de um recomeço, de uma vida melhor. Aguardar por dias, semanas, e às vezes meses nos abrigos, à espera de uma proposta de emprego, ou então de um ônibus que lhes encaminhe para outras partes do Brasil, esta é a rotina dos imigrantes:

Nos períodos em que não há ônibus contratados pelo governo acriano para levar imigrantes ao Sul e ao Sudeste, por meio de convênio com o Ministério da Justiça, o abrigo se torna um inferno ainda mais doloroso. A atual estrutura já chegou a ter mil pessoas, cinco vezes mais do que a capacidade máxima. No início das migrações, quando o acolhimento ainda ocorria na cidade de Brasileia, 2 mil refugiados se acotovelavam no alojamento (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 17).

Deixar o Haiti, pagar elevados valores para agenciadores, percorrer longas distâncias até chegar ao Brasil, depois disso passar longo período nos abrigos em condições desumanas, mesmo assim os imigrantes ainda conseguem manter a esperança de que o Brasil será, de fato, a terra prometida. Os haitianos não buscam construir fortunas, mas uma vida com dignidade, esse é o depoimento de Monvyn Brown, 35 anos, que chegou ao Brasil e rumou para Cuiabá, onde buscará um recomeço na vida: “A coisa certa a fazer é ter um bom emprego para cuidar da sua família. Esse é o motivo de eu ter deixado o Haiti para vir ao Brasil – despediu-se.” (ROLLSING; BRUXEL, 2015, p. 21).

Após toda esta longa e cansativa primeira etapa, em que os haitianos percorrem os caminhos orientados pelos agenciadores, até chegar em solo brasileiro, buscam a regularização da documentação de estrangeiro, passando mais um longo período nos abrigos a espera de emprego ou transporte, enfim conseguem rumar para outras regiões do Brasil, na esperança de que a terra prometida seja verdadeira, e não o inferno até então vivenciado. Nem sempre esta nova etapa no deslocamento dos imigrantes apresenta menos agruras.

3 A busca pela dignidade e recomeço na terra prometida

Os imigrantes deixam o Haiti em busca de um recomeço, e assim que ingressam no território brasileiro, talvez animados pelas falsas promessas, acham que logo

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

encontrarão oportunidades e conseguirão o tão almejado recomeço na vida. Mas a sofrível rotina nos abrigos e a longa e desgastante viagem até outros estados brasileiros são fatores que acabam diminuindo a empolgação.

Sabedores de que São Paulo é o estado brasileiro mais rico e com mais oportunidades, e também cientes de que na região sul existem muitas oportunidades de emprego e melhores condições de vida, a incessante busca pela dignidade parece ganhar novo folego e novos destinos. Deixar o Acre e seus abrigos inóspitos para trás, e conseguir chegar aos estados do sul e sudeste é um novo passo na busca por melhores condições de vida, por um mínimo de dignidade, cidadania e reconhecimento.

Nessa primeira fase em que chegam a um estado em que inicialmente buscam encontrar um emprego para satisfazer suas necessidades básicas, os imigrantes enfrentam um processo de assimilação. Ou seja, ele tem que ser assimilado pela cultura local, para que tenha maior facilidade em conseguir seus objetivos. Esse processo inicial de assimilação é assim analisado por Habermas:

[...] e isso significa, portanto, o assimilar-se a determinada maneira pela qual se institucionaliza a autonomia dos cidadãos na sociedade que acolhe, bem como à maneira como se pratica nessa mesma sociedade o “uso público da razão” (Rawls);

[...] isso significa uma assimilação que tem efeitos sobre o plano da integração ético-cultural e que, com isso, toca a identidade coletiva da cultura de origem dos imigrantes muito mais profundamente do que a socialização política exigida em (a) (HABERMAS, 2002, p. 266).

A necessidade de se inserir nesta nova realidade em busca de um mínimo de reconhecimento impõe aos imigrantes uma assimilação da cultura local. Este convívio entre imigrantes, sua cultura alienígena, os nativos e a cultura local, evidentemente resultará em conflitos, modificações e assimilações em ambos os lados, mas não há como não reconhecer que é a identidade coletiva do imigrante haitiano a mais profundamente modificada, tudo em busca de aceitação na nova sociedade.

Esse processo de assimilação em que o imigrante busca se inserir na sociedade local, busca ter mais condições de conseguir emprego, de conseguir melhores condições de vida, enfim, busca meios de alcançar a dignidade, para muitos é visto como um choque de identidades, choque de culturas. Néstor García Canclini assim analisa esta questão:

A transnacionalização da economia e da cultura tornou pouco verossímil esse modo de legitimar a identidade. A noção mesma de identidade nacional é

erodida pelos fluxos econômicos e comunicacionais, pelos deslocamentos de migrantes, exilados e turistas, bem como pelos intercâmbios financeiros multinacionais e pelos repertórios de imagens e informação distribuídos por todo o planeta por jornais e revistas, redes de televisão e Internet (CANCLINI, 2008, p. 45).

Conforme anteriormente demonstrado, neste processo de convívio intercultural, em que uma cultura minoritária representada pelos haitianos busca se inserir na realidade do país receptor, os conflitos são inevitáveis, mas atualmente, quando os deslocamentos e intercâmbios são cada vez mais intensos, a ideia de cultura ou identidade nacional passa a ser cada vez mais relativizada. Os haitianos enfrentam percalços, sofrem com o preconceito, discriminação, violência e falta de oportunidades, mas estes fatores não são suficientes para que muitos desistam da terra prometida.

Os imigrantes que conseguem emprego normalmente desempenham funções que não possuem mão-de-obra nacional suficiente, ou seja, os imigrantes não estão tirando os empregos dos brasileiros, apenas estão se submetendo a desempenhar funções em carvoarias, frigoríficos, construção civil, postos de combustível, colheitas de maçã e fumo, funções estas que os brasileiros muitas vezes não se submetem a exercer. O presidente do Conselho Nacional de Imigração do Ministério do Trabalho, Paulo Sérgio de Almeida, concedeu entrevista veiculada no *site* da Revista Veja, onde analisa os postos de trabalho ocupados pelos haitianos: “Eles são absorvidos pelos setores da construção civil, frigoríficos, limpeza urbana e linhas de produção industrial em postos que os brasileiros não querem mais ocupar” (ZYLBERKAN, 2014).

A dignidade humana não possui um conceito exato, e para muitos trata-se de um mínimo necessário para sobrevivência. Os imigrantes haitianos buscam um lugar para recomeçar suas vidas, buscam deixar para trás um passado de tragédias, perseguições e miséria, e buscam, por meio do emprego, conseguir melhores condições de vida, para eles próprios e suas famílias.

Considerações Finais

Os imigrantes haitianos se submetem a uma longa e cansativa viagem, deixam o país de nascimento para trás, deixando também familiares e amigos, partindo em busca de um recomeço na terra prometida. Afetados pela miséria intensificada pelo terremoto que devastou o Haiti em 2010, os imigrantes buscam no Brasil um local para recomeçar a vida.

Após os deslocamentos por diversos países chegam, enfim, ao Brasil, ingressando no Acre, onde o inferno que enfrentavam no Haiti parece ter lhes perseguido, pois passam a viver em abrigos em condições que, no mínimo, devem ser caracterizadas como desumanas. O tratamento recebido pelo governo brasileiro limita-se ao fornecimento deste local denominado abrigo, regularização da documentação e fretamento de ônibus para espalhar os imigrantes pelo Brasil, para que, por si só, consigam recomeçar suas vidas. A população brasileira, em inúmeras situações, se mostra preconceituosa e xenofóbica.

Mesmo com todas as dificuldades, os imigrantes conseguem reunir forças para vencer na terra prometida, arrumar emprego e passar a viver uma vida digna. Para isto contam com a ajuda de organizações e entidades, mas, acima de qualquer coisa, contam com a força e o desejo de serem tratados como humanos, e como tal receberem um tratamento digno e igualitário, nada além do mínimo necessário para alcançarem o que entendem por dignidade.

Referências

CANCLINI, Néstor García. **Latino-americanos à procura de um lugar neste século**. São Paulo: Iluminuras, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MORAES, Maurício. **ONG leva caso de imigrantes haitianos no Acre à OEA**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/08/130819_acre_haitianos_conectas_o_ea_mm>. Acesso em: 13 fev. 2015.

OLIVEIRA, Ana Flávia. **Ministério do Trabalho investiga queixa de trabalho escravo envolvendo haitianos**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-04-30/ministerio-do-trabalho-investiga-queixa-de-trabalho-escravo-envolvendo-haitianos.html>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

ROLLSING, Carlos; BRUXEL, Mateus. Inferno na terra prometida. **Zero Hora**. Porto Alegre, 07. jun. 2015.

SARDENBERG, Carlos Alberto. **Crise na economia brasileira não veio apenas pela seca e crise internacional**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/03/crise-na-economia-brasileira-nao-veio- apenas-pela-seca-e- crise-internacional.html>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

Site Globo.com. **Dois anos após terremoto, Haiti mal começou sua reconstrução.**

Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/01/dois-anos-apos-terremoto-o-haiti-mal-comecou-a-reconstrucao.html>>. Acesso em 13 fev. 2015.

TELES, Miriane. **Ministério da Justiça libera recursos para haitianos.** Disponível em: <<http://www.agencia.ac.gov.br/noticias/acre/ministerio-da-justica-libera-recurso-para-haitianos>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

VIEIRA, Sérgio. Começa debate na CRE sobre aumento de imigração. ***Site Senado Federal.*** Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/11/comeca-debate-na-cre-sobre-aumento-de-imigracao/tablet>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

ZYLBERKAN, Mariana. Sem mão de obra, Santa Catarina importa haitianos. Veja, Chapecó, 02 fev. 2014. Disponível em:

<<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/sem-mao-de-obra-santa-catarina-importa-haitianos>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

INSTRUMENTOS LEGAIS E POLÍTICOS DE GERENCIAMENTO DO RISCO DE INUNDAÇÕES EM CIDADES DA AMAZÔNIA BRASILEIRA

Viviane Passos Gomes

Considerações Iniciais

O presente artigo tem o objetivo principal de apontar os instrumentos legais e de política existentes que deveriam ser melhor utilizados no gerenciamento dos riscos das inundações que vem ocorrendo com maior frequência e intensidade em algumas cidades da Amazônia Brasileira. A princípio, serão apresentadas as mais recentes projeções sobre as mudanças climáticas na região, bem como suas prováveis causas e algumas consequências já sentidas na região. Também serão abordados os instrumentos legais e políticos existentes, ressaltando suas dificuldades de implementação principalmente no gerenciamento de risco de inundações em algumas áreas Amazônicas.

Primeiramente cabe ressaltar a importância da Bacia Hidrográfica Amazônica para o Clima, pois é está demonstrado que este oceano de água doce da Amazônia tem interferência direta no clima e na manutenção da hidrologia de outras regiões brasileiras, de países vizinhos, chegando inclusive a influenciar nos padrões climáticos globais. Isso ocorre porque toda esta energia de condensação da floresta amazônica além de ser liberada através da precipitação direta alimentando o volume dos seus rios, também fornece vapor d'água que é transportado por ventos para outras regiões e países da América do Sul.

De modo geral, as projeções sobre mudança climática no Brasil indicam alterações no regime de chuvas, prevendo por um lado, inundações e por outro lado, secas prolongadas. Em relação à Amazônia, MARENGO et al., alertam que “os eventos extremos de chuva intensa mostram um aumento na frequência e na contribuição de dias muito chuvosos no oeste da Amazônia, enquanto que no leste da Amazônia e no Nordeste a tendência é de aumento na frequência de dias secos consecutivos”.¹

¹ Sobre as incertezas científicas destas projeções estes cientistas alertam: “Porém, a falta de informações hidrológicas confiáveis nesta região, não permite validar as tendências simuladas para a presente previsão. Estas relações funcionais entre vegetação e regime hídrico são totalmente desconhecidas no caso de ecossistemas sazonalmente alagados do país, como as extensas áreas do Pantanal ou da planície Amazônica. É necessário, portanto, uma melhoria nestes estudos não apenas no que diz respeito às incertezas, mas também à abordagem dos diferentes estudos”. MARENGO, José A. TOMASELLA,

Os modelos do IPCC estimam com grande confiança que, ainda em meados deste século, o aumento da temperatura associada a redução da disponibilidade de água no solo poderão levar à gradual substituição da floresta tropical por savana em parte da Amazônia². É bem verdade que ainda existem várias incertezas sobre esses efeitos e, conseqüentemente, se faz necessário ampliar os conhecimentos científicos sobre tema, no entanto, essa probabilidade de “savanização” de certas áreas da Amazônia poderia ocorrer tanto em decorrência dos efeitos globais das mudanças climáticas, como também em razão do desflorestamento massivo na própria região, que vem ocorrendo principalmente na parte leste da Amazônia devido a ação de grandes madeireiras e toda atividade agrícola da região, voltada principalmente para cultivo de soja feito por grandes empresas multinacionais voltadas à exportação. Esta região, denominada de arco de desflorestamento também está sendo dramaticamente afetada pelo avanço de pecuária.

Portanto, é mais que evidente que o impacto das mudanças climáticas sobre os recursos hídricos não pode ser tratado isoladamente dos usos atuais do bioma amazônico, mas certamente as mudanças climáticas poderão exacerbar e acentuar todos os problemas já existentes.

Se estima que a Amazônia demorou centenas de milhões de anos para formar o atual ecossistema bastante complexo, que apresenta uma biodiversidade extremamente elevada de plantas e animais. Neste contexto é importante ressaltar que a fauna e flora aquáticas da Amazônia também são fundamentais para o equilíbrio sistêmico do planeta, inclusive porque mais de 20 % da região Amazônica está em área úmida, e são nestas áreas onde são encontrados alguns dos ambientes mais produtivos e de maior diversidade biológica do Planeta.

Aqui cumpre destacar que embora muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, tecnicamente as cheias temporárias que comumente ocorrem no bioma amazônico não devem ser confundidas com o conceito de inundações, que se refere a uma situação anormalidade e mais grave, demandando ações mais efetivas de prevenção e de resiliência.

Javier. NOBRE, Carlos A. Mudanças Climáticas e Recursos Hídricos. In: BICUDO, Carlos E. de M. TUNDISI, José G. SCHEUENSTUHL, Marcos C. Barnsley (Organizadores.). Águas do Brasil: análises estratégicas. Instituto de Botânica, 2010. p.209 – 211.

² MALUF, Renato S. ROSA, Teresa da Silva. (Coordenadores.). Mudanças Climáticas, desigualdades sociais e populações vulneráveis no Brasil: construindo capacidades. Vol. II. Relatório Técnico 5, 2011.p. 85.

Nesta órbita, VAL et al.³ explica que o rio Amazonas possui corpos d'água de todas as formas e origens, que criam um plano topográfico singular com um extensivo conjunto de áreas de transição entre o ambiente aquático e a terra firme, denominado de “aquatic landscape”, formados pelos chamados “igapós e várzeas”. Isso ocorre principalmente devido à sazonalidade da precipitação, fazendo com que hajam pulsos de inundação dos rios, com ciclos de cheia e vazante.

Tanto a fase aquática (durante as cheias) como a fase terrestre (nas águas baixas) possuem ao longo do ano fundamental importância ecológica e social para a região, já que proporcionam serviços ambientais de alto valor para a sociedade e meio ambiente, como estocagem e limpeza de água, recarga do lençol freático, regulação do clima local, manutenção da biodiversidade, regulação dos ciclos biogeoquímicos, estocagem de carbono, e habitat para inúmeras espécies, endêmicas ou não.

Grande parte da população amazônica habita estas regiões alagáveis, já que é onde existe maior disponibilidade de alimentos, não apenas de peixes, mas também por ser uma área bastante fértil para produção agrícola de ciclo rápido e também bastante favorável à criação de animais.⁴ Portanto, os denominados ribeirinhos se adaptaram à esta realidade amazônica, ajustando suas atividades econômicas de pesca, agricultura e extrativismo madeireiro, aos ciclos de flutuação dos rios.

Com efeito, na Amazônia, a água é primordial para o homem porque, além de sua função fisiológica, ela representa o principal meio de transporte, o principal meio de obtenção de energia e de produção de alimento. Daí a importância de se manter o equilíbrio ecossistêmico destas áreas úmidas para a região e para sua comunidade local.

No entanto, o contexto atual é preocupante na medida em que a concretização das projeções de aumento de temperatura e eventos extremos de seca e inundações, assim

³ VAL, Adalberto L. VAL, Vera Maria F. de Almeida. FEARNSSIDE, Philip M. SANTOS, Geraldo M. dos. PIEDADE, Maria Teresa F. JUNK, Wolfgang. NOZAWA, Sergio R. SILVA, Solange T. DANTAS, Fernando Antonio de C. Amazônia: Recursos Hídricos e Sustentabilidade. In: BICUDO, Carlos E. de M. TUNDISI, José G. SCHEUENSTUHL, Marcos C. Barnsley (Orgs.). Águas do Brasil: análises estratégicas. Instituto de Botânica, 2010, p. 97.

⁴ “Estas áreas cobrem 6 % da Amazônia brasileira, isto é, cerca de 300.000 km², e são classificadas, conforme sua fertilidade, em várzeas (4 %) e igapós (2 %). As várzeas são as áreas de maior fertilidade e são habitadas por 90 % da população rural do Amazonas (Junk 2000). Os igapós são, em contraste, pobres em nutrientes inorgânicos, ricos em material orgânico dissolvido e suas águas são extremamente ácidas, com cor clara ou, mais frequentemente, preta (Sioli 1975, Furch 2000). O contraste entre esses dois ambientes se estende também à flora (...). Nas áreas alagáveis, a interação entre o corpo d'água e a biota marginal é decisiva. A produção primária alóctone das florestas marginais tem grande importância para as teias alimentares dos corpos d'água e das planícies marginais. Quando as águas baixam, as áreas inundadas podem ser reduzidas a apenas 20 % da área total da fase aquática, o que tem importantes implicações ecológicas. A supressão de ambientes rompe a conectividade e confina e isola organismos de muitas espécies”. VAL et al., Op. Cit., p. 97-98.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

como a alteração do equilíbrio da floresta e do ciclo hidrológico amazônico, podem gerar também um alto risco em matéria de saúde e qualidade de vida das populações amazônicas, muito superiores aos atuais impactos ambientais, sociais e econômicos resultantes da natural vazante e enchente do rio Amazonas, aos quais a população ribeirinha já está adaptada.

1 Eventos de inundações extremas na Amazônia: prováveis causas e consequências

A realidade nos mostra que tem sido cada vez mais recorrente os eventos de inundações extremas nas cidades amazônicas, muitas vezes gerando alguns desastres⁵ como deslizamento de terras que resultam em mortes. As causas devem ser mais estudadas e combatidas, no entanto, estima-se que os fenômenos das cheias têm ocorrido com maior frequência, duração e intensidade em razão das mudanças climáticas globais, mas também como consequência do desmatamento e a impermeabilização da superfície do solo pela expansão das cidades e da rede rodoviária, o que resulta no aumento da descarga superficial da chuva, dos níveis de erosão, levando a deslizamentos.

Para NOGUEIRA apud SOUZA⁶, de modo geral “os desastres ambientais urbanos brasileiros, em especial as enchentes, podem ser atribuídos às seguintes causas: à grande concentração populacional nos aglomerados urbanos do leste brasileiro; ao crescimento desorganizado das cidades resultante do intenso processo de urbanização das últimas décadas; à inadequação (ou não aptidão) geotécnica das áreas ocupadas para o uso urbano ou da sua posição em relação às linhas de drenagem ou às planícies de inundação, já que muitos brasileiros, excluídos dos sistemas financeiros formais da habitação e do acesso à terra regularizada e urbanizada, acabam ocupando as chamadas áreas de risco, como encostas e locais inundáveis.” SCHLEE também nos lembra que “as intervenções antrópicas, associadas à supressão da cobertura vegetal, aos cortes e aterros, ao despejo de lixo e à alteração das linhas de drenagem natural” também potencializam as inundações e deslizamentos. Aliado a todas estas causas, esta autora também de ser enfatiza que a falta de articulação e de ações consistentes na

⁵ Segundo conceito do Decreto nº 7.257/2010 em seu Art.2º, Inc. II, desastre se conceitua como “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

⁶ SOUZA, Fagner Vilas Boas. Administração Pública x Enchentes: a postura do Procurador do Estado ante os novos instrumentos urbanísticos introduzidos pela lei federal nº 12.608/12. In: Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, nº 80, 2015, p. 4.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 governabilidade de recursos hídricos e na sustentabilidade ambiental, também agravam a situação.⁷

Frise-se que também nas grandes cidades amazônicas (principalmente as capitais como Manaus, Belém, Porto Velho e Rio Branco) a grande expansão demográfica gerou a ocupação desordenada sobre os cursos d'água. Sendo assim, é comum observar nestas cidades grande quantidade de pessoas vivendo em habitações precárias nas margens dos rios e igarapés, onde se somam graves problemas de poluição hídrica, e conseqüentemente problemas de saúde, com a transmissão de doenças de veiculação hídrica. Além disso, dependendo da gravidade da cheia, as águas dos rios podem chegar a invadir as casas das pessoas que vivem nas margens dos rios, fazendo com que muitos tenham que optar por migrar para as cidades com terras-firmes ou optar em construir um novo assoalho sobre o principal (conhecido como maromba), e assim permanecerem em suas residências.

As conseqüências das últimas cheias na Amazônia também estão sendo desastrosas para população ribeirinha que habitam em cidades menores e dependem do cultivo de subsistência, pois a permanência da várzea submersa, além da normalidade, além de trazer uma grande mortandade de gado, também tem um efeito devastador da prática agrícola, já que nas últimas cheias, a forte correnteza do rio tem arrastado toda estrutura do plantio de várzea.⁸

Nessas áreas úmidas sejam urbanas ou rurais, o nível de pobreza costuma ser elevado e a implementação de medidas de adaptação é fundamental para evitar o agravamento das condições sociais tradicionalmente problemáticas.

As inundações aumentam os riscos de contaminação e disseminação de doenças transmitidas por água ou alimentos contaminados, como leptospirose, hepatite A e E, febre tifóide, cólera, doenças diarreicas (por *Escherichia coli*, *Shigella*, *Salmonella*) e

⁷ SCHLEE, Mônica Bahia. Ambiguidades entrelaçadas: a influência da legislação, a transformação e na resiliência da paisagem das encostas brasileiras. In: Anais dos Encontros Nacionais da **Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional – ANPUR**, v. 15, 2013, p. 16.

⁸ Exemplificando as conseqüências dos eventos extremos de cheias e secas em cidades amazônicas, SOUZA e ALMEIDA (Op. Cit., p. 8) relatam: “No município de Parintins (Baixo Amazonas) morreram aproximadamente quarenta mil cabeças de gado. Teve criador que perdeu todo seu rebanho. Quando a várzea ficou emersa a terra ficou em forma de lama e o gado sem forças e sem alimento acabava morrendo preso no lamaçal. O único animal resistente foram os búfalos. A cada dia que passava a situação dos pequenos agricultores da várzea e dos pequenos, médios e grandes criadores se agravava, deixando um grande impacto na economia dos municípios do Estado do Amazonas e em outros municípios da Amazônia. No segundo semestre de 2009 ocorreu uma nova grande vazante, a qual deixou muitos rios do Alto e Médio Solimões sem navegabilidade e como resultado ocorreu uma nova grande mortandade de peixe.”

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

dermatites. Ademais, o acúmulo de lixo conduzido pelas águas também favorece a proliferação de animais e insetos causadores de doenças, como ratos, baratas e mosquitos, além da possibilidade de aumento na ocorrência de acidentes com animais peçonhentos, agressão por cães e gatos, e tétano acidental.

2 Instrumentos Legais de Gerenciamento de Risco de Inundações no Brasil

A mitigação dos impactos destas constantes inundações nas cidades amazônicas, requer uma moderna abordagem institucional envolvendo instrumentos legais e políticos capazes de gerenciar os riscos, e que seja capaz de substituir a atual ação Poder Público voltada meramente ao cumprimento de regras do poder de polícia, sem qualquer planejamento estratégico específico que o grave assunto das inundações na Amazônia atualmente requer.

Além disso, no contexto de mudanças climáticas, o gerenciamento de recursos hídricos ultrapassa as fronteiras políticas e administrativas e demanda uma gestão integrada capaz de unir ações em todas as frentes (locais, regionais, nacionais e internacionais), de maneira que também sejam integradas as políticas setoriais (políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e etc).

Entretanto, no Brasil o gerenciamento hídrico continua sendo feito sem a articulação necessária com outros setores como a energia e agricultura. Da mesma forma, a gestão hídrica local raramente está associada com ações de gestão voltadas para as mudanças climáticas. Um dos principais problemas enfrentados é a falta de avaliação dos impactos, possíveis ações para mitigação e adaptação a esses impactos que deveriam estar associadas com as políticas hídricas estabelecidas no nível de cada bacia hidrográfica.

No Brasil, somente com o grande desastre na região serrana do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2011, é que se deu início a uma série de medidas para buscar superar a fragilidade do país com relação à instituição medidas preventivas e de gerenciamento do risco de desastres. Foi a Lei Federal nº. 12.608/12 que inaugurando um novo período da história da gestão de riscos ambientais no Brasil, trouxe grandes mudanças legais e institucionais e criou uma Política Nacional de Redução de Riscos.

Na verdade, o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, instituído até então pela Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, já estava regulamentado pelo Decreto nº 7.257/2010⁹ que dispõe sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública¹⁰, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre.¹¹

No entanto, a lei de 2012 é mais ampla ao instituir a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispor sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; e autorizar a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres. Ademais, esta lei toca aos aspectos relativos: i) à abrangência ii) às diretrizes, iii) aos fundamentos e, iv) às competências exclusivas e comuns de cada ente federal quanto à proteção e defesa civil.

Esta política abrange, portanto, as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil, e dispõe que a política de redução dos riscos deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável. (Art. 3º e parágrafo único)

Com efeito, esta lei ao estabelecer as competências exclusivas e comuns dos Municípios, Estados e União voltadas para a redução de desastres e apoio às comunidades atingidas, não trata a questão como uma “mera obrigação distribuída ou parcelada entre os entes, mas de verdadeira imputação de um único modus operandi, senão de forma integrada e com o dever de compreender todos os setores do meio urbano em busca de um desenvolvimento longe de riscos”.¹²

⁹ Vale lembrar que este decreto foi alterado pelo Decreto nº 7.505/2011 que dispõe sobre o Cartão de Pagamento de Defesa Civil – CPDC.

¹⁰ Os incisos III e IV deste decreto conceituam respectivamente a Situação de emergência como uma situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; e Estado de calamidade pública como situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido.

¹¹ Segundo SOUZA (Op.Cit., p.3): “Esta lei representa um novo marco de gestão das enchentes no Brasil e demonstra ser uma resposta apropriada aos referidos questionamentos, na medida em que estabelece uma nova plataforma de combate aos desastres naturais que atingem incontáveis espaços urbanos brasileiros e vitimam milhares de pessoas anualmente”.

¹² SOUZA, Op.Cit., p.8.

3 Instrumentos Políticos de Prevenção e de Resiliência

Os instrumentos políticos de gerenciamento de Riscos às Inundações devem estar focados em operacionalizar ações preventivas e de resiliência¹³, que reúnam esforços nacionais e locais, assim como também cooperação internacional. No caso dos países amazônicos essa cooperação deve ser mais efetiva principalmente no que tange ao compartilhamento dos sistemas de informação, conforme será visto a seguir.

A própria lei que estabelece a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC versa em seu Art. 2º, § 2º que a incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco, o que significa que o Poder Público deve interferir na organização de um espaço urbano, protegendo a população das enchentes, pois diante da possibilidade de ocorrência de desastres, mesmo quando não possa dimensionar o tamanho dos seus efeitos, o mero risco de ocorrência de desastre em determinado local obriga a adotar medidas efetivas e concretas para afastar os possíveis danos graves e irreversíveis.¹⁴

Isso decorre da aplicação do princípio da prevenção pois conforme explica SOUZA¹⁵ prevenir é a palavra de ordem, ou seja, devem ser priorizadas as medidas que evitem os riscos a desastres para que ao invés de “contabilizar e tentar reparar os danos, sejam tomadas medidas para evitar sua ocorrência”. É claro que, em muitos casos não será possível eliminar os impactos decorrentes de inundações extremas, mas através de medidas de previsão e alerta ao menos será possível mitigar alguns dos seus efeitos, reduzindo alguns danos para população e para o meio ambiente atingido, seja patrimônio natural ou a infraestrutura urbana.

A prevenção envolve, portanto, tanto os planos de monitoramento dos recursos hídricos para avaliar os riscos climáticos, como as pesquisas mais profundas e

¹³ Segundo SCHLEE (Op.Cit., p.2): “Resiliência é a capacidade de um sistema para absorver e adaptar-se em face às transformações, mudanças de regime e a perturbações, e a capacidade de recuperar-se ou reorganizar-se a fim de manter sua estrutura, função e identidade.”

¹⁴ Com relação ao gerenciamento preventivo das águas diante das incertezas das mudanças climáticas MARENGO et. al. (Op. Cit, p. 211-212) pondera: “É necessário, portanto, uma melhoria nestes estudos não apenas no que diz respeito às incertezas, mas também à abordagem dos diferentes estudos.(...) As incertezas ainda representam obstáculos para o planejamento operacional e o gerenciamento do recurso hídrico, mas, mesmo assim, este fato não pode ser utilizado para evitar ações imediatas de adaptação.(...) O gerenciamento adequado dos recursos hídricos face às mudanças climáticas irá depender do conhecimento de sua disponibilidade e de como essa disponibilidade será afetada por diferentes cenários. Sendo assim, é necessário aprimorar os estudos já existentes, reduzindo a incerteza e aumentando o detalhamento da informação”.

¹⁵ SOUZA, Op.Cit, p.10.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 abrangentes sobre as mudanças climáticas e seus impactos sobre os recursos hídricos. Portanto, em aplicação ao princípio da prevenção, a gestão dos recursos hídricos deve considerar as projeções de mudanças climáticas e suas incertezas, de maneira que conhecimento sobre possíveis cenários climáticos-hidrológicos futuros seja considerado na implementação de políticas públicas e seus marcos regulatórios das águas de determinada localidade.¹⁶

Além das ações de monitoramento e de pesquisas aprofundadas sobre mudanças climáticas, as ações preventivas para gerenciamento do risco de inundações compreendem também: sistemas de alerta de previsão do tempo e preparação para desastres naturais; melhoria ou criação de sistemas de aviso prévio de enchentes e deslizamentos; promoção de desenho (“design”) e de materiais anti-enchentes para edificações, e principalmente precisa-se de uma melhoria na identificação de áreas de risco, assim como evitar novos empreendimentos em áreas de risco e efetivar a realocação de pessoas que ainda habita em áreas de extremo risco.¹⁷

3.1 Ações Políticas Internacionais

Podemos afirmar que as ações preventivas imprescindíveis no gerenciamento de risco as inundações são os sistemas de monitoramento e informações. Para tanto, o desenvolvimento de tais tecnologias deve envolver esforços conjunto dos países com situações peculiares, tais como os países amazônicos os quais vem continuamente sofrendo com eventos extremos de inundações. Além disso, está sacramentado que gestão hídrica deve se estabelecer a nível de bacias hidrográficas, independentemente de suas fronteiras administrativas nacionais e internacionais.

Nesta senda, corroboramos com VAL et. al. que defende que o bioma amazônico não deve ser gerenciado de forma fragmentada¹⁸e, portanto, necessita de ações integradas entre seus países o que demanda um conjunto de entendimentos e intervenções das esferas específicas dos governos dos países amazônicos. A questão

¹⁶ Conforme MARENGO et. al., Op.Cit., p. 201.

¹⁷ MARENGO et. al.,Op.Cit., p. 213.

¹⁸ Sobre o tema estes autores complementam: “Assim, a proteção e a conservação das águas na Amazônia demandam uma visão da bacia hidrográfica em toda sua extensão, bem como da intrínseca relação do ciclo hidrológico das águas, florestas, sócio e biodiversidade no respeito às diferentes visões da água e dos modos de viver e usar. Devem ser consideradas, também, as normas jurídicas dos países da região, bem como as fontes do direito internacional dentre as quais se encontram os tratados internacionais ambientais dos quais os países da região são parte”. VAL et. Al., Op.Cit., p.104.

essencial da cooperação amazônica reside no avanço de entendimentos através de um sistema de informações consolidado, que permitam conhecimento da dinâmica ambiental da região a qual poderia subsidiar acordos de amplo espectro.

Ocorre que apesar de alguns esforços pontuais como por exemplo através do Tratado de Cooperação Amazônica estipulado na década de 70, ainda hoje o maior desafio das negociações de cooperação amazônica, é sem dúvida, tornar a cooperação científica e tecnológica eficaz e atuante no sentido de prover as informações necessárias para governança da região, nela envolvidos os problemas de gerenciamento de riscos de inundações.

Vale também a ressaltar que, em razão da já explicada importância do bioma amazônico para o planeta, também cabe aos demais países do globo engendram esforços para preservação e conservação da biodiversidade amazônica, atentando também para os efeitos das mudanças climáticas na região, que fatalmente terá efeitos não apenas os países amazônicos.¹⁹

3.2 Ações Políticas Nacionais

Além das imprescindíveis ações de prevenção, o sistema de gerenciamento de risco de inundações do país necessita urgentemente estruturar e consolidar ações para adaptação e resposta aos efeitos das cheias extremas cada vez mais constantes também na região amazônica.

Com esta perspectiva o governo federal do Brasil vem atuando para promover algumas ações de adaptação do setor recursos hídricos às mudanças climáticas. A partir da promulgação da lei de Proteção e Defesa Civil em 2012, a Secretaria Nacional Proteção e Defesa Civil fortaleceu seu sistema de prevenção de eventos hidrológicos críticos que passou a contar com instituições e melhores sistemas de monitoramento, alerta e resposta a desastres naturais.

¹⁹ Neste sentido, SILVA et. al. se manifestam: “Se, diante da mudança do clima os países da Amazônia têm uma responsabilidade em preservar suas florestas e águas, os demais países e, notadamente os países desenvolvidos têm o dever de tomar todas as medidas necessárias para cumprirem suas metas de redução de emissões de gases a efeito estufa previstas no Protocolo de Quioto para o período 2008-2012. As negociações em curso para o período pós-Quito devem avançar tomando como base o princípio da precaução e a necessidade da adoção de mecanismos que implementem o princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas e propiciam assim a proteção das florestas e águas, e a diversidade cultural da população amazônica.” SILVA, Solange T. Gestão compartilhada das águas na Amazônia. In: ZAMUDIO, Hernando Bernal. SIERRA, Carlos Hugo. TARANCÓN, Mario Angulo. OLALDE, Miren Onandia (Editores). Amazonia y Agua: desarrollo sostenible en el siglo XXI, Unesco extea, 2009, p.443.

De modo geral, a Secretaria de Proteção e Defesa Civil – SEDEC está executando o Programa 2040 - Gestão de Riscos e Resposta a Desastres, sendo os principais objetivos definidas no Plano Plurianual (2012 - 2015), denominado Plano Mais Brasil, os seguintes: Promover a prevenção de desastres com foco em municípios mais suscetíveis a inundações, enxurradas, deslizamentos e seca, por meio de instrumentos de planejamento urbano e ambiental, monitoramento da ocupação urbana e implantação de intervenções estruturais e emergenciais; Induzir a atuação em rede dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa Civil em apoio às ações de defesa civil, em âmbito nacional e internacional, visando a prevenção de desastres; Promover ações de pronta resposta e reconstrução de forma a restabelecer a ordem pública e a segurança da população em situações de desastre em âmbito nacional e internacional; Expandir o mapeamento de áreas de risco com foco em municípios recorrentemente afetados por inundações, erosões marítimas e fluviais, enxurradas e deslizamentos, para orientar as ações de defesa civil.

Além disso, em 2013, foi elaborado o Atlas de Vulnerabilidades a Inundações, que foi concebido como uma ferramenta de diagnóstico da ocorrência e dos impactos das inundações nos principais rios das bacias hidrográficas brasileiras, e permitem um rápido diagnóstico sobre as inundações no país, identificando os trechos com maior frequência de ocorrências e com maior grau de impactos, representados pelos trechos de maior vulnerabilidade. Isso significa dizer que segundo a metodologia utilizada neste Atlas, o grau de vulnerabilidade será definido como o dano potencial em função da frequência e da magnitude do evento e dos impactos decorrentes.

O Atlas de Vulnerabilidade a Inundações é parte do Plano Nacional de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres Naturais (PNGRD), lançado em agosto de 2012, e é ponto de partida para o planejamento da rede hidrometeorológica automática voltada à prevenção de eventos críticos.

Este Atlas também revela que as cheias são, em quase todo o país, sazonais, iniciando de acordo com o período chuvoso em cada região. Segundo, o resumo executivo deste Atlas, na Região Norte dos 3021 trechos inundáveis 18% são de alta, 58% são de média e 24 % são de baixa vulnerabilidade. Este Atlas também divulga outros dados preocupantes quanto a vulnerabilidade quanto as inundações na Amazônia. Revela, portanto, que na capital acreana, Rio Branco, foram identificados 50 trechos suscetíveis a ocorrências de inundações graduais, dos quais 43 são altamente vulneráveis. No Estado do Amazonas os trechos de alta vulnerabilidade estão altamente

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016

concentrados ao longo do Rio Solimões e Amazonas. Somente na área urbana da cidade de Manaus foram identificados 32 trechos, sendo 15 deles identificados como de alta vulnerabilidade. No Rio Madeira (parte que fica no Estado do Amazonas), foram identificados trechos de média vulnerabilidade em quase toda a extensão do rio. Já na parte do rio madeira que fica no Estado de Rondônia foram identificados, 37 trechos dos quais 20 são de alta vulnerabilidade.²⁰

Também como parte do PNGRD foram implantadas de Salas de Situação nos Estados que buscam identificar ocorrências e subsidiar a tomada de decisão para a adoção antecipada de medidas mitigadoras dos efeitos de secas e inundações, que também existe uma Sala de Situação da ANA a qual funciona, portanto, como o centro de gestão de situações hidrológicas críticas, dos quais participam os órgãos gestores estaduais de recursos hídricos, os institutos de meteorologia e as Defesas Civis estaduais. Segundo a ANA, a implantação dessas Salas permitiu, por exemplo, o acompanhamento e a análise da elevação dos níveis ao longo dos rios (inclusive com previsões para o ano consecutivo), que, combinados com a previsão meteorológica e com o trabalho da Defesa Civil nos municípios atingidos, possibilitam maior articulação entre os órgãos com atuação relacionada à ocorrência de desastres naturais, otimizando as ações de prevenção e mitigação dos impactos. Trata-se de um centro de gestão iniciado em 2011, mas que já foi implementado na maioria dos Estados brasileiros.

Outra recente iniciativa do governo federal muito importante para gerenciamento de risco de enchentes é o Plano Nacional de Segurança Hídrica (PNSH)²¹, cujo foco é reduzir os riscos associados a eventos extremos de secas e cheias, garantindo a segurança hídrica no país através de diretrizes gerais com intervenções estruturantes e estratégicas de recursos hídricos para todo o país. Outra diretriz do Plano é que as obras tenham natureza estruturante e abrangência interestadual ou relevância regional de maneira a contemplar um planejamento específico para as realidades locais com objetivo maior de alcançar resultados duradouros em termos de segurança hídrica. As intervenções também deverão ter sustentabilidade hídrica e operacional, por isso, o PNSH visa também analisar os usos setoriais da água sob a ótica dos conflitos pelo recurso – existentes e potenciais – e dos impactos na utilização da água em termos de

²⁰ ANA. Atlas de Vulnerabilidade a Inundações. ANA: Superintendência dos Usos Múltiplos e Eventos Críticos, 2014.

²¹ A segurança hídrica considera a garantia da oferta de água para o abastecimento humano e para as atividades produtivas em situações de seca, estiagem ou desequilíbrio entre a oferta e a demanda do recurso. Além disso, o conceito abrange as medidas relacionadas ao enfrentamento de cheias e da gestão necessária para a redução dos riscos associados a eventos críticos (secas e cheias),

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
quantidade e qualidade. O Plano prevê também a elaboração de um programa de ações em torno das concretizações das intervenções definidas.

O PNSH encontra-se em processo de montagem pelo Ministério de Integração através de reuniões com os representantes dos segmentos de saneamento básico, irrigação e gestão de recursos hídricos dos Estados Federados. O PNSH faz parte do escopo do Programa de Desenvolvimento do Setor Água – INTERGÁGUAS; coordenado e elaborado por meio de parceria formada pelo Ministério da Integração Nacional, por intermédio da Secretaria de Infraestrutura Hídrica – SIH, e pela Agência Nacional de Águas – ANA através Contrato celebrado em agosto de 2014 (Acordo de Empréstimo N° 8074-BR com o Banco Mundial).

Também a nível nacional já foram realizadas duas Conferências Nacional de Proteção e Defesa Civil, que se traduz num processo de mobilização e consulta com o fim de promover a participação e controle da sociedade civil e a integração das políticas públicas relacionadas à Proteção e à Defesa Civil. Coordenada pela Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, do Ministério da Integração Nacional, a proposta das Conferências Nacional de Proteção e Defesa Civil é definir princípios e diretrizes para a reorganização do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil, criando condições para a implantação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.608/12). Para isso, serão realizadas diversas etapas por todo o país, divididas em: municipais, intermunicipais, estaduais, distrital, livres, virtuais e a etapa nacional. A última etapa nacional contou com a participação de quase 2 mil pessoas dentre agentes de Defesa Civil, representantes da sociedade civil e da comunidade científica e dos conselhos profissionais e de políticas públicas e contabilizou a *participação de 24 Estados brasileiros. Além disso, até junho de 2014, foram realizadas 22 etapas estaduais e 17 livres, além da conferência virtual, realizada em agosto de 2014.*

Dependendo da gravidade do problema, a Presidência da República convoca além do Ministérios da Integração Nacional, também o Ministério da Saúde e as Forças Armadas para prestassem atendimento rápido e socorro imediato às regiões afetadas pelas enchentes em todo o país.

Além das citadas ações nacionais, a citada lei que estabelece a Política de Proteção e Defesa Civil exige que os Estados e Municípios também atuem no sentido convergir regras e diretrizes específicas, atenuando assim a questão da territorialização e permitindo uma articulação das medidas e decisões a serem tomadas para o enfrentamento das enchentes nas suas respectivas áreas de atuação. A realidade

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 brasileira nos mostra que poucas cidades do país contam com um adequado sistema de gestão de riscos, e o que existe é uma incapacidade generalizada do Poder Público principalmente local de lidar adequadamente com a prevenção e respostas as inundações. Portanto, estas ações locais tem o desafio de vencer a comum ausência de planejamento e desenvolvimento urbano e de capacidade de gestão por parte dos seus órgãos responsáveis, já que segundo alerta de SOUZA²²: “ Na verdade, a maior parte das ações públicas atuais está indevidamente voltada para medidas estruturais como a canalização de córregos, obra que apenas transfere as enchentes para outro local, trazendo um prejuízo duplo, já que o problema não é resolvido, mas os recursos são dispendidos. Nem de longe, por exemplo, têm sido considerados os aspectos hidrológicos previstos nos planos diretores de desenvolvimento urbano que, em algumas situações, estabelecem índices de ocupação do solo incompatíveis com a capacidade da macrodrenagem urbana”.

Outra dificuldade a nível local é que de acordo com SCHLEE²³ “transparece da análise dos instrumentos legais municipais analisados diferenças conceituais em relação à gradação de proteção, bem como lacunas, distorções e conflitos na regulação da ocupação e na integração do zoneamento ambiental ao zoneamento urbanístico”.

A tudo isso se soma também a falta de conscientização da própria população atingida, que por falta de informação ou interesse não tem a percepção de que as manifestações aparentes ou efetivas de um certo perigo ou ameaça, existente em dado local num determinado momento, podem provocar consequências danosas.

3.3 Recentes Inundações e Ações Políticas Estaduais e Locais na Amazônia

De maneira mais específica, passaremos a expor como os governos estaduais e locais estão lidando com a situação das mais recentes inundações na região amazônica:

No Amazonas, por exemplo, desde 2008 existe a Lei Estadual nº 3.331 que criou o Sistema Estadual de Defesa Civil-SIEDC. Além disso, com o objetivo de proporcionar um atendimento mais eficaz a população vitimada por eventos climáticos extremos, foi criado também em 2008 o Subcomando de Ações de Defesa Civil - **Subcomadec**, com status de Secretaria de Estado, ao qual compete articular, coordenar e gerenciar as ações de Defesa Civil no Estado do Amazonas e implementar programas

²² SOUZA, Op. Cit., p. 5.

²³ SCHLEE, Op.Cit, p. 9.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 de prevenção, preparação, resposta e reconstrução das áreas atingidas por desastres naturais ou provocados pelo homem. O órgão também tem a missão de promover a mudança cultural da sociedade, com relação à percepção de risco.

No entanto, conforme já destacado anteriormente preocupantes inundações continuam assolando a região, e ainda que não apresentem a mesma intensidade, as inundações na região vêm se repetindo todos os anos, superando o que se apresentava como enchentes normais, já que ultimamente não ocorre a drenagem de toda água como em anos passados, ficando em determinadas partes dos rios e lagos com um acúmulo maior de água.

Em 2012, dos 69 municípios que existem no Estado do Amazonas, em 45 deles foi decretado situação de emergência em razão da maior enchente já registrada no Estado. Os valores repassados pelo governo federal ao Estado do Amazonas neste ano superaram a marca de R\$ 70 milhões. Este recurso foi destinado a execução de ações de socorro, assistência a vítimas e restabelecimento de serviços essenciais à população atingida pelas cheias no estado, e foi importante a compra imediata de cestas básicas, kits de limpeza e higiene pessoal, medicamentos e kits dormitório atingindo gravemente o maior centro urbano da Amazônia, a cidade de Manaus. Em 2009 e mais uma vez em 2012, Manaus superou aos máximos históricos registrados em 1953, que segundo o Serviço Geológico do Brasil, tinha sido até então o ano da pior enchente da capital.²⁴

No ano de 2013, apesar de a cheia verificada ter sido de magnitude inferior à ocorrida em 2012, quando foi atingida a cota máxima do histórico de medições, desde o ano de 1902, o rio Negro esteve acima da cota de emergência a inundações, 28,94 m, durante 48 dias, no período entre os dias 21 de maio e 7 de julho.

Em 2014, Manaus enfrentou a quinta maior cheia da história, e foram segundo dados da Secretaria Estadual de Defesa Civil, 317.154 pessoas foram afetadas, sendo 63.212 famílias em 39 municípios atingidos, sendo que nos municípios de Boca do Acre e Humaitá foi decretado estado de calamidade pública e no restante dos municípios foi decretado situação de emergência. Humaitá, por exemplo, cidade localizada no Sul do

²⁴ O fenômeno da cheia do sistema Negro/Solimões/Amazonas, nas proximidades de Manaus, referente ao ano hidrológico 2011/2012, terminou no dia 29 de maio, com um pico de 29,97 m, apresentou o nível máximo histórico de toda a série, superando em 20 cm a cheia do ano 2009, considerada até então, a cheia máxima do Porto de Manaus. Segundo CPRM, foram 230 dias no processo de enchente, o que equivale a aproximadamente 63,01% do ano civil, tendo causado muitos prejuízos econômicos, sociais e ambientais a população da cidade de Manaus.

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016
Amazonas, enfrentou a maior cheia da história, quando o Madeira alcançou 25,63 metros no dia 11 de abril.²⁵

No mês e ano corrente em que se escreve este artigo, maio de 2015, o Amazonas sofre mais uma vez com efeitos das cheias extremas dos rios Purus, Juruá e Solimões. Como forma de minimizar estes efeitos à população e aos municípios atingidos, a Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (SEDEC), mobilizou a equipe técnica do governo federal para atender com rapidez os pedidos de novos municípios para reconhecimento federal de situação de emergência e definir os quantitativos de ajuda humanitária que serão enviados. Atualmente em Manaus também se encontra em operação a iniciativa estadual chamada de “SOS Enchente” que tem como foco a construção de pontes em áreas afetadas pela cheia dos rios em Manaus, além de levar atendimentos de saúde, educação ambiental, orientação sobre descarte de lixo, além de apoio às famílias que precisam deixar suas casas.

Importa aqui ressaltar a importância do trabalho realizado pelo CPRM²⁶ que emite relatórios de alertas e é responsável pelo monitoramento das cheias na Região. Esta atuação tem se mostrado de grande importância no sentido de dotar as autoridades e a população, de um quadro geral sobre o comportamento das cheias na região, cuja grande extensão territorial determina períodos diferenciados de evolução do fenômeno. Igualmente, o monitoramento da enchente preencheu uma lacuna nas informações existentes entre cada divulgação dos alertas de cheias, minimizando especulações e ações precipitadas por parte das autoridades e garantindo maior uma previsão realista do evento, com tempo suficiente para que fossem tomadas as devidas medidas de precauções e assistência aos ribeirinhos.

Também o Estado de Rondônia sofreu as graves consequências de inundações extremas. Em 2014, este Estado sofreu durante mais de dois meses com a cheia histórica do Rio Madeira, que atingiu com maior gravidade boa parte do território da capital Porto Velho e seus distritos, além de Nova Mamoré e Guajará-Mirim. No final do mês março de 2014, o Rio Madeira chegou a atingir o pico máximo de 19,7 metros, sendo que o recorde anterior havia sido registrado em 1997, quando ficou 17,52 metros acima do nível normal.

²⁵ Dados atualizados em 1º de julho de 2014 Disponível em: <http://www.defesacivil.am.gov.br/pagina/boletins-de-alerta/> Acessado em: 15 de maio de 2015.

²⁶ SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. Relatório da Cheia de Manaus de 2012/ CPRM- Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais: Ministério do Meio Ambiente, 2012.

Como resposta à estas inundações, a Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (SEDEC), do Ministério da Integração Nacional, reconheceu estado de calamidade pública em todo Estado de Rondônia e fez o repasse de recursos financeiros que foram utilizados para ações de socorro, assistência a vítimas e restabelecimento de serviços essenciais. Também no caso de Rondônia, este auxílio foi disponibilizado por meio do Cartão de Pagamento de Defesa Civil como forma de garantir maior transparência ao processo e foi utilizado para compra de cestas básicas, medicamentos, barracas (kits dormitórios), kits de limpeza e de higiene pessoal, além de apoio técnico da Defesa Civil Nacional. O governo federal ainda disponibilizou, por meio da Força Nacional de Segurança Pública e da Marinha do Brasil, navios e helicóptero para socorro e assistência às vítimas.

Este ano de 2015, também está sendo marcado por cheias que ultrapassaram o recorde histórico registrado no Estado do Acre. Segundo Informações do Ministério de Integração Nacional, foi decretado em estado de emergência os municípios de Rio Branco, Assis Brasil, Brasileia, Xapuri, Porto Acre, Santa Rosa, Manoel Urbano, Sena Madureira e Epitaciolândia. Na capital, as cheias já afetaram quase um terço da população e em Brasileia, que teve 95% da área urbana atingidos pelas cheias. O governo estadual acionou atuação conjunta do Corpo de Bombeiros e o Exército para que ajudem na limpeza das moradias e facilitem o retorno das famílias desajoladas.

Considerações Finais

O que deveria ser feito em termos de Planos de Contingência contra as inundações na região amazônica não tem sido suficiente. São noticiadas algumas pontuais reuniões entre representante da Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (SEDEC), especialistas do Sistema de Proteção da Amazônia (SIPAM), Polícia Rodoviária Federal do Acre, Rondônia e Amazonas, Prefeitos das cidades comumente atingidas, representantes do Corpo de Bombeiros Militar do Acre (CBMAC), da Defesa Civil do Estados e da capital, da Secretaria Estadual de Meio Ambiente dos Estados e membros vinculados às empresas do ramo comercial e postos de combustíveis, além de instituições financeiras. Entretanto, as medidas preventivas a serem incluídas no plano são insuficientes, já que estes planos ainda continuam sendo elaborados muito mais voltados para ações de resposta que mesmo para ações preventivas.

De maneira geral, tanto a nível nacional e especialmente na Amazônia a prática de gerenciamento de risco revela que os governos locais não investem em ações prévias sob a argumentação de que não tem recursos financeiros suficientes, e usam a “estratégia” de esperar acontecer o pior, pois através da decretação de estado de emergência ou calamidade pública, os governos locais passam a receber grandes montas de recursos do governo federal para efetuarem socorro às vítimas e atuar na mitigação dos efeitos dos desastres. A verdade é que chega a ser cruel que a população seja obrigada a esperar os trâmites burocráticos de decretação de estado de emergência ou calamidade pública para que então comece a ocorrer as ações conjuntas das equipes do Ministério da Integração Nacional, Ministério das Cidades e das defesas civis nacional, estadual e municipal.

Neste contexto, as ações preventivas deveriam ser prioritárias tanto a nível local como nacional, de maneira que recebam investimentos massivos devem ser utilizados tanto em ações estruturais (como remover a população das áreas de risco, dotar as áreas alagáveis de infra estrutura capaz de conter os riscos, antecipando ao problema da poluição e favelamento das áreas de riscos) e também medidas não estruturais (como os processos de acompanhamento e alerta de cheias, além da elaboração de cartas de enchente).

Outro passo importante neste caminho é promover, em caráter permanente, cursos de formação e palestras, com o objetivo de não apenas informar diretamente a população, mas também criar uma verdadeira cultura de prevenção de enchentes.

É necessário que o poder público e a sociedade unam esforços no sentido de minimizar o sofrimento dessa parcela considerável da população amazônica que vem sofrendo com inundações cada vez mais frequentes e intensas. Portanto, existe um amplo trabalho de prevenção e resiliência a ser realizado nesta região, tendo em conta que proteger e manter as áreas úmidas intactas é muito mais barato de que permitir a sua destruição para depois recuperá-las, e que garantir ações de resiliência nesta áreas requer também reforçar o grau de consciência e compromisso em torno das práticas de desenvolvimento sustentável, como forma de diminuir as vulnerabilidades e propiciar o bem estar e segurança dos cidadãos.

Em suma, os instrumentos de prevenção e de resiliência devem alcançar os todos os níveis de governança (internacionais, nacionais, estaduais e locais) com objetivo último de proteger de vidas e bens. O trabalho realizado na região amazônica necessita ser continuado e sobretudo ampliado, pois somente assim o fabuloso patrimônio natural

Reflexões contemporâneas sobre Direitos Humanos – ISBN 978-85-7223-423-8 - 2016 das áreas úmidas amazônicas, sua fauna e flora, e os múltiplos serviços ambientais poderão ser assegurados e transferidos às gerações futuras. Isso se torna ainda mais relevante frente às mudanças climáticas previstas, pois áreas úmidas perturbadas são mais vulneráveis aos eventos climáticos extremos do que áreas intactas.

Referências

ANA — Agência Nacional de Águas. **Conjunturas dos Recursos Hídricos no Brasil-2014**. ANA, 2014. Disponível em: <http://conjuntura.ana.gov.br/> Acessado em: 22 de maio de 2015.

MALUF, Renato S. ROSA, Teresa da Silva. (Coordenadoras.). **Mudanças Climáticas, desigualdades sociais e populações vulneráveis no Brasil: construindo capacidades**. Vol. II. Relatório Técnico 5, 2011.

MARENGO, José A. TOMASELLA, Javier. NOBRE, Carlos A. . Mudanças Climáticas e Recursos Hídricos. In: BICUDO, Carlos E. de M. TUNDISI, José G. SCHEUENSTUHL, Marcos C. Barnsley (Organizadores.). **Águas do Brasil: análises estratégicas**. Instituto de Botânica, 2010.

MEDEIROS, Marcelo Jorge. **Diagnóstico da Ocorrência de Inundações no Brasil como ferramenta de planejamento: O Atlas de Vulnerabilidade a Inundações**. XIX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, Maceió, 2011.

NOBRE, Antonio Donato. **El Futuro Climático de la Amazonía** - Informe de Evaluación Científica para la São José dos Campos, SP: ARA/CCST-INPE - Articulación Regional Amazónica de Centro de Ciencia del Sistema Terrestre do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, 2014.

PBMC. **Resumen ejecutivo: base científica del cambio climático**. Contribución del Grupo de Trabalho 1 (GT1) al Primeiro Relatório de Avaliação Nacional (RAN1) del Painel Brasileiro de Mudanças Climáticas (PBMC). COPPE. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.

PIEIDADE, Maria Teresa Fernandez. JUNK, Wolfgang J. SCHÖNGART, Jochen. PIEIDADE, Luiz Rubens. WITTMANN, Florian. **Recursos Hídricos e áreas úmidas amazônicas no contexto de um mundo globalizado**. In: FONSECA, Ozorio José de Menezes. CAMARGO, Serguei Aily Franco de.(Organizadoras). Temas Contemporâneos de Direito Ambiental. Editora UEA, 2012.

SECRETARIA ESTADUAL DE DEFESA CIVIL DO AMAZONAS. Disponível em: <http://www.defesacivil.am.gov.br/pagina/boletins-de-alerta/> Acessado em: 15 de maio de 2015.

SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. **Relatório da Cheia de Manaus de 2012/ CPRM- Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais: Ministério do Meio Ambiente**, 2012.

SCHLEE, Mônica Bahia. Ambiguidades entrelaçadas: a influência da legislação a transformação e na resiliência da paisagem das encostas brasileiras. In: Anais dos Encontros Nacionais da **Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional – ANPUR**, v. 15, 2013. |

SILVA, Solange T. Gestão compartilhada das águas na Amazônia. In: ZAMUDIO, Hernando Bernal. SIERRA, Carlos Hugo. TARANCÓN, Mario Angulo. OLALDE, Miren Onandia (Editores). **Amazonia y Agua: desarrollo sostenible en el siglo XXI**, Unesco extea, 2009.

SOUZA, Fagner Vilas Boas. Administração Pública x Enchentes: a postura do Procurador do Estado ante os novos instrumentos urbanísticos introduzidos pela lei federal nº 12.608/12. In: **Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU**, nº 80, 2015.

SOUZA, José Camilo Ramos. ALMEIDA, Regina Araujo de. **Vazante e enchente na Amazônia Brasileira**: Impactos ambientais, sociais e econômicos. In: VI Seminário Latino-Americano de Geografia Física II Seminário Ibero-Americano de Geografia Física - Universidade de Coimbra, 2010.

VAL, Adalberto L. VAL, Vera Maria F. de Almeida. FEARNSIDE, Philip M. SANTOS, Geraldo M. dos. PIEDADE, Maria Teresa F. JUNK, Wolfgang. NOZAWA, Sergio R. SILVA, Solange T. DANTAS, Fernando Antonio de C. Amazônia: Recursos Hídricos e Sustentabilidade. In: BICUDO, Carlos E. de M. TUNDISI, José G. SCHEUENSTUHL, Marcos C. Barnsley (Orgs.). **Águas do Brasil**: análises estratégicas. Instituto de Botânica, 2010.

Instituições Parceiras

