JANETE ROSA MARTINS
THAMI COVATTI PIAIA

ORGANIZADORAS



DIÁLOGO E ENTENDIMENTO

DIREITO E MULTICULTURALISMO & POLÍTICAS DE CIDADANIA E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

TOMO 11

DIÁLOGO E ENTENDIMENTO

DIREITO E MULTICULTURALISMO & POLÍTICAS DE CIDADANIA E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

TOMO 11

© **2022**, by URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus Santo Ângelo, RS.

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

Catalogação na Fonte

D536 Diálogo e entendimento [recurso eletrônico] : direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos: tomo 11 / organizadores: Janete Rosa Martins, Thami Covatti Piaia. – Santo Ângelo : EdiURI, 2022.
370 p.

Vários autores

ISBN 978-65-87121-22-2

1. Direito. 2. Cidadania. 3. Multiculturalismo. 4. Resolução de conflitos. I. Martins, Janete Rosa (org.) II. Piaia, Thami Covatti (org.)

CDU: 34

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

Organizadores
Janete Rosa Martins
Thami Covatti Piaia

Editoria e formatação
Alana Taíse Castro Sartori

Revisão
Alana Taíse Castro Sartori

Capa
Alana Taíse Castro Sartori

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

– 2022–

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
Arnaldo Nogaro
Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Neusa Maria John Scheid
Pró-Reitor de Ensino
Edite Maria Sudbrack
Pró-Reitor de Administração
Nestor Henrique de Cesaro
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
Jacson Roberto Cervi

Conselho Editorial
Dra. Graciela Beatriz Rodríguez (Universdad 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

DIREITO E MULTICULTURALISMO.....15

1 A DIVERSIDADE DOS AFETOS NO DIREITO DE FAMÍLIA 17
Gabriel Dil
Júlia Francieli Neves de Oliveira
Leonel Severo Rocha

2 DIREITO, MEMÓRIA E ESQUECIMENTO: ASPECTOS SOCIAIS E CULTURAIS 43
Juliani Borchardt da Silva
Noli Bernardo Hahn

3 POVOS INDÍGENAS, SAÚDE E COVID-19: A CONSOLIDAÇÃO DE UMA NECROPOLÍTICA NO BRASIL 59
Osmar Veronese
Jaqueline Reginaldo de Almeida

4 MOVIMENTOS FEMINISTAS, RECONHECIMENTO, REDISTRIBUIÇÃO E PARIDADE DE PARTICIPAÇÃO NAS SOCIEDADES MULTICULTURAIS: UMA LEITURA A PARTIR DO DEBATE ENTRE AXEL HONNETH E NANCY FRASER.....99
Rosângela Angelin
Ellara Valentini Wittckind

5 BIOTECNOLOGIA HUMANA NO RETRATO DE DORIAN GRAY: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO E OSCAR WILDE NO CONTEXTO DA CIDADANIA 123
Taciana Marconatto Damo Cervi

***POLÍTICAS DE CIDADANIA E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS* 143**

6 ARISTÓTELES, ANTÍGONA E SOCIOLOGIA SISTÊMICA: DIREITO NATURAL E AUTORREFERENCIALIDADE 145
Adalberto Narciso Hommerding

7 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A CATEGORIA JURÍDICA DA FRATERNIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA ... 177
Camila Seffrin da Silva Lech
Gilmar Antônio Bedin

8 O RECONHECIMENTO DA MEDIAÇÃO E SUA (DES)INSTITUCIONALIZAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA 207
Charlise Paula Colet Gimenez

9 OS CONFLITOS INTERNACIONAIS E A CRIAÇÃO DA LIGA DAS NAÇÕES: UM ESTUDO SOBRE A PRIMEIRA TENTATIVA MUNDIAL DE LIMITAR O FENÔMENO DA GUERRA 245
Gilmar Antonio Bedin
Aline Michele Pedron Leves

10 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM MEIO ADEQUADO PARA TRATAMENTO DOS CONFLITOS NA ESFERA CRIMINAL 273
Jaime Roberto Amaral dos Santos
José Alcebiades de Oliveira Junior

11 ROMPIMENTOS ESTRUTURAIS EM TEMPOS DE PÓS-MODERNIDADE: CONSEQUÊNCIAS DAS TRANSIÇÕES SOCIAIS 12 PARA O ACOLHIMENTO DOS REFUGIADOS NA CONTEMPORANEIDADE.....293
Janete Rosa Martins
Elisa Cardoso Ferretti

13 DESAFIOS DA REGULAÇÃO JURÍDICA DO REFÚGIO AMBIENTAL: A CIDADANIA TRANSLOCAL COMO POSSIBILIDADE.....321
João Martins Bertaso
Franciele Seger

14 DA ASFIXIA À INSURREIÇÃO: A COMUNICAÇÃO HUMANA E A DESINFORMAÇÃO NA INTERNET 349
Thami Covatti Piaia
Gabriel Henrique Hartmann
Stéfani Reimann Patz

APRESENTAÇÃO

Charles Dickens em "Um conto de duas cidades", lançado em 1859, disse que "aquele foi o melhor dos tempos, foi o pior dos tempos; aquela foi a idade da sabedoria, foi a idade da insensatez, foi a época da crença, foi a época da descrença, foi a estação da luz, a estação das trevas, a primavera da esperança, o inverno do desespero; tínhamos tudo diante de nós, tínhamos nada diante de nós, íamos todos direto para o paraíso, íamos todos direto no sentido contrário (…)".

A célebre frase acima, datada do século XIX, não poderia ser mais atual e instigante para dar início à apresentação da décima primeira edição do livro Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos. A obra reúne algumas das principais pesquisas dos docentes e discentes do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS do ano de 2022.

Para tanto, inicia-se a apresentação do livro com o texto dos autores Gabriel Dil, Júlia Francieli Neves de Oliveira e Leonel Severo Rocha. Na pesquisa sobre A diversidade dos afetos no direito de família, os autores ressaltam que "a diferença fundamental em relação à teoria do direito e a sociologia jurídica

em relação à dogmática tradicional a respeito do tema das famílias é a noção de sistema. Este marco teórico permite uma observação original sobre o material existente (textos, decisões, jurisprudências etc.) que aponta a afetividade como uma condição de sentido necessária para a compreensão dos novos direitos que são postulados no século XXI".

Na sequência, Juliani Borchardt da Silva e Noli Bernardo Hahn, escrevem sobre Direito, memória e esquecimento: aspectos sociais e culturais, indicando que "cultura e direito fazem parte de um arcabouço de dinâmicas sociais diuturnamente produzidas pelos sujeitos por intermédio de suas vivências. São, assim, diretamente influenciados e constantemente constituídos por ações, práticas, discursos e demais elementos que estrategicamente são colocados como determinantes e fundamentais aos indivíduos e suas relações em sociedade".

Em seguida, Osmar Veronese e Jaqueline Reginaldo de Almeida, em um trabalho sobre Povos indígenas, saúde e covid-19: a consolidação de uma necropolítica no Brasil, alertam para o fato de que "desde o início da pandemia da Covid-19, em 2020, o mundo vive desafiadoras crises sanitárias e humanitárias, envoltas em medos, incertezas e sofrimentos. Porém mesmo com uma crise mundial na saúde, considerar que a pandemia igualou todos os seres humanos é cruel, levando em conta as imensas desigualdades sociais, pois é sabido que muitas pessoas sequer têm acesso a condições mínimas de dignidade – como alimento, saneamento básico e acesso à saúde –, desigualdades essas potencializadas pelo contexto vivido".

Logo após, no texto sobre Movimentos feministas, reconhecimento, redistribuição e paridade de participação nas sociedades multiculturais: uma leitura a partir do debate entre Axel Honneth e Nancy Fraser, Rosângela Angelin e Ellara Valentini Wittckind, destacam que "historicamente, as mulheres passaram a ser e ainda são menosprezadas e subalternizadas nas relações intersubjetivas e sociais, sob o argumento de que lhes cabe a vida privada, no âmbito do matrimônio, dos cuidados com o lar, da maternidade, da educação dos filhos e dos trabalhos

culturalmente menos valorizados, tanto em estima quanto em remuneração".

Continuando, Taciana Marconatto Damo Cervi, no texto sobre Biotecnologia humana no retrato de Dorian Gray: um diálogo entre direito e Oscar Wilde no contexto da cidadania, afirma que "os avanços científicos em edição genética têm sido promovidos paulatinamente desde 1970, com a viabilidade de recombinar os genes com o intuito de criar espécies geneticamente modificadas, refletindo sobre as inovações em biotecnologia humana a partir da viabilidade de edição do código genético humano em embriões oriundos de reprodução humana medicamente assistida".

Em seguida, Adalberto Narciso Hommerding, escreve sobre Aristóteles, antígona e sociologia sistêmica: direito natural e autorreferencialidade, destacando que "o valor do direito positivo está na decisão. Isso faz com que o direito positivo tenha uma vantagem sobre o direito natural: o cidadão está seguro da certeza quanto às expectativas normativas, embora estas possam não se realizar. Na visão do direito como sistema autopoiético, o injusto legal é direito e, portanto, o direito continua a comunicar suas possibilidades. O direito natural, assim, existe. O problema do direito natural, porém, é a incerteza quanto à própria expectativa".

Depois, Camila Seffrin da Silva Lech e Gilmar Antônio Bedin, discorrem sobre O direito ao desenvolvimento e a categoria jurídica da fraternidade: uma análise a partir da realidade brasileira, enfatizando que "a luta pela consolidação do direito ao desenvolvimento possui uma longa caminhada histórica. De fato, é fruto de uma incessante busca por melhores condições de vida e pela qualificação da existência humana. Neste sentido, destaca-se que foi a partir da década de 1980 que o direito ao desenvolvimento adquiriu uma maior relevância no âmbito da sociedade internacional. O mesmo aconteceu no Brasil".

Dando continuidade, Charlise Paula Colet Gimenez, escreve sobre O reconhecimento da mediação e sua

(des)institucionalização como política pública, afirmando que "o Estado não pode ser compreendido como um modelo de organização política ultrapassada, mesmo confrontando novos dados que modificam o contexto de suas ações, sofrendo, notadamente, a pressão exercida pela globalização, pois ele ainda se mostra como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local onde são formadas as identidades coletivas, permanecendo, igualmente, como o elo essencial em torno do qual se organiza a vida internacional".

Na sequência, Gilmar Antonio Bedin e Aline Michele Pedron Leves, discorrem sobre Os conflitos internacionais e a criação da liga das nações: um estudo sobre a primeira tentativa mundial de limitar o fenômeno da guerra, destacando que "a sociedade internacional moderna, nascida com a assinatura dos Tratados da Paz de Westfália, em 1648, adquiriu contornos mais nítidos a partir da segunda metade do século XIX, podendo-se afirmar que foi a partir desse momento histórico que as noções relativas à autonomia e à soberania absoluta dos Estados se consolidaram e alcançaram, no âmbito das relações exteriores, sua forma mais ilimitada, equivalente à liberdade anárquica e conflituosa do estado de natureza".

Logo após, Jaime Roberto Amaral dos Santos e José Alcebíades de Oliveira Junior, discorrem sobre Justiça restaurativa: um meio adequado para tratamento dos conflitos na esfera criminal, enfatizando que "a atual justiça criminal, vista como uma forma de recompensar, por meio da penalização, quem tenha sido prejudicado por algum crime e também como meio de punição ao infrator da lei, reconhecida como justiça retributiva, apresenta-se ineficiente na forma de realização da justiça, uma vez que não consegue alcançar os objetivos propostos, como a recuperação do ofensor e a diminuição da violência e da criminalidade".

Em seguida, no texto sobre Rompimentos estruturais em tempos de pós-modernidade: consequências das transições sociais para o acolhimento dos refugiados na contemporaneidade, Janete Rosa Martins e Elisa Cardoso Ferretti, destacam que "a

conformação da sociedade contemporânea é permeada por um conjunto de elementos característicos, dentre os quais podem ser destacados a incerteza e a mutabilidade de suas estruturas, o intenso questionamento de matrizes tradicionais, a ruptura de grandes relatos, a desumanização e fragmentação do corpo social, o aprofundamento de desigualdades sociais, além da constância de fenômenos paradoxais".

Na sequência, João Martins Bertaso e Franciele Seger, analisam a questão dos desafios da regulação jurídica do refúgio ambiental: a cidadania translocal como possibilidade "de acolhimento, aceitação e reconhecimento de grupos excluídos, como os refugiados ambientais, pessoas forçadas ao deslocamento devido à ocorrência de desastres naturais. Nesse sentido, objetivam descrever, por meio do método dedutivo, da técnica de pesquisa bibliográfica e do procedimento histórico, os desafios enfrentados pelos refugiados ambientais, já que lhes é negado reconhecimento e proteção jurídica internacional".

Por derradeiro, Thami Covatti Piaia, Gabriel Henrique Hartmann e Stéfani Reimann Patz, discorrem sobre o tema Da asfixia à insurreição: a comunicação humana e a desinformação na internet, afirmando que "conteúdos intolerantes e agressivos, de uma forma ou outra, sempre estiveram presentes na opinião pública. No entanto, essas opiniões agora são publicadas e em abundância. A internet, projetada para ser uma nova ágora da comunicação humana, com debates e acolhimentos, tornou-se uma espécie de Oráculo de Delfos, em que, manipulados por gases alucinógenos, as pessoas recebem informações e as aceitam, na maioria das vezes, sem questioná-las, o que pode ser identificado como *conformismo lógico*, ou seja, favorece a preguiça intelectual e as diversas formas de inquisição, engendradas em todos os tempos por esse instituto de preservação que faz preferir o aprisionamento dogmático ao vasto espaço dos pensamentos amplos".

Finalizamos assim a apresentação da obra Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos, sem saber com exatidão se

estamos vivendo o melhor dos tempos ou o pior dos tempos; a idade da sabedoria ou a idade da insensatez, no entanto, estamos vivendo, com fé e perseverança, resistindo, lutando e acreditando em um mundo mais justo e fraterno.

Desejamos a todos e a todas uma excelente e proveitosa leitura.

Santo Ângelo, 02 de novembro de 2022.

Janete Rosa Martins
Thami Covatti Piaia
Organizadoras

DIREITO E MULTICULTURALISMO

A DIVERSIDADE DOS AFETOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Gabriel Dil[1]
Júlia Francieli Neves de Oliveira[2]
Leonel Severo Rocha[3]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A diferença fundamental em relação à teoria do direito e a sociologia jurídica em relação à dogmática tradicional a respeito do tema das famílias é a noção de sistema. Este marco teórico

[1] Doutorando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com bolsa de Pós-Graduação *stricto sensu* PROEX-CAPES. Mestre em Direito na Área Novos Paradigmas do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), com bolsa CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa "Teoria do Direito" CNPQ. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9982805097730285. E-mail: gabrieldil@icloud.com.
[2] Doutora no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UNISINOS, bolsista taxa PROEX (2016/2019). Realizou doutorado Sanduíche no Exterior na École de Droit de la Sorbonne Université Paris 1 - Panthéon- Sorbonne (2018). Pós-Doutora em Direito da Universidade de Passo Fundo UPF (2019). Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. E-mail: julianeves15@hotmail.com.
[3] Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris. Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Universita degli Studi di Lecce. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito. Pós-Doutor em Sociologia do Direito (Universitá degli Studi di Lecce/Itália), Doutor em Direito (Ecole des Hautes Etudes em Sciences Sociales Paris/França). Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, bem como Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai. Bolsista Produtividade do CNPq. Porto Alegre, RS. Brasil. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3283434447576859. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6971-1412. E-mail: leonel.rocha@icloud.com.

permite uma observação original sobre o material existente (textos, decisões, jurisprudências, etc.) que aponta a afetividade como uma condição de sentido necessária para a compreensão dos novos direitos que são postulados no séc. XXI.

A concepção de sistema avança além da dogmática do direito de família, incluindo como linguagem, que ultrapassa a dicotomia kelseniana entre ser e dever ser, a pluralidade gerada pelos fatos sociais. Nesse sentido a autonomia do Direito não se resume a unidade normativa do dever ser, tendo em vista que a essência e a legitimidade do sistema jurídico não se encontram mais na figura do Estado e das normas produzidas por este (KELSEN, 1999, p. 35), mas na Democracia (FERRAJOLI, 2000, p. 120) a qual tem no Amor a expressão ideal do Direito (WARAT, 2001, p. 55).

O direito positivo moderno teve como uma aquisição evolutiva extremamente importante à concepção de matrimônio, conforme Francisco Suarez (ROCHA, 2016, p. 120) e desenvolvida de maneira clássica por Hegel (HEGEL, 1997), que entende como fundamentais para a construção do sistema do Direito, ao lado do conceito de propriedade e contrato, o casamento. Portanto, a afetividade não constituiu um tema necessário para a racionalidade do sistema jurídico hegeliano. Deste modo, com o ritmo frenético, de mudança comportamental da atualidade, vislumbra-se a insuficiência deste modelo de direito para assimilar os direitos, que surgem das novas formas de relacionamentos.

O objetivo deste artigo consiste em analisar a pluralidade de entidades familiares e seus desdobramentos na gênese da afetividade humana. Essa gênese impõe a aceitação da diferença e a inserção social e jurídica visando ao respeito ao ser humano em seu sentimento, o amor, que alcançou o status de direito fundamental na entidade familiar, passando a se apresentar de diversas formas, no cenário social contemporâneo para o direito de família.

Realiza-se uma exposição da importância da afetividade do direito civil no âmbito das relações familiares no intuito de investigar a sua possibilidade de mensurar quanto aos relacionamentos afetivos não tradicionais, quais sejam, aqueles que não se formam a partir das regras solenes do matrimônio descrito na lei civil, que são os relacionamentos poliamorosos.

Desta forma, inicia-se com uma abordagem acerca da mediação sensível e o amor em Luis Alberto Warat, no intento de demonstrar que, a mediação waratiana tem o afeto como um dos seus pilares. E, no contexto aqui proposto, considerando que a temática abordada circunda sobre os valores humanos e a afetividade, há que se fazer, ainda que brevemente, um registro da grande contribuição deixada por Warat em suas obras.

Sendo assim, a pesquisa inclui a apreciação sistêmica de questões relacionadas às transformações da família, que respaldam o direito ao longo do tempo, com foco na análise desta temática, elaboramos, sob as perspectivas da transformação da Intimidade, uma pesquisa que trata das questões "íntimas" e cotidianas, como a sexualidade, o amor e a amizade, sem perder o horizonte ético, político e institucional da estruturação da ordem social, suscitando a reflexão acerca do que ocorre no limite entre a autonomia privada e a ordem pública, para a configuração de uma sociedade plural e democrática.

A MEDIAÇÃO SENSÍVEL E O AMOR

Na obra "A Rua Grita Dionísio", de Luis Alberto Warat (2010, p. 63), observa-se que há uma distinção entre duas formas de fazer filosofia do Direito. A primeira delas, trata-se de uma concepção normativista – predominante –, enquanto que a segunda – e com "muito menos ibope" –, se atem à "busca da desconstrução das ideias e conceitos que foram acumulados numa cultura dominante, até se transformarem em estereótipos, lugares comuns, que aprisionam os juristas em uma forma de pensar e fazer o direito" muito distante da "possibilidade de sentir os homens e seus vínculos" (WARAT, 2010, p. 63).

A ausência de sensibilidade por parte dos operadores do Direito – presente na filosofia do Direito predominante – é desenvolvida como "corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo" (WARAT, 2010, p. 63). A proposta que Warat (2004) nos traz é de um reencontro com nossa interioridade, com os sentimentos que nos constituem e nos fazem ser verdadeiramente quem somos. E nossa integridade será imprescindível quando do encontro com o outro no momento em que estamos diante da situação conflituosa.

Assim, a mediação é, em uma aproximação inicial, a realização dos nossos sentimentos com o outro. Fazer mediação nada mais é que viver, viver em harmonia com a própria interioridade e com os outros, viver em harmonia com a própria reserva selvagem. (WARAT, 2004).

A ideia da mediação sensível é a de que haja a transformação dos que compõem o conflito, que eles possam aprender que a realidade é algo simples, ou seja, o que se busca é a simplicidade. (WARAT, 2004).

Essa modalidade de mediação trabalha no sentido de manter apenas os sentimentos que proporcionem um acréscimo positivo ao conflito (WARAT, 2004). Warat (2004, p. 33) diz que o *Programa de mediação e sensibilidade* "[...] não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional; ele é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente, vivendo-a.".

Assim, conforme Warat (2004, p. 33):

> A mediação com sensibilidade introduz o amor como condição de vida, como uma forma de sentir e encontrar sentido para a vida. Isto é, o amor como dom supremo do sentido da existência. Por intermédio da mediação com sensibilidade se tentaria reintroduzir no conflito o amor.

O amor é "[...] situação improvável, que permite ao homem o rompimento com a ferida narcísica e a abertura para uma condição de vulnerabilidade. Embora rara, a relação amorosa é a forma mais profunda de existência."(ROCHA; GUBERT,

2017, p. 111). E a possibilidade de recuperação dos sentimentos, de inserção do amor no conflito, depende que este seja desenvolvido. O que não ocorre no modelo estatal litigioso que retira o potencial do conflito a ele respondendo com um processo. (ROSA, 2004).

Na concepção de Warat (2010) quando o conflito é transformado em litígio, exigindo um processo para tanto, se percorre um único caminho que acaba por deixar traumas nas partes. Nesse sentido, Warat (2010, p. 58) diz que:

> Particularmente me preocupo mais com os traumas processuais do que com os mecanismos com que conseguimos falsificar as fundamentações. Prefiro o Direito muito mais imperfeito e muito mais sensível.

Diferentemente de algumas correntes de mediação que buscam um acordo, a mediação que Warat (2004) propõe, considerando a postura pessoal, aproxima-se da corrente transformadora, que vê no conflito a oportunidade de melhorar a vida dos envolvidos. Porém, Warat prefere chamar de *mediação alternativa* ou *terapia do reencontro*, haja vista que para ele a mediação se refere à "[...] produção psicoterapêutica da diferença com o outro. ". (WARAT, 2004, p.63).

As relações de afeto, principalmente o amor, são os pilares da mediação Waratiana. Que não se trata em sua essência de uma teoria jurídica, ao contrário, sua análise vai de encontro às mediações institucionalizadas e propostas pela justiça. (ROCHA; GUBERT, 2017).

Ser amado por alguém é ser reconhecido pelo outro, e quando há o reconhecimento, tanto a nossa vida quanto o nosso relacionamento com o mundo melhoram. Mas, há dificuldades em relação ao amor, quando não há amor por si mesmo e quando não se sabe (WARAT, 2004) "[...] dar e receber amor, sentindo-se, permanentemente, em risco de ser abandonado por não entender que o outro pode cuidar de algo, que nós mesmos não cuidamos. ". (WARAT, 2004, p. 41). Quando você não se julga

merecedor de amor estará fadado a relacionamentos que gerem dependência do outro. Ainda, quando receber amor é algo difícil, doá-lo também o será. (WARAT, 2004).

A criatividade que Warat aponta se refere a estarmos sensíveis às oportunidades de manutenção (WARAT, 2004) "[...] da alteridade como a possibilidade do novo, de transformação da história, e não como milagroso e mágico ato". (WARAT, 2004, p. 402).

Em relação à possibilidade de realização do amor entre duas pessoas, sua concretização depende de que se encontram no feminino, haja vista que "Os devires masculinos do amor encontram-se comandados pelos pensamentos e pelo ego que nos impedem de chegarmos ao outro desarmados". (WARAT, 2004, p. 41).

A SOCIEDADE COMPLEXA E O SISTEMA DA AFETIVIDADE FAMILIAR

Na perspectiva sistêmica, pode-se observar a evolução da legislação, que tem uma leitura sistêmica. Dentro dessa perspectiva a sociedade como o sistema social composto por subsistemas é constituído por comunicação, uma malha de comunicação. Sem comunicação não é possível fazer nenhuma seleção, escolha. A necessidade de seleção (escolha) decorre justamente do fato de o sistema não conseguir dar conta desse contingente de possibilidades dessa complexidade.

Diante da diversificação de estruturas familiares, deste excesso de possibilidades de relações, é proporcional a gama de elementos do interior dele, e as relações entre esses elementos fazem crescer o número de possibilidades. Ao passo que o poder judiciário não consegue dar conta dessas possibilidades, ou seja responder a essas relações que se estabelecem e lhe torna-se complexo.

As possibilidades não realizadas ficam "sobrestados", ou seja, ficam potencializadas como opções para o futuro. Deve-se

dizer que as relações entre os elementos ocorrem de modo sucessivo, uma depois da outra e não simultaneamente.

O sistema seleciona algumas possibilidades, opções, que sejam em consonância com a função que ele desempenha. É a simplificação da complexidade do ambiente como condição de sobrevivência dele, mas isso desencadeia o aumento de complexidade do sistema.

O número de possibilidades aumenta internamente, podendo até gerar sua autodiferenciação, resultando em novos subsistemas. Para elucidar tal situação, tome-se como exemplo o caso do direito que diferenciou-se em público e privado, entretanto, dada sua crescente complexidade, viu-se obrigado a autodiferenciar-se em constitucional, penal, civil, e assim por diante. Esse processo revela a evolução do sistema, que é diferente do desenvolvimento, que é passível de controle, sendo que a evolução não é controlável (LUHMANN, 1983).

O motivo quem seja a evolução dele é a sobrevivência a complexidade, que cria constantemente novas possibilidades. Ou seja, na tentativa de reduzir a complexidade, há o incremento dela.

Esse foi o processo pelo qual a família passou a ser constitucionalizada. A constitucionalização do direito a novas estruturas familiares foi uma tentativa de reduzir a complexidade, porque, na medida em que se positiva um direito, em tese, atende-se a demanda social de redução da complexidade, mas ao positivá-lo tem-se a complexidade aumentada, pois, a partir disso, teremos um leque de ações que se constituem obrigações para o Estado, e cria-se uma série de direitos advindos desse.

Com a positivação do direito tanto legislativo quanto jurisprudencial ao reconhecimento das novas famílias precisa-se construir uma estrutura capaz de dar conta da concretização não só jurídica como também social.

Sabe-se que a imutabilidade não é a característica dos sistemas, visto que o ambiente é efetivamente complexo e isso influencia internamente. Com a família, isso não foi diferente, especialmente se pensarmos na diferenciação funcional do direito

até chegarmos no direito de família. Deve-se dizer que a diferenciação do sistema não significa decomposição de um todo em partes, mas significa dizer que cada subsistema tem seu próprio entorno. Não existe uma gente externo que modifica, é o próprio sistema que por uma questão de sobrevivência no ambiente realiza essa diferenciação (LUHMANN, 1983).

Justamente em face dessa mutabilidade, ele foi capaz de autoproduzir-se e assim alcançamos a expectativa jurídica do direito de família. Ele foi irritado suficientemente, para fazer a sua seleção e, dentro dessa, a seleção do amor com o intuito de torná-la expectativa jurídica.

Segundo Luhmann, o acoplamento estrutural ocorre quando um sistema supõe determinadas características do seu ambiente, confiando estruturalmente nele. O acoplamento estrutural é uma forma constituída de dois lados, a uma distinção (LUHMANN, 1983).

Os acoplamentos estruturais causam irritações ou perturbações ao sistema, e essa irritação é um processo interno dele, que é oriunda de um evento que ocorre no ambiente, ou seja, a irritação é um modo pelo qual ele percebe pelos eventos ocorridos no ambiente. A limitação do contato dele com o ambiente constitui-se justamente nas irritações.

Luhmann esclarece que o sistema não pode utilizar suas próprias estabilizações para estabelecer contato para com o seu ambiente. Todas as operações do sistema são exclusivamente internas. Todas as informações processadas são seleções produzidas internamente, a partir de um campo de diferenciação de possibilidades, delineado única e exclusivamente no interior (LUHMANN, 1983).

Nesse sentido, toda comunicação é estruturalmente acoplada à consciência, visto que sem ela a comunicação torna-se impossível. Entretanto, essa consciência não é o sujeito da comunicação, mas sim o substrato da comunicação. Devido a isso, deve-se abandonar a "velha metáfora" segundo a qual a comunicação celebra a transferência de um conteúdo semântico a um sistema psíquico.

Essa comunicação estabelecida deve ser compreendida como a síntese do processo comunicacional, que se constitui em três etapas indissociáveis: a informação, o ato de informar, e a compreensão, que são produtos das seleções de sentidos realizados, não pelos indivíduos isoladamente, mas sim no próprio interior no sistema social. A comunicação produzida no âmbito das novas estruturas familiares foi fruto dos diversos "discursos", como os movimentos sociais, dentre outros.

É possível observar que a partir do acoplamento estrutural entre diversos subsistemas sociais no processo histórico de redemocratização do país, após um longo período de ditadura militar, chegou-se a uma nova conformação dos processos de comunicação social, por meio da generalização de novas expectativas normativas comuns, institucionalizadas na legislação. Evidencia-se que por meio das decisões jurisprudenciais que resultaram no reconhecimento e tutela da afetividade no vínculo familiar.

Pode-se dizer que a constituição de nota, os novos meios de comunicação, simbolicamente generalizados, com as quais passem a contar os sistemas sociais, não apenas jurídico e politico, mas também educacional, familiar, entre outros. Em seus processos de comunicação internos, delimitando assim, suas novas fronteiras e a sua autopoiese.

Nesse cenário histórico e legislativo, a área da afetividade pode ser compreendida como o resultado desse amplo e democrático processo comunicacional, pois a sociedade brasileira mobilizou os diversos sistemas sociais em torno da redemocratização do país, formando, assim, um singular acoplamento estrutural entre esses sistemas, do qual é fruto.

Isso é evidente no modelo democrático, pois o que reforça a democracia, dentre outras coisas, é esse "embate /diálogo" entre governo e oposição, dentro da perspectiva de código binário dos sistemas. Essa característica não encontra nenhum ponto em comum dentro do sistema do direito.

Esse diálogo pode ser vislumbrado como um acordo, impacto. Aqui se faz presente um dos pressupostos da metate, já

que os seus fundadores têm em base na teoria dos sistemas. Esse pacto reflete no direito fraterno é um dos aspectos do direito fraterno, visto que é um direito jurado conjuntamente entre irmãos no sentido da palavra latina frater, ou seja, é um direito que não parte da decisão de um soberano, mas é giurato insiem. É um acordo estabelecido em iguais, é um pacto estabelecido de regras mínimas de convivência. É o oposto do direito paterno, imposto por algum tipo de soberano.

A partir do contexto que expõe o direito de família, percebe-se que esse direito deve ser compreendido sobre a ótica de um conjunto de deveres do Estado para com o cidadão sendo que essas obrigações visam não somente à valorização da afetividade, mas também garantir o pleno desenvolvimento de uma vida digna, sem preconceito e discriminação, como um mecanismo, um ensejo, para atingir a igualdade, no tocante à satisfação do desejo pessoal de cada um.

É nesse sentido que, na modernidade, os contextos familiares são dotados de complexidade e passam por um momento de ressignificação. Diante disso é que o direito deve promover novas perspectivas de observação dos conflitos gerados no cenário familiar. Também, verifica-se que, “não é apenas a realidade social de atores que produz o direito, mas o inverso também procede” (ROCHA; NEVES; 2018), em que o direito entra na criação da realidade social, em que os atores sociais tenham suas ações e expectativas reordenadas de acordo com a lógica jurídica subjacente às interações.

AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA FAMÍLIA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO DIREITO

O conceito de família e o próprio Direito de família passaram por algumas transformações. É neste aspecto que Rocha (2007), apresenta uma concepção sofisticada sobre a presente questão:

> A família é uma instituição jurídica, elaborada para uma longa duração, e mesmo espaço. A família tradicional é constituída por um pai, uma mãe, e os filhos, que vivem juntos. Hoje em dia essa noção de família está completamente alterada. Como instituição isolada não existe mais, pois existem outras possibilidades: famílias baseadas na afetividade, famílias monoparentais, famílias de outros tipos de institucionalização. Qual é o efeito desses eventos no que diz respeito à dogmática jurídica? A novidade é que na família ocorre um rompimento completo com a sua lógica temporal, pois há uma des- institucionalização da idéia tradicional de família. Não é que não existam mais as famílias tradicionais, mas ao lado delas surgem novos tipos de famílias, inclusive com a união estável de homossexuais, entre uma série de possibilidades afetivas que estão surgindo, e estão des-institucionalizando a família tradicional e institucionalizando um outro tipo de família (ROCHA, 2007).

Houve uma verdadeira reformulação na família. O modelo tradicional de família perdeu espaço para o aparecimento de uma "Nova Família", mediante uma dissociação entre reprodução, sexualidade e conjugalidade, influenciada pelas transformações políticas, sociais, culturais e econômicas sofridas pela sociedade moderna (CAMPOS, 1993, p. 22).

O resultado mais importante dessa transformação familiar, entre reprodução e sexualidade, reside na construção de práticas e representações sociais nas quais a função primordial da conjugalidade deixa de ser o assegurado da reprodução da espécie humana. Como função primordial da família, deve-se apontar, para além da sobrevivência material, para a sobrevivência psíquica e afetiva dos membros, seja na seara das famílias de origem, seja no âmbito das famílias instituídas por adultos que volitiva e reciprocamente se escolhem como companheiros afetivos – sexuais (MELLO, 2005, p. 33).

Para além da família paterno-conjugal, formada pelo casal e seus filhos, existem diversas outras formas de arranjos

familiares que serão, a seguir, citados. O concubinato ou união livre designa a situação de vida em comum de casais não casados, formulando a maioria dos autores a ideia de que a relação apresenta a aparência de casamento (OLIVEIRA, 1990, p. 75-85).

Também se entende como a união com diversidade de sexos com intuito de vida em comum, sem as formalidades do casamento. É livre ou informal porque não têm as peias da celebração oficial e dos regramentos estabelecidos na lei para pessoas casadas; em sentido amplo, as situações de vida em comum, de pessoas desimpedidas "solteiras, separadas, divorciadas, viúvas", como as uniões paralelas ao casamento ou adulterinas (OLIVEIRA, 2003, p. 73).

Como o casamento, o concubinato é uma união de vida entre homem e mulher, constando entre outros requisitos, a ausência de matrimônio, uma estabilidade prolongada, a notoriedade, em que relações sexuais não são preponderantes, se acrescentando a fidelidade e a dependência econômica (OLIVEIRA, 1990, p. 76-81).

Porém, o Código Civil brasileiro de 1916 não foi amistoso com o concubinato, sendo severas as regras com os(as) concubinas(os), o que se justifica pela ânsia de preservação da família constituída pelo casamento. A Constituição Federal de 1988 representou uma expressiva ruptura desse paradigma, prescreveu e relatou que para a proteção estatal é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão ao casamento. Entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF/1988, art. 226, §§ 3º e 4º).

Através das transformações dos costumes a Constituição deu uma nova dimensão à concepção de família, introduzindo, um termo generalizante: entidade familiar. E alargou o conceito de família, passando a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento; também emprestou juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei, colocando o concubinato sob o regime de absoluta legalidade. As

uniões de fato entre homem e mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de união estável; a proteção também se estendeu aos vínculos monoparentais, formados por um dos pais e seus filhos (DIAS, 2007, p. 156).

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil contribuiu para essa evolução, representando uma conquista decisiva para a ordem jurídica privada na qual o Direito de Família se insere. A elevação desse princípio ao topo do ordenamento alterou substancialmente a estrutura outrora em vigor no direito nacional, influenciando sobremaneira a interpretação/aplicação dos institutos jurídicos.

A constitucionalização do Direito de Família, impondo a igualdade conjugal e atribuindo a absoluta prioridade às crianças e adolescentes no grupo familiar, por exemplo, foi essencial ao processo de humanização das relações familiares e à derrocada da estrutura patriarcal então vigente; perdeu seu respaldo com a CF/1988.

Além disso, o modelo adotado pelo constituinte ampliou as formas de organização familiar, possibilitando a proteção de novas estruturas familiares como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e a união estável entre o homem e a mulher.

A afetividade, reconhecida como envolvimento afetivo que possibilita o pleno desenvolvimento do ser humano, de sua individualidade e de sua privacidade, adentrou no elenco principiológico do Direito de Família como elemento nuclear que reflete a constitucionalização de modelos de famílias eudemonistas e igualitários.

As famílias monoparentais constituem um exemplo de entidade familiar fora do contexto da conjugalidade. Seja oriunda de uma adoção singular, seja oriunda de uma procriação medicamente assistida, seja originária de uma reprodução natural, sem reconhecimento do respectivo pai, ou originária do falecimento de um dos progenitores, a entidade constituída pelo filho com qualquer ou apenas um de seus pais, configura uma

família, conforme prevê a CF/1988 no art. 226, § 4º (CHAVES, 2011, p. 98).

Outro conceito de família é a entidade formada por parentes que não são pais e filhos, que se pode chamar de família anaparental, por exemplo: a convivência duradoura de dois irmãos que reúnem esforços para construção do patrimônio. Entende-se na doutrina brasileira que, no caso de falecimento de um deles, é iníqua a solução de dividir o patrimônio igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária (DIAS, 2007, p. 47).

A família formada por duas pessoas do mesmo sexo e/ou gênero, no Brasil, nunca antes na história havia sido reconhecida e, de certa forma, protegida pelo Estado. Pelo contrário, as forças conservadoras impediam que, qualquer projeto de lei apresentado que versasse sobre o tema, já poderia ser considerado natimorto. Por esta razão, a Suprema Corte brasileira, no ano de 2011, após ter sido provocada pelos entes legitimados no próprio texto constitucional, decidiu pelo reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, em um processo legítimo e em pleno exercício da hermenêutica constitucional.

É sabido que não há elo mais forte numa relação conjugal do que o afeto. Quando falta amor, nem mesmo o patrimônio é capaz de manter um casal de forma harmônica. É tão somente o amor que dá vida a qualquer relação. Ora, se é o amor o âmago de qualquer união, como ousam negar o reconhecimento e proteção do Estado aos casais homoafetivos? Além disso, como é possível a maioria dos parlamentares brasileiros se desonerarem de suas atribuições e de seus compromissos constitucionais ao se recusarem a equiparar as uniões homoafetivas e garantir os mesmos direitos gozados pelos casais heterossexuais aos homossexuais?

Questionamentos que, na vigência da Constituição Federal de 1988 sequer precisariam ser feitos. Por conseguinte, o "termo *homoafetivo* foi um achado, por ser bastante mais expressivo do que homossexual, na medida em que uma parceria afetiva é feita de muito mais do que sexo" (BARROSO, 2020).

> A progressiva aceitação social dessa nova realidade passou a exigir respostas da legislação. Mas simplesmente não havia regras jurídicas contemplando as uniões de pessoas do mesmo sexo. Tal lacuna dava lugar a muitas incertezas para os parceiros de tais relações, que não tinham clareza quanto aos seus direitos e obrigações. Algumas dúvidas que surgiam: os parceiros homoafetivos tinham direito de herdar um do outro ou, por ocasião da morte, os seus bens revertiam integralmente para a família do falecido? Em caso de separação, como deveria ser partilhado o patrimônio adquirido durante a convivência comum? No caso de um casal gay, era possível incluir o parceiro como dependente no plano de saúde e na aposentadoria complementar da empresa? (BARROSO, 2020).

Percebe-se que houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família.

Esse fenômeno não é isolado e limitado às barreiras territoriais dos Estados, mas sim, um movimento global que tem alcançado maior protagonismo na contemporaneidade. Destaca-se também, a recente promulgação da lei do "Casamento para todos" na França. "Le mariage pour tous" foi uma lei francesa promulgada em 2013. A França, tornou-se o 9º país europeu e o 14º país do mundo a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para além da autorização das uniões entre homossexuais, houve uma abertura para novos direitos ao casamento, como a adoção e o direito sucessório. A elaboração da lei se deu em nome dos princípios da igualdade e da partilha das liberdades (FRANÇA, 2013).

Outro exemplo, foi a decisão da Suprema Corte norte-americana que, em 2015, proferiu uma decisão histórica em que as uniões entre pessoas do mesmo sexo e/ou gênero, decidindo que, nenhum dos estados dos Estados Unidos da América podem

proibir e/ou se recusar de reconhecer a legitimidade dessas uniões (EUA, 2015).

Conforme Luhmann, a consequência do amor é o novo autoconceito dos enamorados, acompanhado de novas autoconcepções, ou seja, não apenas interpretamos nossas excitações de maneiras diferentes, mas também nossos comportamos de maneiras diferentes. E isso, tanto em relação a nós mesmos, quanto no convívio com a pessoa amada.

E através do sistema do Direito pode-se construir observações sobre a sociedade, em que a redução da complexidade é feita no interior dos sistemas sociais, por meio da comunicação. E a mediação por meio do diálogo e da compreensão faz com que as partes encontrem soluções pacíficas para a questão conflituosa e proporciona contentamento entre os envolvidos por estabelecer um acordo satisfatório devido a ter sido resolvido conforme o desejo daqueles que fazem parte do conflito.

Para Luhmann, o amor na sociedade moderna é um código, em que o autor investiga a construção social do sentimento "amor" e sua "codificação" pela literatura, sendo apresentada a sua teoria dos sistemas e meios de comunicação simbolicamente generalizados, a cerca das relações intimas e suas relações com a modernidade, responsáveis pela disseminação do código "amor". O autoconhecimento, o a autoconstituição de cada individuo é o resultado de uma troca comunicativa (LUHMANN, 1991, p. 21).

Ressalta-se que a interpretação da maternidade e a paternidade como resultados de uma construção afetiva, não apenas biológica, é o que levou o direito de família brasileiro a permitir famílias com mais de dois pais ou duas mães, chamadas de família multicomposta de amor.

Nesse sentido, em análise ao voto proferido pelo Ministro Ayres Brito, Hilda Ledoux Vargas Araújo assim reflete o posicionamento do magistrado:

A igualdade se impôs ao preconceito; a liberdade de expressar a afetividade e a sexualidade venceu os tabus sexuais e

as hipocrisias moralistas. O reconhecimento da dignidade das pessoas e famílias homoafetivas que vivenciavam a experiência de famílias clandestinas, à margem da tutela jurídica, consideradas: "famílias mais ou menos", "quase famílias", subfamílias ou "famílias de segunda classe" trouxe estas pessoas e estas famílias à classe dos iguais. (ARAÚJO, 2012, p. 80)

Contudo, há um problema da mais alta relevância não só para a teoria social, mas para o pensamento filosófico moderno de um modo geral a impossibilidade de se avaliar as emoções. Os julgamentos morais, ao longo da história da filosofia, têm sido uma atribuição praticamente exclusiva da razão. A razão moderna não foi apenas separada dos dogmas da tradição, mas também das emoções. Isso acabou por criar não uma repressão da emoção, como sugerem as interpretações tradicionais, mas uma divisão institucional entre a razão e os sentimentos.

Segundo Giddens, abriu-se um abismo entre ética e emoção. As questões éticas são questões relativas ao domínio público, ao passo que as questões emocionais são concernentes à esfera privada, secreta e íntima. O domínio público inicialmente, um projeto masculino do qual as mulheres afinal conseguiram participar; sobretudo através da sua própria luta. "A democratização da vida pessoal é um processo menos visível, em parte justamente por não ocorrer na área pública, mas suas implicações são também muito profundas, para o horizonte ético, político e institucional da estruturação da ordem social" (GIDDENS, 1993, p. 201).

Mesmo assim, o sistema do direito está em fase de evolução, tendo em vista o reconhecimento do princípio da afetividade que sinaliza a repersonalização do direito, através da inserção da pessoa humana no centro protetor do direito. Portanto, a dignidade humana e a afetividade, dentre outros princípios aplicáveis como a igualdade e a solidariedade e a convivência familiar, ao Direito de Família estão em conexão com a liberdade de escolha e a autonomia privada. Tendo em vista, que a família tem como função a realização e o desenvolvimento de todos os seus membros, na condição de

sujeitos de direito dotados de dignidade, compreendido como princípio respeitante a todos e a cada um dos integrantes do grupo familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura jurídica hoje é surpreendentemente diferente daquela da matriz dogmática jurídica elaborada por Hegel. Já não pensamos que conceitos racionalistas como propriedade, contrato e casamento podem dar sentido à história. O mundo como dizia Georg Simmel possui uma sociabilidade entre seres humanos a partir de relações artificiais (2006). Para nós essa tendência culminou em uma sociedade em que os desejos, as paixões e os corpos exercitam possibilidades e afinidades, encontros, rápidos e duradouros, que no meio dos riscos, geram consequências, free rider, que merecem ser incluídas no sistema do direito.

Por tudo isso analisamos, brevemente, a partir da bibliografia selecionada nos projetos de pesquisa, as transformações sociais em termos de modelos de família. Nesse sentido torna-se relevante a observação da alteração semântica e cultural ocorrida nos últimos períodos, caracterizadas por uma maior independência das estruturas religiosas, políticas e familiares.

No final da segunda década do séc. XXI, temos uma tensão provocada pela diversidade cultural, principalmente em termos de família. Nós entendemos que é preciso tolerância e atitude de aprendizagem diante desta oportunidade de evolução, na qual a sociedade é convidada a vivenciar uma pluralidade de identidades e a conviver com novas formas de agrupamentos familiares, que atualmente são constituídas pela afetividade e ideais/concepções sobre o amor que não são assuntos bioquímicos, mas sociais.

No Brasil, a postura dominante da jurisprudência, está incluindo, aos poucos, no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, como entidades familiares, sendo um marco significativo. Inúmeras outras decisões despontam no

panorama nacional revelando a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da juridicidade. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos.

A dogmática do direito de família com o reconhecimento da afetividade, conforme demostram as jurisprudências que citamos, está reconhecendo e incluindo a semelhança entre as relações familiares quais sejam elas famílias parentais, monoparentais, pluriparentais, eudemonista, simultânea, uniões estáveis hetero e homoafetiva, analogicamente, como direitos.

Contudo, as uniões poliamorosas consentidas, ou seja, o reconhecimento jurídico do poliamor, ainda possui ausência de tutela jurídica, pois neste caso, como vimos, não estão sendo aplicados os princípios da dignidade e da afetividade e o exercício da liberdade e da cidadania para as pessoas que, consensualmente, resolveram manter relacionamentos não convencionais, não monogâmicos.

Por outro lado, a responsabilização civil decorrente do abandono afetivo, tema atual para conclusões sedimentadas, caminha em inevitável expansão e seu efetivo reconhecimento já é existente, quando demonstrada a responsabilidade civil que se assenta em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal. De modo que, se não demonstrado algum deles, torna-se inviável acolher qualquer pretensão indenizatória. Guardadas as particularidades de cada caso e, evidentemente, respeitando os ditames legais, esta nova modalidade serve como estímulo à paternidade/maternidade/ responsável e confere mais força ao direito das famílias, que é movido pelo princípio do afeto, vetor da dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar que o multiculturalismo contribuiu e contribui com esses debates, buscando ampliar o acesso aos direitos humanos das minorias e pode-se afirmar que a sociedade multicultural tem aberto espaço, inclusive jurídico, para a liberdade de expressão da orientação do desejo sexual. Dessa forma, as novas estruturas familiares, compostas por casais

homossexuais, por exemplo, encontram-se alicerçadas na diversidade e nas diferenças dentro da realidade social e jurídica, abrangendo, inclusive, questões previdenciárias.

O reconhecimento de que vivemos na era global em sociedades multiculturais, compostas de uma pluralidade de identidades, instiga a reflexão a respeito das dificuldades de sustentar a importância da subjetividade para o Direito. Entendida aqui, como constituída por questões particulares que percorrem e transformam permanentemente a vida privada de cada indivíduo, como é o caso do amor, simbolicamente atribuídas pela coevolução sistêmica. A teoria sistêmica, portanto, permite a compreensão de processos coletivos, empiricamente constatáveis, em que o centro da ação não está localizado em forças macro ou microssociológicas, mas no código sistêmico do direito.

A partir das teorias de Teubner e Luhmann, da forma especial como concebem a interação dos subsistemas sociais e seus códigos o que poderíamos chamar de fricções subsistêmicas, podemos chegar à concepção de que não é apenas a realidade social de atores que produz o direito, mas o inverso também procede: o direito cria realidade social, no sentido de que o código enseja que os atores sociais reordenem suas ações e expectativas conforme a lógica jurídica subjacente às interações (TEUBNER, 1989).

O sistema do direito de família, fruto do acoplamento estrutural, entre regra e sentimento, permitindo que esse direito seja compreendido sob a ótica de um conjunto de direitos do cidadão, que visam não somente à valorização da afetividade, mas também garantir o pleno desenvolvimento de uma vida digna, sem preconceito e discriminação, como um mecanismo, um ensejo, para atingir a igualdade, no tocante à satisfação do desejo pessoal da singularidade.

Em suma, diante do exposto, percebe-se a necessidade do aprofundamento do tema. Pois, as relações afetivas situam-se num contexto cultural e espaço-temporal, que se codifica de acordo com a semântica própria de época para época, de cultura para cultura. Na sociedade ocidental, o amor tornou-se uma

exigência central e um ideal poderoso de realização pessoal. A identidade constitui uma extensão da liberdade de escolha entre as múltiplas figuras do nosso tempo, dependendo de uma singularidade que aceita e afirma a sua condição instável, transitória e aberta à redefinição permanente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Hilda Ledoux Vargas. Voto do Ministro Ayres Britto. *In*: SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus (Coord.). **União Estável entre Homossexuais**: Comentários à decisão do STF face à ADI 4.277/2009 e à ADF 132/2008. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênia:** um olhar sobre o Brasil e o mundo**.** Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 168-169.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **União homossexual**: o preconceito & a justiça. 2. ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade**: Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo, Universidade Estadual Paulista, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich**. Princípios da filosofia do direito**. Tradução de: Grundlinien der philosophie der rechts. Sao Paulo: Martins Fontes, 1997

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

_____. L'autoriflessione del sistema giuridico: la teoria del diritto nella prospettiva della teoria della società. *In*. LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: il Mulino, 1990.

_____. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

_____. **Risk**: a sociological theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

_____. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoria. Barcelona: Ediciones Pidós Ibérica, 1991.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Refletindo o afeto nas relações de família**. Pode o direito impor amor? *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias do direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podivm, 2010.

OLIVEIRA, João Guilherme S. M. O caminho e o caminhante – destinos de uma justiça errante em busca de sentido. **Revista a Faculdade de Direito da USP**,
v. 104, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, L.S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. 2009. **A verdade sobre a autopoiese** no Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

_____; **La problemática del discurso jurídico (Des) legitimando el poder soberano del estado contemporâneo**. Curitiba: Prismas, 2016.

_____. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Constituição, Sistemas e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 123-136.

_____. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São

Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**. Leonel Severo Rocha, Germano Schwartz, Jean Clam. 2. ed. revisado e ampliado. Livraria do Advogado, 2013.

_____; DUTRA, Jéferson Luiz Dellavalle. Notas introdutórias a concepção sistemista de contrato, p. 283-309. STRECK, Lenio Luiz, ROCHA Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *In*: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002. p. 189.

_____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; **Paradoxo da auto-observação**: Percurso da Teoria Jurídica Contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013.

_____. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. *In*: BARROS, Myrian Lins de. **Família e gerações**. Rio de Janeiro: FGV, 2006

_____; NEVES, Júlia Francieli. *A constitucionalização no direito de família no sistema jurídico brasileiro*. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro** – RECONTO – v. 1, n. 1 – Jan./Jun. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.33636/recont.v1n1.e002. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____; Tempo e Constituição. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Jose Luis Bolzan de Morais; Lenio Luis Streck. (Org.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. , p. 197-217.

SIMMEL, Georg. **Filosofia do Amor**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

_____. **Questões fundamentais da sociologia**. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2006.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba – Campus de Taquaral, 2005.

_____. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Lima: Ara Editores, 2005.

_____. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **O Direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua grita Dionísio! Direitos Humanos da alteridade, Surrealismo e Cartografia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Safe, 1995.

_____. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Safe, 1994. v. 1.

_____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

_____. **Surfando na pororoca: O oficio do mediador**. Florianópolis: Fundacão Boiteux. 2004.

DIREITO, MEMÓRIA E ESQUECIMENTO: ASPECTOS SOCIAIS E CULTURAIS

Juliani Borchardt da Silva[1]
Noli Bernardo Hahn[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Cultura e direito fazem parte de um arcabouço de dinâmicas sociais diuturnamente produzidas pelos sujeitos por intermédio de suas vivências. São, assim, diretamente influenciados e constantemente constituídos por ações, práticas, discursos e demais elementos que estrategicamente são colocados como determinantes e fundamentais aos indivíduos e suas relações em sociedade.

[1] Pós-doutoranda em Direito pela URI Campus de Santo Ângelo/RS. Doutora em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Possui graduação em Administração- Projetos e Empreendimentos Turísticos pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2009) onde também cursou especialização em História, Cultura, Memória e Patrimônio (2012). É Especialista em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014) e mestra em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL (2014). Graduada em História-Licenciatura pelo Centro Universitário Internacional (2018). Possui experiência em organizações civis e públicas que tratam da temática do Patrimônio Arqueológico, histórico, cultural e de memória. E-mail: julianiborchardt@gmail.com.

[2] Pós-Doutor pela Faculdades EST, São Leopoldo, RS. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito. Lidera, junto com o professor Dr. Leonel Severo Rocha, o Grupo de Pesquisa *Novos Direitos na SociedadeComplexa*. Pesquisa temas relacionando Direito, Cultura e Religião. E-Mail: nolihahn@san.uri.br

Por seu turno, enquanto território de litígio, a memória é um dos fatores que enseja nas sociedades um processo de escolha que resulta em conflitos, bem como na legitimação daqueles elementos definidos como balizadores da cultura e das práticas sociais dos sujeitos que do grupo fazem parte. Deve ser, portanto, considerada de maneira central quando se pretende identificar e compreender as dinâmicas que envolvem certos coletivos. Isso porque, a produção das identidades está diretamente relacionada às memórias que, evocadas e compartilhadas, são colocadas como referência nas relações sociais e culturais vividas socialmente.

Deste modo, neste ensaio teórico, pretende-se discutir a relação entre direito, memória e esquecimento em seus âmbitos sociais e culturais, oportunidade em que a reflexão acerca de tais elementos é necessária à compreensão de como estes são produzidos, reivindicados e colocados socialmente enquanto produtos materiais e discursivos que demarcam fronteiras identitárias e culturais que, como lembranças, acabam por também colocar no esquecimento e no subterrâneo das memórias, outras referências simbólicas, patrimoniais e discursivas que poderiam, igualmente, servir de constituidoras das identidades coletivas.

DESENVOLVIMENTO

Como direito, a memória deve ser garantida em seus processos constitutivos. Isso porque, mesmo que determinadas ações e políticas governamentais possam tentar apagar ou manipular certas lembranças, as mesmas, como produção humana e social, podem continuar existindo e sendo compartilhadas independentemente de processos intencionais de apagamento e manipulação das mesmas. Assim sendo, legislações e políticas públicas são, até certo ponto, incapazes de aniquilar ou impedir que memórias sejam evocadas e compartilhadas socialmente. É nesta seara que se reafirma o caráter conflitivo e manipulador que pode permear o desenvolvimento ou não das memórias e suas referências em distintas sociedades.

Então, têm-se como prerrogativa primeira neste debate, como define Martins Neto (2003, p. 144), que "um direito fundamental é um direito com o qual se entende não ser admissível viver". Assim sendo, a memória pode ser enquadrada como uma necessidade dos sujeitos, pois a mesma está, como bem aponta Candau (2012), diretamente ligada à identidade que os mesmos necessitam produzir e viver. Não haveria, portanto, identidade para os homens, se estes não conseguissem produzi-la por meio das referências memoriais que de maneira contínua seriam ressignificadas e reconstruídas socialmente.

Importante ressaltar que a maneira como os indivíduos e as sociedades compartilham práticas, representações, crenças e lembranças, determinam socialmente, como afirma Candau (2012, p. 11), o que chamamos de cultura. Articula-se, deste modo, distintos elementos, influências e interesses que, em cada caso e sociedade, determinam aquelas referências materiais e discursivas que prevalecerão na constituição da cultura de seus membros. Nesta seara que diferentes abordagens e dinâmicas se denotam relevantes quando se transmite algo do campo individual ao coletivo, momento em que se designam noções, conceitos e passagens que não mais serão apenas representativas e relevantes à um sujeito, mas sim ao todo.

Nesta perspectiva, observa-se que é socialmente que a memória se constitui. Isso porque, como bem define Halbwachs (2003), em sua obra "A Memória Coletiva", é no "outro" que os sujeitos suportam suas memórias, sendo, por exemplo, difícil a recordação daquelas lembranças que dizem respeito apenas à "nós mesmos" (2003, p. 13). Em sua concepção, a reciprocidade das relações humanas efetivam, de maneira dinâmica, os espaços, as durações e a reconstituição da memória produzida de forma coletiva. Isso porque, experiências compartilhadas, em maior ou menor grau de intensidade, proporcionam consciência do local, das relações e da trajetória histórica do grupo, fazendo com que as identidades e o sentimento de pertença a um contexto se efetivem socialmente no tempo e no espaço vivido.

Ainda, para o autor, é possível reconstruir um conjunto de lembranças que se adaptam ao presente e às aspirações daqueles que a compartilham, fazendo assim que haja um conjunto de interpretações e significações para as mesmas memórias. Halbwachs (2003, p. 29) descreve tal característica defendendo que a produção de distintas percepções e entendimentos sobre determinado episódio corrobora com a ideia de que há um certo nível de consenso e de concordância entre o essencial recordado, apesar de haverem certas divergências sobre o objeto e a forma como este é lembrado. Isso reforça ainda o pressuposto de que as lembranças são suportadas "no outro", mesmo aquelas que os indivíduos atribuem a momentos e episódios em que estavam sozinhos.

Por outro lado, a memória, quando evocada, pode ser definida como uma construção do momento, ou seja, está diretamente relacionada ao contexto e às influências do instante em que é evocada, no presente. Deste modo, pega-se características emprestadas das memórias dos outros, sendo a recordação uma colcha de retalho onde distintos elementos se agregam ou são repelidos em prol de uma releitura dos fatos passados que corroborem com as aspirações tidas pelo sujeito no tempo presente. Esta dinâmica faz com que se efetivem quadros memoriais correspondentes àquilo que se deseja produzir de recordação em determinado tempo, grupo e contexto, sendo, elementarmente, passíveis de manipulações, construções e influências. É o que Halbwachs (2003, p. 29) vai caracterizar como sendo a necessidade de as lembranças apresentadas possuam minimamente algum ponto em comum para que assim possam ser reconstruídas "sob uma base comum", fazendo com que o coletivo vislumbre aquela lembrança como característica aos sujeitos que dele fazem parte.

Na medida em que as memórias se constituem no interior de um grupo, podem ser evocadas quando do contato, das práticas e das narrativas manifestadas coletivamente entre os membros deste, constituindo assim, um espírito de unidade e de identidade

ao todo (em em sua grande parte). Halbwachs define tal característica como:

> (...) Não há lembranças que reapareçam sem que de alguma forma seja possível relacioná-las a um grupo, porque o acontecimento que elas reproduzem foi percebido por nós num momento em que estávamos sozinhos. (...) (2003, p. 42)

Assim sendo, os pontos de conexão para a produção memorial estão alicerçados basicamente nos outros, oportunidade em que dificilmente se efetivem conexões de memórias basicamente e exclusivamente individuais. Em contraponto, apesar da memória coletiva não explicar todas as nossas lembranças, é no social que ela vai se consolidar e se manifestar a fim de que perdure por um espaço temporal longínquo e mais permanente. Nesta mesma perspectiva, Halbwachs (2003, p. 51) defende que as memórias coletivas se subdividem em dois planos básicos: o primeiro estaria relacionado àquelas lembranças e eventos pertinentes à um número maior de pessoas, sendo aquelas ligadas à um pequeno grupo relegadas a um segundo plano. Diante de tal afirmativa, convém aludir que a compreensão das lembranças se consolidam de diferentes maneiras entre sujeitos e grupos, de modo que as condições, os contatos e os impactos daquilo que é lembrado efetivam distintos graus de aderência e de reprodução de memórias comuns entre os indivíduos.

Não obstante que a aproximação entre sujeitos, locais e narrativas produzem determinados mecanismos de recordação comuns, efetivando deste modo sentido ao tempo e ao local em que estes vivem. Reencontram-se assim ligações e imagens que resultam em sentimentos e pensamentos que os fazem se reconhecerem como pertencentes a certo contexto e grupo. Nesta seara que as ideias do filósofo Henri Bergson, em especial em sua obra "Matéria e Memória" (1896), corroboram a premissa da relação intrínseca entre matéria e tempo na produção de memórias. Isso porque, a seleção de imagens efetivadas na recordação de lembranças implicaria também em uma

considerável relação psicofisiológica do sujeito com o ambiente e os demais indivíduos com quem vive e se relaciona. Mediações e sensações desenham assim imagens que, para além da matéria, subjetivam a realidade e as percepções de mundo e das experiências vividas.

Para Bergson a memória se identifica com a própria consciência, sendo assim capaz de "se dilatar ou de se contrair em função da necessidade do momento" (VIEILLARD-BARON, 2007, p. 23). A memória, neste escopo, desempenha um dos papéis fundamentais à própria existência e relações humanas, visto a evocação de lembranças estar, para o autor, diretamente relacionada à consciência desenvolvida acerca "do espírito e da matéria". Isso porque, em sua concepção, a matéria seria o que aparece enquanto o espírito seria o passado, visto este estar "vivo" sem necessariamente aparecer.

Assim sendo, a consciência humana acerca de um episódio, local ou contexto é determinada pela capacidade do homem de compreender e dar sentido, ao longo do tempo, aos elementos materiais e simbólicos produzidos e existentes ao seu redor. As contribuições de Bergson neste debate são, até o presente momento, relevantes à compreensão dos meios que os indivíduos interpretam e efetivam suas memórias como balizadoras de suas identidades, sendo, portanto, relevantes ao entendimento da cultura e das dinâmicas decorrentes das relações sociais. Isso porque a memória não estaria relacionada apenas ao cérebro humano, mas sim a todo um conjunto de fatores que a produz e a evoca em diferentes contextos, motivações e interesses.

Nesta seara que espaço e temporalidade também devem ser observadas e compreendidas como fatores particularmente relevantes ao entendimento da memória. Isso porque, sua compreensão é sempre efetivada *a posteriori*, onde o ordenamento e a significação das reminiscências ocorrem sempre após aquilo vivido. O passado já vivido é formulado e ressignificado a fim de construir historicamente uma noção deste passado bem como fornecer igualmente a construção de um

futuro, que coletivamente remete, mesmo que ilusoriamente, a episódios e elementos comuns ao coletivo. É o que Freud (1895-1976) determina, por exemplo, como a permanência de traços, onde todo traço seria a forma pela qual a impressão de algo se mantém e se inscreve como uma impressão. Assim sendo, pode-se aludir que a memória é um texto a ser decifrado, onde traço e impressão constituem uma tessitura complexa que representa e baliza as lembranças numa temporalidade sempre posterior à experiência em si.

Nesta premissa, cabe ainda a reflexão acerca de que existiriam aspectos de uma experiência que seriam intraduzíveis em palavras e representações. O indizível e irrepresentável fariam parte das dinâmicas memoriais, onde certos acontecimentos e episódios são estreitamente colocados, intencionalmente ou não, de modo a não serem lembrados ou evocados enquanto lembranças, ou seja, no esquecimento. O encobrimento se denota, portanto, estratégia do esquecimento, o que na psicanálise pode ser caracterizado como recalque diante da impossibilidade de conviver e manifestar certo acontecimento. Desta maneira o indizível se coloca também como elemento determinante das negociações e produções memoriais e que, assim como a memória, deve ter garantido o seu direito de não existir para os sujeitos e grupos.

Como, portanto, regular e ordenar juridicamente algo tão fluido e dinâmico quanto a memória e suas representações? A pertinência de tal abordagem se deve, dentre outros fatores, ao fato de que o homem se relaciona constantemente com o tempo e o espaço e, de maneira complexa, significa o passado no presente de forma a operar, constantemente, a emergência de lembranças e representações nem sempre desejáveis.

As discussões sobre o direito à memória e ao esquecimento não são novas, todavia, se potencializaram nos últimos anos em decorrência das profundas alterações sociais vislumbradas não apenas no Brasil, mas no mundo todo, principalmente no que concerne à comunicação e às formas de armazenamento de informações e de dados. O avanço da

tecnologia, por exemplo, conforme destaca MALDONADO (2017, p. 29), ensejou o desenvolvimento de novas situações até então não vividas anteriormente, sendo os indivíduos, em sua totalidade, impactados, direta e indiretamente, por novas necessidades e meios de se relacionar.

Por obstante, as referências jurídicas tidas até o presente momento nas instâncias jurídicas brasileiras se relacionam, *a priori*, num primeiro momento, a episódios relativos a reportagens televisivas e jornalísticas a respeito de fatos considerados verídicos, nos quais se solicitava o direito de "apagar" certas referências de um contexto público e coletivo. Num segundo momento emergem casos relativos à fatos ligados a internet e a disseminação de informações relativas a este ambiente. Certo é que com o aumento do acesso aos meios de comunicação virtual e da internet, este debate se denota ainda mais urgente e complexo.

Maldonado (2017, p. 32-33) reforça que o entendimento acerca da análise do tema no campo jurídico está diretamente relacionado na efetividade do interesse público e da verdade para o enquadramento da questão. E é justamente na dificuldade de definição do interesse público ou não que faz deste tema algo tão complexo no contexto atual. Para a autora supracitada, o chamado direito ao esquecimento, no âmbito jurídico, diz respeito aos pedidos referentes aqueles "fatos verdadeiros e pretéritos que hajam sido disponibilizados por terceiros, ao argumento de que, no momento presente, não mais devam permanecer como revelados (...)" (MALDONADO, 2017, p. 33). Deste modo, a não mais existência de interesse público, aliado à publicização efetivada inicialmente por terceiros, seriam os principais elementos ensejadores à compreensão da reivindicação do esquecimento frente ao compartilhamento público de fatos e memórias em veículos de imprensa, televisão e internet.

Indubitavelmente, a seara mais complexa na análise de cada caso, diz respeito, como já dito, na relevância ao interesse público denotado, sendo uma tarefa difícil e sensível em qualquer área, seja ela pública ou jurídica. Isso porque, sabe-se que na

realidade, há uma dificuldade considerável em retirar certos conteúdos e informações depois que os mesmos são divulgados, compartilhados e promovidos publicamente, principalmente no ambiente virtual. Do mesmo modo, como mensurar o impacto e degradação da imagem de alguém afetada diretamente pelo compartilhamento de algo que afeta, tanto materialmente quanto psicologicamente, um sujeito e seus familiares?

São questões que pesam no debate atual acerca do tema, onde os mecanismos jurídicos parecem se desenvolver mais lentamente do que aqueles tecnológicos que canalizam a promoção e o compartilhamento de materiais na esfera pública. Cabe destacar ainda, neste contexto, que há uma limitação considerável na jurisdição sobre o assunto, tanto em âmbito nacional quanto internacional, o que expõe a fragilidade da temática e a necessidade de que a mesma seja tratada de maneira ampla em distintos contextos.

Outro problema que decorre e deve ser considerado ainda neste escopo, é que as abordagens dadas se referem basicamente a temas publicizados no âmbito televisivo e virtual, e não exclusivamente à cultura e seus suportes materiais, como patrimônios arquitetônicos, edifícios e demais expressões imateriais que igualmente podem, em certo contexto e para alguns, serem prejudiciais e evocarem aspectos traumáticos ou indesejáveis.

Esta abordagem, mesmo que ainda não judicializada e consensualizada juridicamente, é vislumbrada na prática quando, em certos momentos e contextos, há uma reivindicação memorial que diverge do *status* de algo já posto historicamente e socialmente. Pode-se citar como exemplo a manifestação e a retirada, por parte de certos grupos, de monumentos ou do nome de ruas que remetem à ditadores, bandeirantes ou líderes/negociadores escravistas. O que antes era considerado a exaltação e o reconhecimento, no presente é apontado de forma distinta e solicitado a reparação de algo não mais aceito ou visto como positivo socialmente.

Desta maneira, o silenciamento histórico e intencional até então vivido por um grupo, é alterado por uma concepção social e cultural daqueles que reivindicam, em certo contexto e local, a mudança material e discursiva de determinada memória referente a certo episódio ou personagem histórico. Como processo dinâmico, pode-se aludir uma mudança de *status* de algo antes exaltado para algo a ser, no presente, esquecido socialmente. Destaca-se que, para que haja um processo de ressignificação e reivindicação memorial, é preciso um ambiente livre e democrático, onde diferentes sujeitos e grupos possam atuar e reivindicar livremente a reparação ou o esquecimento de determinado fato/episódio. Sem liberdade não se efetivam ações e políticas de memória ou esquecimento.

Do mesmo modo, podemos exemplificar o paradoxo do silenciamento, esquecimento e reivindicações memoriais diante das memórias referentes aos períodos de ditaduras civis-militares, como a que ocorreu no Brasil entre os anos de 1964 e 1985. Decorre que o processo de transição em virtude da lei de anistia efetiva, em grande monta, um silenciamento a respeito dos crimes produzidos pelo Estado Brasileiro neste período, o que gera, naqueles que foram vítimas, direta ou indiretamente, a necessidade de compactuar e deixar no subterrâneo das memórias e narrativas oficiais todas as violações produzidas e marcadas na vida e nas lembranças de centenas de milhares de pessoas no decorrer (e após) este contexto político.

A respeito disso, atribui-se o trabalho desenvolvido por inúmeros grupos civis organizados que ao longo dos anos 1990, e mais precisamente nos anos 2000, reivindicaram um processo de reparação memorial diante das violações decorrentes do período ditatorial, o que efetiva a criação de comissões da verdade que nos Estados e a nível Federal procederam, dentro de suas capacidades, a abertura de arquivos governamentais em busca de informações e da verdade, principalmente a respeito daqueles indivíduos que foram perseguidos e desapareceram no contexto da ditadura brasileira.

Deste modo, percebe-se o tempo que determinados episódios necessitam para emergirem socialmente a fim de ocuparem o cenário público reivindicando espaço e reconhecimento. Como dinâmica do próprio processo memorial, constituem-se em determinados contextos e tempos, terrenos férteis e propícios ao desenvolvimento de reivindicações memoriais e identitárias por parte de certos grupos, o que faz aparecer socialmente disputas e conflitos que objetivam reconhecimento de lembranças e fatos históricos antes não expostos e reivindicados publicamente. Assim sendo, articulam-se, negociam-se e conflituam-se narrativas, espaços e materiais que referenciam certos aspectos históricos, culturais e, por consequência, identitários dos indivíduos que integram determinado grupo.

As memórias, portanto, são reflexo de um conjunto de fatores, influências e sujeitos que a utilizam, de maneira também intencional, para apresentarem ao todo aquelas referências e discursos dos quais possuem interesse de marcar socialmente, oportunidade que para isso, como consequência, tantas outras lembranças e personagens permanecem no esquecimento e no subterrâneo das memórias e práticas sociais.

Cabe destacar ainda que o compartilhamento de conteúdos e valores, apesar de não ser um processo consensual e harmônico em muitos casos, é, segundo Tassara (1992, p. 63) um direito fundamental e que as sociedades devem ter a liberdade e a autodeterminação para exercitarem. Desta maneira que, ainda como preluz Bobbio (2004, p. 36), os direitos nascem e se adaptam às circunstâncias históricas e demandas sociais, de forma a efetivar um exercício pleno político e de poder em direção às garantias existenciais e culturais dos indivíduos.

A garantia do direito de exercer plenamente a memória e o esquecimento, no campo cultural, respondem como reflexo, às necessidades fundamentais dos sujeitos e comunidades que alicerçam suas identidades e práticas naquilo que consideram necessário à sua própria existência. A realidade social, portanto, é construída de maneira a representar, para além dos conflitos e

contradições, os valores que são caros a uma determinada sociedade, o que para Dantas (2010, p. 41), efetiva, em certo momento, na consolidação de direitos juridicamente consolidados.

Ainda, a satisfação da necessidade de reconhecimento, escuta e legitimação de memórias permite, no contexto atual, a proteção de grupos específicos, minorias étnicas, religiosas e vulneráveis, os quais sem uma garantia legal, podem não conseguir colocar no cenário público aquelas expressões e memórias necessárias às suas culturas. Isso porque, no processo conflituoso e litigioso entre grupos e culturas, aquela melhor articulada e ocupante dos melhores espaços pode se colocar e obter melhor posição sobre a outra, devendo assim haver mecanismos que possibilitem aos mais variados grupos, manifestarem e apresentarem suas identidades e memórias socialmente.

A premissa básica, portanto, é de que a cultura seja vislumbrada como indicador de desenvolvimento social e humano, onde os aspectos tradicionais e memoriais sejam colocados centralmente como determinantes para a melhora da qualidade de vida de indivíduos e grupos. Numa dimensão objetiva, a eficácia dos direitos fundamentais, como a memória e a cultura, estão impregnadas de valores e critérios que perpassam a própria atuação do Estado em sua pretensa regulação.

Verifica-se ainda, neste contexto, que as interpretações hermenêuticas e jurídicas acerca das normas se dão fundamentalmente, conforme aponta Dantas (2010, p. 45), também na pluralidade de ideias e tensões existentes no tecido social, no qual decorrem constantes ressignificações e reconstruções dos interesses e realidades vividas, impactando diretamente na forma como se vislumbram as percepções acerca dos direitos fundamentais. Em suma, a criação e interpretação destes direitos é condicionada pelo contexto cultural e pela realidade social dos sujeitos que em suas dinâmicas e reivindicações forjam a realidade das conquistas civilizatórias do campo jurídico e social que, mesmo não sendo unânime e

uniforme, direciona e estabelece a concretização da memória e da cultura como meios fundamentais da existência humana.

Não se pode olvidar, então, da inter-relação existente entre distintos sujeitos, elementos e estratégias culturais que efetivam, no campo social, o desenvolvimento de apagamentos e de reivindicações memoriais em diferentes grupos e locais. Numa sociedade plural e multifacetada como a que se vive nos contextos atuais, a homogeneização se torna quase impossível, apontando deste modo, como ainda preluz Dantas (2010), num pluralismo que deve ser compreendido nas normas constitucionais como integrante das realidades dos diferentes sujeitos e grupos que compõem a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da discussão acima proposta, interessa-nos reafirmar e destacar o caráter indispensável da memória e do esquecimento para a articulação, negociação e posicionamento das identidades que, por meio de seus processos de reivindicação, existem e resistem às dinâmicas sociais, culturais e patrimoniais que circundam os grupos. Conclui-se, nesta premissa, que o reconhecimento da memória e do esquecimento são balizadores de práticas e relações dos indivíduos em sociedade e produzem identidades necessárias a existência dos indivíduos como sujeitos em sociedade.

Indubitavelmente, aquilo que os indivíduos produzem e reproduzem enquanto referências identitárias são apenas algumas das quais, em seu contexto, são apresentadas e exploradas como balizadoras dos interesses coletivos em determinado momento e local. Isso não quer dizer que tantas outras lembranças e esquecimentos estejam apenas aguardando o momento propício para serem evocadas de maneira pública. Desta maneira, incorpora-se nas relações sociais elementos, expressões, práticas e narrativas que atentem à necessidade de pertença e de legitimação dos sujeitos e grupos.

Assim sendo, o direito, mesmo que limitado em sua constituição formal acerca do tema, necessita, num escopo abrangente, considerar as subjetividades e as reivindicações que permeiam as relações entre memória e esquecimento nas sociedades atuais, as quais se denotam complexas em suas constituições. Incorpora-se, deste modo, variados elementos e expressões que acabam, em cada caso, pressionando e constituindo uma agenda pública reivindicatória de memórias que passam a compor, ainda mais, as relações coletivas. A finalidade, portanto, dos processos memoriais, é de proporcionar que, também no campo jurídico e legal, estas sejam consideradas, respeitadas e garantidas como direitos reais e inerentes aos sujeitos.

Práticas culturais estão, deste modo, diretamente relacionadas às dinâmicas relativas tanto às memórias quanto aos esquecimentos que sujeitos e grupos desenvolvem em suas relações, efetivando socialmente e legalmente pressões e articulações para que suas demandas estejam colocadas em destaque ao coletivo. Acarreta-se, assim, determinadas articulações e pluralidades que, nem sempre de maneira consensual, são tidas no meio como referências necessárias às identidades vividas e compartilhadas.

Conclui-se, assim, que, mesmo o campo da memória e do esquecimento ser plural, dinâmico e conflitivo, os mesmos compõem, inerentemente, as relações e práticas sociais que, ora ou outra são apresentadas e reivindicadas socialmente, podendo ser desenvolvidas como direitos fundamentais humanos, necessários a todo e qualquer indivíduo em sociedade.

REFERÊNCIAS

BERGSON, Henri. **Matéria e Memória**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANDAU, Joel. **Memória e Identidade**. São Paulo: Contexto, 2012.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

HALBWACHS, Maurice. **A Memória Coletiva**. São Paulo: Centauro, 2003.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2017.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais** - conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TASSARA, Andrés Ollero. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o significado dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, nº43, ab./jun. 2003, p.57-72.

VIEILLARD-BARON, Jean-Louis. **Compreender Bergson**. Petrópolis: RJ: Vozes, 2007.

POVOS INDÍGENAS, SAÚDE E COVID-19: A CONSOLIDAÇÃO DE UMA NECROPOLÍTICA NO BRASIL

Osmar Veronese[1]
Jaqueline Reginaldo de Almeida[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde o início da pandemia de Covid-19, em 2020, o mundo vive desafiadoras crises sanitárias e humanitárias, envoltas em medos, incertezas e sofrimentos. Porém mesmo com uma crise mundial na saúde, considerar que a pandemia igualou todos os seres humanos é cruel, levando em conta as imensas desigualdades sociais, pois é sabido que muitas pessoas sequer têm acesso a condições mínimas de dignidade – como alimento, saneamento básico e acesso à saúde –, desigualdades essas

[1] Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales, pela Universidad de Valladolid/Espanha, Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Procurador da República/ Ministério Público Federal. Responsável pelo projeto de pesquisa "Estado, Constituição, Diferença: olhares críticos sobre a diversidade no constitucionalismo" e líder do Grupo de Pesquisa "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG/URI/Santo Ângelo/RS, Brasil.

[2] Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santo Ângelo/RS. Pós-graduada lato sensu em Direito Processual Civil - Faculdade CERS. Graduada em Direito pela Faculdade CNEC Santo Ângelo (2019). Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPGD Mestrado e Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS. Advogada.

potencializadas pelo contexto vivido. No entanto, uma coisa pode ser pontuada: a pandemia evidenciou a importância da solidariedade, da alteridade e da promoção dos direitos humanos para a construção de um mundo melhor. Observou-se e observa-se, ainda, a negligência e o negacionismo de alguns governos pelo mundo no enfrentamento da pandemia em nome da "saúde" e da economia, expondo as verdadeiras prioridades sociais, e afetando mais diretamente grupos historicamente subjugados e marginalizados.

A conjuntura histórica dos povos indígenas no Brasil é marcada por violência, falta de reconhecimento e extermínio de grupos, o que parece constantemente se repetir ao longo dos anos. Os povos indígenas continuam sendo encarados como entraves ao desenvolvimento econômico – um discurso fortificado no Brasil nos últimos anos. Por conseguinte, a sociedade dominante continua tentando impor sua "racionalidade", seus modos de vida e suas visões de mundo em detrimento das culturas tradicionais, o que provoca, além de contínuas violações de direitos, o estabelecimento de uma política de controle sobre os corpos indígenas. O descaso com a saúde indígena no enfrentamento da Covid-19 comprova a continuidade das violências praticadas desde o contexto colonial, a partir de políticas legitimadas/praticadas pelo próprio Estado. Assim, resta perguntar: a quem interessa ou a que interessa um novo genocídio contra os indígenas?

Nesse horizonte, o presente artigo visa investigar, a partir da obra do camaronês Achille Mbembe, de que maneira o descaso do Estado brasileiro, com o direito fundamental à saúde indígena, representa a consolidação de uma necropolítica[3] contra as

[3] À luz dos estudos de Achille Mbembe (2018), pode-se dizer que a necropolítica, ou política de morte, consiste em políticas de escravização e extermínio perpetradas contra determinados grupos sociais historicamente marginalizados, em que o próprio Estado, na expressão máxima da soberania, dita quem pode viver e quem deve morrer, criando mundos de morte e cenários de massivas violações de direitos, como será aprofundado no decorrer do artigo.

populações tradicionais. Para tanto, inicialmente, o trabalho desenvolve apontamentos sobre a conjuntura dos índios no Brasil, expondo um cenário de regulares violações de direitos, praticadas desde a colonização até os dias atuais. Após, esboça aspectos do direito fundamental à saúde, discute sua concretização na realidade dos povos indígenas e aborda o subsistema de saúde indígena pátrio. Por fim, para responder ao problema proposto, debate ações e omissões adotadas pelo poder público para o enfrentamento da Covid-19 nas comunidades tradicionais e interpreta o descaso com a saúde indígena como instrumento de consolidação de uma necropolítica. Na metodologia, o estudo usa-se da técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do modo de raciocínio dedutivo e dos métodos de abordagem hermenêutico e crítico-dialético.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: UM CENÁRIO DE CONTÍNUAS VIOLAÇÕES

Desde o início da colonização do Brasil, os indígenas enfrentam discriminação, marginalização e tentativas assimilatórias, práticas motivadas pela falta de reconhecimento das diferenças culturais e identitárias, e resultado da expansão-imposição de um determinado modo de vida hegemônico. A "conquista" de novos territórios pelos europeus estava ligada aos ideais de dominação, exploração e desenvolvimento econômico. Conforme Souza Filho[4], os europeus chegaram à América como se estivessem simplesmente expandindo suas fronteiras agrícolas, extraindo riquezas, devastando o solo e substituindo a natureza existente por outra – mais conhecida e dominada por eles. As guerras travadas contra a resistência dos povos tradicionais marcaram-se pela desigualdade de condições e crueldade, dado o

[4] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

conhecimento de instrumentos de guerra pelos europeus, como a pólvora, por exemplo[5].

Para Cunha[6], um gigantesco número de povos indígenas desapareceu da face da terra em consequência do que se denomina, num eufemismo envergonhado, "o encontro" das sociedades do Antigo e do Novo Mundo. É difícil de precisar a quantidade de índios que viviam no Brasil antes da chegada dos colonizadores (estando esse número na casa dos milhões). Dados levantados por Oliveira e Freire[7], a partir de estudos de Curt Nimuendaju, apontam a existência de cerca de 1.400 povos indígenas no território, que correspondia ao Brasil do descobrimento. Em contrapartida, de acordo com os dados do último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população indígena do Brasil é de 896,9 mil índios, sendo esse número ainda menor no século passado. Tal genocídio indígena "foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e micro-organismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil".

Nesse contexto, a colonização das Américas desconsiderou os conceitos indígenas de territorialidade e investiu contra povos, dividindo grupos, impondo inimizades imaginadas e alianças forçadas[8]. Para Gomes[9], desde 1500, o Brasil e os índios formam

[5] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 71-109.

[6] CUNHA, Manuela Carneiro da. Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). História dos índios no Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras: FAPESP: SMC, 1998. p. 9-24.

[7] OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. A presença indígena na formação do Brasil. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

[8] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

uma dupla incombinável, pois a relação entre ambas as histórias é claramente inversa: à medida que o primeiro cresce, o outro decresce. Desde os primeiros contatos, a imagem dos indígenas passou por uma série de construção simbólica negativa, sendo tachados de povos bárbaros, irracionais, sem cultura, desprovidos de fé ou religião; narrativas incorporadas ao imaginário social ao longo do tempo e que se refletem até os dias atuais nas formas de discriminação, preconceito e exclusão.

"O projeto colonial jamais permitiu variações além do que aquelas que fixavam, por princípio, a posição dos povos indígenas como súditos do rei, vassalos em sua própria terra e seres socialmente inferiores aos portugueses"[10]. Consoante Dornelles, Brum e Veronese[11], esse processo de dominação e conquista foi traumático, pois a sobreposição de uma civilização sobre as outras produziu transformações profundas, especialmente no aspecto da imposição cultural, em que os índios se viram obrigados a abdicar de seus usos e costumes em favor da nova cultura dominadora. Como aponta Souza Filho[12], a subjugação cultural e econômica promovia uma integração forçada, que não oferecia alternativa senão a destruição.

Nessa perspectiva de dominação e imposição, Dussel[13] trabalha o colonialismo como a face oculta da Modernidade. Para o autor latino-americano, a Modernidade tem sua gênese em 1492, quando a Europa se afirma como o centro de uma história

---

[9] GOMES, Mércio Pereira. Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Editora Contexto, 2012.

[10] *Idem,* p. 75.

[11] DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. Indígenas no Brasil: (in) visibilidade social e jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

[12] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 71-109.

[13] DUSSEL, Enrique. 1492 - O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt/Enrique Dussel. Tradução: Jaime A. Classen. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

mundial que se inaugura quando pôde se confrontar com o seu "outro", controlando-o, vencendo-o, violentando-o e definindo-se, assim, como um ego descobridor, conquistador e colonizador da alteridade constritiva da própria Modernidade. Dessa forma, prossegue o autor[14], esse "outro" não foi descoberto como outro, mas foi "en-coberto" pelo eurocentrismo, num processo em que se fez uma projeção do europeu no não-europeu. O autor reconhece o conceito emancipador racional da Modernidade, mas denuncia um mito irracional de justificação da violência que deve ser superado. Esse cenário pode ser verificado no Brasil, em que os povos indígenas foram encarados como povos a serem civilizados, povos que foram encobertos.

Essas concepções foram incorporadas pelo aparato jurídico-institucional brasileiro por séculos, o que muito contribuiu para a perpetuação de um imaginário social discriminatório. No que se refere à história constitucional brasileira, somente em 1934 a questão dos direitos indígenas ganhou status constitucional. A primeira Constituição do Brasil Império, outorgada em 1824, sequer faz menção aos índios. Mais tarde, foi editada a Lei n° 601, de 1850, a qual, de forma curiosa, estabeleceu que o Governo deveria reservar as terras devolutas que julgasse necessárias para a "colonização" dos indígenas. E igualmente à primeira Constituição da República de 1891, não houve menção sobre os índios em seu texto. Não obstante, em seu art. 64, transferiu aos Estados as terras devolutas, o que gerou uma confusão, pois durante algum tempo se concebeu que as terras indígenas como um todo tivessem passado ao domínio dos Estados[15].

Em 1910 foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que marca a transformação do órgão imperial em republicano e o início de uma política indigenista2 desvinculada da igreja, mas que manteve, em sua essência, uma ideia de integração dos povos

[14] *Idem.*
[15] CUNHA, Manuela Carneiro da. Os direitos do índio: ensaios e documentos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

indígenas, ou seja, a mesma expectativa de acabar com as culturas indígenas para assimilá-las à cultura nacional[16]. Adiante, como mencionado, a Constituição de 1934 foi a primeira que resguardou direitos indígenas. O art. 129 da Lei Mãe determinava o respeito à posse de terras em que os indígenas se achassem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (vendê-las ou transferi-las). De outro lado, mantendo a linha integracionista, a Constituição de 1934 estabelecia a competência privativa da União para legislar sobre "incorporação dos 'silvícolas'3 à comunhão nacional". A Constituição de 1937, que implementou o Estado Novo, manteve a disposição contida no art. 129 da anterior Lei Fundamental.

A Constituição de 1946, em seu art. 216, seguindo as duas anteriores, determinava o respeito à posse das terras permanentemente ocupadas pelos índios, com a condição de não haver transferência. Posteriormente, no período da ditadura civil-militar, a Constituição de 1967 atribuiu a propriedade das terras indígenas à União. Em seu art. 186 assegurou-se aos índios a posse permanente das terras que habitavam, reconhecendo assim o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Não obstante, permaneceu-se ainda a disposição relativa à incorporação desses povos à dita comunhão nacional. Também em 1967, com a extinção do SPI, foi criada a Fundação Nacional do Índio (Funai), responsável pela política indigenista até os dias atuais. A Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969, por muitos considerada uma nova Constituição, manteve as disposições do texto original de 1967, inovando ao determinar a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos indígenas. Já no ano de 1973 foi editada a Lei n° 6.001, o conhecido Estatuto do Índio, ainda em vigor, que apesar de tratar de importantes direitos indígenas, abarca uma visão extremamente integracionista.

[16] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá Editora, 2012

Somente com o marco da promulgação da Constituição Federal de 1988, na perspectiva de horizonte democrático, é que ocorre a desinstitucionalização de visões integracionistas e assimilatórias em relação aos povos indígenas, reconhecendo-se o direito à diferença. Consoante retrata Gomes[17], a Assembleia Constituinte abriu-se para a contribuição e participação de índios, do movimento indígena, de antropólogos, de ONG's e associações, o que possibilitou um resultado extremamente positivo para os povos indígenas. A Constituição Cidadã reserva um capítulo para tratar dos direitos indígenas, com dois artigos específicos de muito peso, reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e se fazer respeitar todos os seus bens. O art. 231 é aclamado pela virada constitucional de considerar as terras indígenas como advindas de um direito originário na esteira da teoria do indigenato, proposta por João Mendes Jr no início do século XX.

> O texto aprovado avançou significativamente em relação a todo o sistema anterior porque (1) ampliou os direitos dos índios reconhecendo sua organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças; (2) considerou o direito a terra como originário, isto é, anterior à lei ou ato que assim o declare; (3) conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural; (4) pela primeira vez, em nível constitucional, admitiu-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais e o de postular em juízo; (5) tratou com mais detalhes,

[17] GOMES, Mércio Pereira. Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Editora Contexto, 2012.

> estabelecendo assim melhores garantias, da exploração dos recursos naturais, especialmente os minerais, para o que exige prévia anuência do Congresso Nacional; (6) proibiu a remoção de grupos indígenas, dando ao Congresso Nacional a possibilidade de estudo das eventuais e estabelecidas exceções; (7) mas acima de tudo chamou os índios de índios e lhes deu o direito de continuarem a sê-lo[18].

Apesar da importante virada propiciada pela Constituição de 1988, a realidade social vivida deixa claro que o aniquilamento dos povos indígenas ainda não acabou, do contrário, continua ocorrendo, talvez com outros métodos e outras armas, mas com o mesmo ódio e fruto da mesma arrogância gananciosa[19]. O que se percebe é uma contínua reprodução das violações praticadas desde a colonização. Em uma primeira análise, a continuidade desse aniquilamento pode ser observada a partir de uma política de invizibilização dos indígenas e de suas demandas, em que o Estado pouco faz para preservar ou efetivar seus direitos, permitindo o esvaziamento do texto constitucional e o massacre das identidades indígenas. Nesse sentido, podem-se destacar as constantes violações territoriais sofridas, seja pela invasão e exploração de terras já demarcadas, seja pela omissão da União em demarcar territórios tradicionalmente ocupados. Essa conjuntura, além de causar morte e violência nas comunidades, é um dos mais graves atentados contra as culturas indígenas, tendo em vista a especial relação do índio com a terra, bem como sua importância na preservação de suas identidades culturais.

A questão da mineração ilegal em terras indígenas, que afetam especialmente os povos de Roraima, Pará, Amazônia e Mato Grosso, também é alarmante. As superestruturas de mineração dos exploradores e a magnitude das devastações

[18] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 90-91.
[19] Idem, ibidem.

provocadas são assustadoras. Além de toda a degradação ambiental, que também afeta na manutenção e reprodução das culturas, essas explorações interferem na própria saúde indígena, em razão da contaminação da água e do solo, bem como da proliferação de doenças trazidas pelos invasores, destruição de patrimônios ancestrais, e escravização e matança de índios. O governo federal não adota medidas efetivas no sentido de coibir tais práticas, pelo contrário, ultimamente tem até incentivado e tentado legitimar essas violações. Um exemplo disso é o PL 191/2020, proposto pelo Executivo Federal, em que se busca regulamentar a exploração econômica de territórios indígenas a partir de práticas como mineração, turismo, pecuária e exploração de recursos hídricos. No mesmo sentido é o PL 490/2007 que busca alterar regras sobre a demarcação de terras e legalizar explorações, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sem a participação ou oitiva das lideranças indígenas.

Outra tentativa de extermínio encontra-se na PEC 187/2016, aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em agosto de 2019, que busca regular a exploração de atividades agrícolas em territórios indígenas, além de incluir ressalvas às prerrogativas de inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade dos direitos territoriais indígenas, permitindo a implantação de parcerias agrícola e pecuária entre a Funai e "brasileiros que explorem essas atividades, conforme o interesse nacional, na forma compatível com a política agropecuária". Também merece destaque as tentativas de transferência da vinculação da Funai para o Ministério da Agricultura, chegando ao ponto de o Supremo Tribunal Federal (STF) precisar se manifestar e determinar que a demarcação das terras indígenas deva permanecer no Ministério da Justiça.

Não bastasse tudo até aqui exposto, indispensável destacar a chamada Tese do Marco Temporal, levantada no Parecer Normativo AGU 001/2017, aprovado pela Presidência da República. A partir desse documento, a administração pública

federal conferiu efeitos vinculantes às salvaguardas institucionais fixadas pelo STF no caso Raposa Serra do Sol. Todavia, a própria Corte Constitucional deixou claro que a decisão não é dotada de eficácia erga omnes, ou seja, não produz efeitos vinculantes ou frente a todos. A principal violação constante nesse posicionamento é a chamada Tese do Marco Temporal, que reconhece como terras tradicionalmente ocupadas somente aquelas que estavam sob domínio indígena quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. A normativa de observância em todos os órgãos da administração federal direta e indireta motivou a suspensão de vários estudos de delimitação e demarcação em andamento, assim como a abertura de procedimentos de revisão de outras inúmeras áreas já reconhecidas. Atualmente, os efeitos do Parecer Normativo estão suspensos por decisão do STF, que julgará a questão de forma definitiva no bojo do Recurso Extradordinário – RE – 1.017.365/SC, e enquanto isso, o Ministério Público Federal apresentou manifestação pela inconstitucionalidade do marco temporal.

Tal tese restringe e viola os direitos assegurados na Lei Fundamental de 1988, legitimando as violências praticadas desde a colonização. Para SOUZA FILHO (2018), o Marco Temporal é uma decretação de morte da comunidade ou povo por ele atingido, é uma violação aos direitos coletivos reconhecidos nacional e internacionalmente. Destaca-se que a Constituição de 1988 não trabalha com data certa, pelo contrário, se são reconhecidos os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, na linha do art. 231, é porque já existiam antes da promulgação. Na análise da questão, não se pode desconsiderar que: 1) diante de todo o histórico de desterritorialização enfrentado, inúmeros povos indígenas estavam despojados de seus territórios tradicionais na data de promulgação da Constituição; 2) somente com a Constituição Cidadã os índios foram legitimados a ingressar para juízo em defesa de seus interesses e direitos; 3) até a edição do Código Civil de 2002, os indígenas eram considerados relativamente

incapazes à luz do diploma civil anterior. Veja-se que os indígenas foram expulsos de suas terras, impedidos de defender seus direitos e que agora o mesmo Estado que por vezes patrocinou, expressa ou veladamente, essa expulsão, exige a ocupação na data de 5 de outubro de 1988.

De todo o exposto, impossível deixar de perceber que as violações praticadas desde a colonização continuam se reproduzindo, e que a destruição dos povos indígenas, de suas culturas e identidades, ainda são constantes. Infelizmente, todas as disposições constitucionais e internacionais de proteção dos povos indígenas têm pouca efetividade na realidade fática brasileira, conjuntura que precisa ser superada, sob pena do completo extermínio desses grupos. Ainda assim, importa destacar a resistência e a organização dos povos indígenas na cobrança por reconhecimento e efetivação de seus direitos, inclusive perante o Poder Judiciário, em movimento de defesa da autonomia e da autodeterminação.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DE POVOS INDÍGENAS

A saúde é um direito fundamental social de todos os cidadãos e um dever legal do Estado, reconhecido no art. 6° e especificado a partir do art. 196 da Constituição Federal de 1988, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam a redução do risco de doença e de outros agravos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mendes e Branco[20] observam que, enquanto os textos anteriores apenas faziam referências esparsas sobre o tema, a Carta de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. Nas palavras de Agra[21], o direito à saúde instiga o Estado ao cumprimento das

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP)

[21] AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018

demandas que possam propiciar aos cidadãos uma vida sem comprometimentos físicos ou mentais, tendo uma dimensão ampla que engloba todas as medidas protetivas da integridade da pessoa humana, exigindo medidas de caráter preventivo, com o objetivo de impedir o surgimento de doenças, e medidas de caráter recuperativo, visando restabelecer o bem-estar da população.

Na mesma senda, o conteúdo do direito à saúde depende do que se entende por saúde e do momento histórico estatal no qual se insere tal direito. Concebido sob o olhar individualista, liberal, a saúde corresponde somente à ausência de doenças, vista a partir do resultado (ter ou não a patologia), sem se preocupar com os motivos que deram causa ao surgimento do mal. Mas em uma perspectiva coletiva, a saúde depende das condições de vida comunitariamente compartilhadas (algo profundo nas comunidades indígenas), devendo ser examinada e tratada levando em conta o contexto social, associada às políticas sociais e econômicas. A saúde-doença, a partir dos marcos assinalados, passa a ser entendida como um processo resultante da forma como as pessoas vivem e se relacionam na sociedade, exsurgindo do ter ou não ter acesso à renda, ao trabalho, a terra, à educação, ao lazer, ao emprego, à moradia, ou seja, às condições do humano em seu habitat. Percebe-se, assim, uma mudança de eixo ainda em curso em relação à concepção de saúde, da organização da assistência centrada na doença, para a atenção integral à vida, com prioridade para as ações preventivas. Em sintonia com a proposta de construção de um Estado Social, o direito fundamental social à saúde exige a intervenção estatal, visando diminuir a desigualdade, dando potência ao princípio da igualdade, núcleo do modelo de Estado proposto[22].

Todos os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – têm o dever de cuidar da saúde, tendo em vista a competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição. De

[22] VERONESE, Luciane Gheller; VERONESE, Osmar. Saúde mental no Brasil: impasses e horizontes de uma política pública. Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, p. 75-90, jan./abr. 2017.

acordo com o art. 198 da Lei Maior, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, o Sistema Único de Saúde, SUS, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando a participação da comunidade[23]. Veja-se que a garantia do direito à saúde está essencialmente ligada à proteção da dignidade humana e do direito fundamental à vida, o que revela necessidade de uma prestação eficaz e adequada.

Hodiernamente prevalece o entendimento de que a saúde é um direito subjetivo e fundamental (social) e não mais um direito enunciado de modo eminentemente programático[24].

> a) O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível); b) A responsabilidade do Estado é solidária, abrangendo todos os entes da Federação; c) Embora em regra o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados (Legislativo e Executivo), no sentido de que aos cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas pelo SUS, em caráter excepcional, notadamente quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes;
> d) A desproporcional afetação do sistema de saúde e comprometimento da ordem pública (inclusive

[23] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP)

[24] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

> das diversas dimensões da reserva do possível) deve ser demonstrada pelo poder público[25].

Diante das práticas culturais em relação a medicinas tradicionais, o direito à saúde indígena precisa ser garantido a partir de uma perspectiva intercultural, sob pena de assimilação ou imposição cultural. A Constituição de 1988, reconhecendo as organizações sociais indígenas, assegura a efetivação desse direito fundamental de forma especial e diferenciada. Todavia, até 1999 não existia no Brasil um sistema específico e minimamente estruturado de saúde indígena. O Estatuto do Índio, de 1973, limitou-se a estabelecer, em seu art. 54, que "os índios têm direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional".

No plano internacional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, OIT, assegura, em seu art. 25, que o direito à saúde dos povos indígenas deve considerar as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007, em seu art. 24, também garante o direito ao uso dos medicamentos tradicionais, à manutenção de suas práticas de saúde, bem como o direito de usufruir o mais alto nível possível de saúde física e mental. Por fim, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2016, igualmente salvaguarda a concretização do direito à saúde indígena de forma particularizada, conforme disposições do art. XVIII, cabendo aos Estados a promoção de políticas interculturais nos serviços médicos e sanitários prestados às comunidades indígenas.

Voltando ao contexto brasileiro, em novembro de 1986 foi realizada a 1ª Conferência Nacional de Proteção à Saúde do Índio, a qual indicou, conforme Buchillet[26], a necessidade de implantação de um modelo que garantisse aos índios o direito

[25] *Idem,* p. 342-343.
[26] BUCHILLET, Dominique. Bibliografia crítica da saúde indígena no Brasil (1844-2006). Quito: Abya-Yala, 2007.

universal e integral à saúde, a importância de se respeitar as especificidades étnicas, socioculturais e as práticas terapêuticas de cada grupo, bem como a necessidade de se garantir a participação indígena nas políticas públicas de saúde. Assim, entretempo, promulgou-se a Constituição de 1988 e implantado o Sistema Único de Saúde. Até 1991, a política de atenção à saúde dos povos indígenas era executada pela Funai, através das Equipes Volantes de Saúde, criadas em cada delegacia regional[27]. O Decreto nº 23, de 4 de fevereiro de 1991, transferiu à Fundação Nacional de Saúde a responsabilidade pela saúde das populações indígenas, englobando as etapas de planejamento e as políticas de execução. O Decreto também previa, em seu art. 4°, § 1º, que as ações e serviços deveriam ser desenvolvidos segundo modelo de organização na forma de distritos sanitários de natureza especial. Assim, em outubro de 1993 foi realizada a 2ª Conferência Nacional de Saúde Indígena, que de forma mais concreta contribuiu para a posterior criação de um subsistema específico.

Mais tarde, o Decreto n° 1.141, de 5 de maio de 1994, revogou o Decreto n° 23/1991 e dispôs sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas. Tal normativa instituiu uma Comissão Intersetorial de Saúde com a participação de vários ministérios relacionados com a questão indígena, sob a presidência do Ministério da Justiça, órgão ao qual a Funai é até hoje vinculada, restituindo a ela a coordenação, a nível nacional, das ações governamentais voltadas à saúde indígena. Entretanto, apesar do modelo instituído, ocorreu uma compartimentalização das ações de saúde, instaurando uma divisão entre as atividades de assistência e de prevenção, em que a Funai tornou-se responsável pelo aspecto curativo e pelo Ministério da Saúde, através da Fundação Nacional de Saúde, Funasa, pelas ações de prevenção em saúde[28].

[27] Idem.
[28] Idem.

A partir do segundo semestre de 1998 e ao longo do ano de 1999 diversas reuniões e discussões a nível regional e nacional lograram reformular a política de assistência à saúde indígena de modo a reverter a crítica situação sanitária em relação a esses povos[29]. No mesmo sentido, Garnelo[30] observa o fato sobre o reconhecimento de que o modo de vida indígena tem particularidades que devem ser respeitadas e de que o SUS não dispunha de preparo adequado para o atendimento especial, levaram à proposta de organização de um sistema de saúde específico para os povos indígenas. Assim, foi editada a Lei n° 9.836, de 23 de setembro de 1999, criando o Subsistema de Atenção aos Povos Indígenas no âmbito do Sistema Único de Saúde, conhecida como Lei Arouca, em vigor até os dias atuais.

Destarte, esse subsistema especial de saúde é custeado pela União, sendo hierarquizado, regionalizado e descentralizado pelos Distritos Sanitários Especiais Indígenas. Com a Lei Arouca, o Ministério da Saúde, por intermédio da Funasa, ficou responsável por coordenar e executar as ações de saúde indígena. Dessa forma, em razão desse órgão federal dispor de pouco pessoal próprio para desenvolver suas tarefas, optou-se por subcontratar municípios e organizações não governamentais para a realização das ações de saúde em aldeias onde a Funasa não contasse com rede própria. Além disso, a coordenação nacional do subsistema passou a ser feita pelo Departamento de Saúde Indígena (Desai), um setor da Funasa[31].

A Portaria do Ministério da Saúde n° 254, de 31 de janeiro de 2002, aprovou a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas. Mais tarde, a Portaria MS n° 70, de 20 de janeiro de 2004, aprovou as Diretrizes da Gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena. Em 2010 foi criada a

[29] Idem.
[30] GARNELO, Luiza. Política de Saúde Indígena no Brasil: notas sobre as tendências atuais do processo de implantação do subsistema de atenção à saúde. In: GARNELO, Luiza; PONTES, Ana Lúcia (org.). Saúde indígena: uma introdução ao tema. Brasília: MEC, 2012. p. 18-58
[31] Idem.

Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), também vinculada ao Ministério da Saúde. Com isso, a Funasa deixou de ser responsável pela saúde indígena, passando à Sesai o encargo de coordenar e executar a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, bem como de gestar todo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

O subsistema estabelecido pela Lei n° 9.836 determina a obrigatoriedade de se levar em consideração a realidade local, as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. "Neste sentido, cabe ao Estado não somente disponibilizar serviços médicos para os povos indígenas, mas também proporcionar os meios necessários às comunidades indígenas para melhorar e exercer o controle sobre sua saúde"[32].

O referido subsistema de saúde indígena estrutura suas unidades de ação segundo a proposta dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, que se caracterizam como uma rede interconectada de serviços de saúde, a fim de oferecer cuidados de atenção primária à saúde, adequados às necessidades sanitárias da maioria da população[33]. Conforme a Portaria do Ministério da Saúde n° 1.801, de 9 de novembro de 2015, o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (Sasisus), é formado pelos seguintes estabelecimentos: I - Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI); II – Polo Base (PB); III – Unidade Básica de Saúde Indígena (UBSI); e IV – Casa de Saúde Indígena (Casai). De acordo com a normativa, os DSEI's são espaços territoriais, etnoculturais e populacionais, onde vivem povos indígenas e desenvolvem-se

[32] BUCHILLET, Dominique. Bibliografia crítica da saúde indígena no Brasil (1844-2006). Quito: Abya-Yala, 2007, p. 8.

[33] GARNELO, Luiza. Política de Saúde Indígena no Brasil: notas sobre as tendências atuais do processo de implantação do subsistema de atenção à saúde. In: GARNELO, Luiza; PONTES, Ana Lúcia (org.). Saúde indígena: uma introdução ao tema. Brasília: MEC, 2012. p. 18-58

ações de atenção básica de saúde indígena e saneamento básico, respeitando os saberes e as práticas de saúde indígena tradicionais, dentro de determinada área geográfica, sob sua responsabilidade, podendo abranger mais de um município e/ou um estado. Conforme informações da Sesai[34], hoje existem 34 (trinta e quatro) DSEI's no país, divididos estrategicamente por critérios territoriais.

Os Polos Base são subdivisões territoriais dos DSEI's e constituem base para as Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena (EMSI) organizarem técnica e administrativamente a atenção à saúde de uma população indígena adstrita, configurando-se como primeira referência para os agentes indígenas de saúde e saneamento, que sejam atuantes nas aldeias, podendo sua sede estar localizada numa aldeia indígena ou em uma área urbana de município. As Unidades Básicas de Saúde Indígena são os postos estabelecidos nas aldeias, variando a estrutura conforme a quantidade de população nos territórios. As Casas de Saúde Indígena, por sua vez, são responsáveis pelo apoio, acolhimento e assistência aos indígenas referenciados à rede de serviços do SUS para realização de ações complementares de atenção básica e de atenção especializada, sendo destinadas também aos acompanhantes, quando necessário.

Analisando brevemente os dados da Sesai[35], observa-se que o DSEI Interior Sul, por exemplo, atende uma população de 42.518 indígenas divididos em 199 aldeias, contando com 65 Unidades Básicas de Saúde Indígena, 9 Polos Base e nenhuma Casa de Saúde Indígena. O DSEI Manaus atende 31.911 indígenas divididos em 252 aldeias, contando com 17 Polos Base, 18 Unidades Básicas de Saúde Indígena e 1 Casa de Saúde Indígena. Esses dados disponibilizados pelo governo federal, mas não apresentam informações se todas as unidades de saúde elencadas estão efetivamente funcionando. Veja-se que, a partir de estudos realizados é recorrente "a informação de que o

[34] Disponível em: https://saudeindigena1.websiteseguro.com/coronavirus/dsei
[35] Disponível em: https://saudeindigena1.websiteseguro.com/coronavirus/dsei/

atendimento à população aldeada é descontínuo e de baixa qualidade técnica, que há elevada rotatividade e/ou falta de profissionais para realizar o atendimento, ao lado da escassez de materiais e equipamentos necessários ao desenvolvimento das ações de saúde"[36].

Apesar da existência de um sistema especial, a efetivação do direito fundamental à saúde indígena ainda sofre com muitas limitações e tentativas de retrocessos. A implementação de políticas de saúde diferenciadas, que efetivamente considerem as práticas culturais e tradicionais, continua sendo uma das principais reivindicações dos povos indígenas. Nos últimos períodos, em vez de o Estado brasileiro aprimorar o subsistema de saúde e concretizar os direitos indígenas de maneira geral, tem atuado em desfavor dessas populações. No início de 2019, o governo federal cogitou extinguir a Secretaria Especial de Saúde Indígena, proposta abandonada depois de diversos protestos em todo território nacional. Igualmente, o Decreto n° 9.759, de 11 de abril de 2019, extinguiu o Fórum de Presidentes de Conselhos Distritais de Saúde Indígena (Condisis), acabando com o controle social e participação democrática na saúde indígena. Outrossim, o Decreto n° 9.795, de 17 de maio de 2019, extinguiu o Departamento de Gestão da Sesai e, no que trata da saúde indígena, preconiza a "integração do subsistema ao SUS".

Não bastasse o fim do Programa Mais Médicos, do governo federal, fragilizou ainda mais a saúde indígena no Brasil. Com o fim do programa, conforme o Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil[37], a saúde indígena perdeu 81% do contingente de médicos, um deficit real de 301, do total de 372 médicos que atendiam à população indígena no país. Todos esses fatos evidenciam a precarização da saúde indígena, algo que se

[36] GARNELO, Luiza. Política de Saúde Indígena no Brasil: notas sobre as tendências atuais do processo de implantação do subsistema de atenção à saúde. In: GARNELO, Luiza; PONTES, Ana Lúcia (org.). Saúde indígena: uma introdução ao tema. Brasília: MEC, 2012. p. 18-58

[37] CIMI. Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2018. [S.l.]: CIMI, 2018

mostra muito grave, tendo em vista que a população indígena historicamente tem condições de saúde bem piores que as da média dos brasileiros não indígenas. Assim, a efetivação do direito à saúde dos povos indígenas não está na margem de discricionariedade do Estado, pelo contrário, constitui um dever primordial diretamente ligado à garantia da própria vida desses grupos.

O DESCASO DO ESTADO BRASILEIRO COM A SAÚDE INDÍGENA NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19: A CONSOLIDAÇÃO DE UMA NECROPOLÍTICA

Desde o surgimento do novo coronavírus, o mundo vive uma catástrofe humanitária e sanitária sem precedentes. Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi informada acerca da existência de inúmeros casos de pneumonia na cidade de Wuhan, localizada na China, causados por um novo tipo de coronavírus (SARS-CoV-2), até então não identificada em humanos, causador da doença Covid-19. Diante dos surtos em diferentes locais, em 30 de janeiro de 2020 a OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Mais tarde, em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. Desde então, já foram confirmados mais de 185 milhões de casos no mundo[38].

Conforme informações da Universidade JohnsHopkings[39], o Brasil, em julho de 2021, era o terceiro país com o maior número de casos no mundo, com mais de 18 milhões de confirmações e mais de 526 mil mortes. Em junho de 2022, os mortos chegam a 670 mil. Os tristes números refletem a forma de enfrentamento traçada pelo país, especialmente pelo governo

[38] Conforme informações da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_cont

[39] Mapa Interativo Coronavírus em tempo real: https://coronavirus.jhu.edu/map.html

federal, destacando-se a questão da deficiência da estruturação do Estado Social brasileiro, que está longe de ser implementado.

Em que pesem tais limitações, é necessário pontuar que a pandemia foi menosprezada e politizada no Brasil, criando-se uma rivalidade imaginada entre medidas de enfrentamento do vírus e a manutenção da economia. Por certo, o contexto vivido tem afetado todos os brasileiros, porém, como observa Santos[40], as pandemias não matam tão indiscriminadamente quanto se julga. Ou seja, o alto número de mortos obtidos no surto pandêmico é mais "direcionado" aos corpos racializados e sexualizados – corpos vulneráveis – que estão mais vulnerabilizados pelas condições de vida impostas socialmente pela discriminação a que estão sujeitos.

Nesse sentido, no estudo intitulado Análise de Vulnerabilidade Demográfica e Infraestrutural das Terras Indígenas à Covid-19[41], na intenção de contribuir nas ações de contenção e prevenção, pesquisadores levantaram dados sobre o percentual de pessoas idosas nas terras indígenas, a média de moradores por domicilio, a existência de banheiro de uso exclusivo ou sanitário nos domicílios, a rede de abastecimento de água, e a localização da terra indígena em relação aos municípios com disponibilidade de leitos em Unidade de Terapia Intensiva, UTI, apresentando resultados que ratificam uma maior vulnerabilidade, bem como a necessidade de uma singular atenção. Além de continuamente enfrentarem diversas dificuldades na efetivação do direito fundamental à saúde, estudos também apontam que os povos indígenas são vulneráveis a infecções respiratórias agudas e, mesmo fora de períodos

[40] SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.
[41] Disponível em: https://apublica.org/wp-content/uploads/2020/04/caderno-demografia-indigena.pdf

epidêmicos, são umas das principais causas de morbidade e mortalidade nas populações[42].

Note-se que, segundo estudos da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (2015), a saúde para os povos indígenas equivale à coexistência harmoniosa dos seres humanos com a natureza, entre eles e com outros seres na busca do bem-estar, articulando elementos físicos, mentais, espirituais e emocionais, tanto sob a perspectiva das pessoas como das comunidades, e envolve componentes políticos, econômicos, sociais e culturais. "Como consequência, o direito à saúde dos povos indígenas deve ser entendido tanto em sua dimensão individual como coletiva, sendo interdependente da realização de outros direitos humanos"[43]. O relatório ainda aponta que a discriminação estrutural, o empobrecimento derivado da desapropriação sistemática de seus territórios, a perda das formas de vida tradicionais, os obstáculos para a participação política e o racismo institucionalizado exercem um forte impacto negativo sobre a saúde dessas populações[44]. Assim sendo, diante de todas as violações enfrentadas, não se pode ignorar que a saúde desses povos é constantemente abalada.

Ainda assim, apesar de todas as atrocidades, o Brasil ainda abarca a maior diversidade de povos indígenas da América Latina, com 305 povos, o que evidencia a vasta pluralidade cultural [45] Essa realidade multicultural é uma enorme riqueza, entretanto, é marcada por um fato incontestável: "gran parte de sus habitantes viven en condiciones de vulnerabilidad extrema, lo que significa, entre otros aspectos, altas tasas de desnutrición, inaccesibilidad a servicios de salud, precariedad de

[42] FIOCRUZ. Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020.
[43] CEPAL. Os povos indígenas na América Latina: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Santiago: CEPAL, 2015
[44] Idem.
[45] FILAC. Los pueblos indígenas ante la pandemia del Covid-19. La Paz: Filac, 2020.

infraestructura"[46], ou seja, conjunturas ainda mais agravadas pela pandemia. Conforme dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib)[47], mais de 56 mil índios já foram contaminados, mais de 1.100 morreram e 163 povos já foram afetados. Todavia, os dados oficiais do governo apontam números menores: cerca de 50 mil confirmados e 732 óbitos[48].

O que se observa é uma "desatenção especial, além da fragilização do sistema de saúde indígena, que proporciona reclamação da parte dos povos tradicionais sobre o descaso do governo federal no enfrentamento da pandemia de Covid-19, uma espécie de omissão deliberada. Uma das principais questões levantadas pelos indígenas é o ingresso e a presença de garimpeiros, madeireiros e grileiros nos territórios tradicionais, invasores que levam a doença até as comunidades, situações que o poder público nada faz para coibir. Veja-se que as atividades assistenciais foram restringidas pela Funai já no dia 17 de março de 2020, conforme a Portaria nº 419/ PRES. Todavia, medidas concretas de restrição de entrada ou retirada de invasores não foram adotadas. Pelo contrário, o governo parece incentivá-las, em muitos casos.

Por exemplo, durante a pandemia, a Funai editou a Instrução Normativa n° 9, de 16 de abril de 2020, que disciplina o requerimento, análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL) em relação a imóveis privados, a qual facilita a invasão de territórios. Conforme a Recomendação n° 13/2020, assinada por 49 Procuradores da República de 26 estados, o Ministério Público Federal, MPF, defende a anulação da referida normativa, pois ela permite, de forma ilegal e inconstitucional, o repasse de títulos de terra a particulares dentro de áreas indígenas protegidas pela legislação brasileira; estabelece indevida precedência da propriedade privada sobre as terras indígenas; e aumenta gravemente os riscos

[46] Idem.
[47] Atualização diária dos dados em: https://covid19.socioambiental.org/
[48] Disponível: https://saudeindigena.saude.gov.br/corona

de conflitos fundiários e danos socioambientais[49]. Na mesma linha, segundo manifestação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, a normativa revela-se inconstitucional e ilegal[50], especialmente em razão de a Funai se exonerar de seu dever constitucional, legal e regulamentar de promover o reconhecimento e defender a posse tradicional indígena, bem como zelar pela propriedade imobiliária da União.

Além disso, de acordo com estudo realizado por Ferreira (2020), em 20 de março de 2020 o Ministério da Saúde reconheceu a transmissão comunitária do novo conoravírus em todo o território nacional. Entretanto, o Informe Técnico n° 4/Sesai[51], datado em 30 de março de 2020, informa que, por não ter sido confirmado casos de transmissão comunitária por Covid-19 nas aldeias indígenas atendidas pelo Sasisus, os DSEI's se encontram no nível de resposta de alerta e em fase de contenção. Em outras palavras, o informe não reconheceu a transmissão comunitária nos territórios indígenas, tendo sido retirada a passagem acerca do Informe Técnico n° 5/Sesai, de 8 de maio de 2020. Para Ferreira[52], não reconhecer a inserção das comunidades indígenas no contexto de transmissão comunitária do coronavírus, declarado para o Brasil desde 20 de março de 2020, tem consequências dramáticas para a saúde dos povos tradicionais brasileiros. A antropóloga enfatiza que a negação da situação de transmissão comunitária no contexto das aldeias indígenas parece operar com a lógica de que as fronteiras das comunidades com a

[49] Mais sobre a atuação do MPF: http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-recomenda-ao-presidente-da-funai-que-anule-imediatamente-portaria-que-permite-grilagem-de-terras-indigenas

[50] Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PGR0016730020202.pdf

[51] Documentos SESAI: https://drive.google.com/drive/folders/1NypkAgVkBQU5ztQ4yWVgh1bgxdiBlBhh

[52] FERREIRA, Luciane Ouriques. Relatório técnico contendo análise dos Protocolos e Normativas do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Atenção à Saúde Indígena (SESAI/MS) para o enfrentamento da COVID-19 junto aos povos indígenas. Cuiabá: OPAN, 2020

sociedade nacional são bem delimitadas, como se fossem totalmente isoladas de onde a transmissão comunitária está acontecendo, o que não denota a realidade.

Outro cuidado negligenciado diz respeito aos profissionais de saúde indígena como agentes de transmissão[53]. O primeiro caso de indígena detectado com Covid-19 no Brasil ocorreu no Amazonas, a partir de contato com um médico infectado. Assim, o Informe Técnico n° 4/Sesai recomenda que os profissionais de saúde não façam atendimentos à população indígena no caso de apresentarem sintomas respiratórios. Também se recomenda que os profissionais que residam em municípios com transmissão voluntária e apresentem sintomas respiratórios não realizem atendimentos às populações tradicionais. Veja-se que a suspensão do atendimento foi recomendada somente no caso de apresentação de sintomas, desconsiderando a questão dos assintomáticos, que também podem transmitir o vírus. Assim, somente nos casos de povos indígenas isolados e de recente contato, o Informe Técnico n° 4 apontou a necessidade de quarentena antes da entrada nos territórios.

Mais um descaso que merece ser apontado é a negativa de atendimento por parte da Sesai a indígenas residentes nas cidades. O Ministério Público Federal no Município de Santarém/PA expediu recomendação requerendo a contabilização nos dados e boletins oficiais da secretaria sobre os dados epidemiológicos relativos à Covid-19 entre os indígenas, na cidade de Alter do Chão/PA. Conforme o órgão, a Sesai se recusa a atender povos e famílias residentes fora de terras indígenas e, durante a pandemia do novo coronavírus, também se nega a contabilizar os casos de Covid-19 na população indígena urbana, o que distorce os dados reais da pandemia em relação aos povos indígenas[54]. Com o início da vacinação, as populações tradicionais foram definidas como prioritárias no plano nacional de imunização. Todavia, os

[53] Idem.

[54] Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/mpf-recomenda-que-secretaria-de-saude-indigena-contabilize-casos-de-covid-19-entre-indigenas-de-alter-do-chao-pa

indígenas em contexto urbano, residentes nas cidades ou fora dos territórios tradicionais enfrentam dificuldades para conseguir a vacina.

Em nota pública, divulgada em 5 de junho de 2020, o Ministério Público Federal (MPF) critica o posicionamento do governo federal na garantia da saúde dos povos indígenas no contexto da pandemia de Covid-19, alertando a sociedade da gravidade da situação[55]. Diante de tamanho desprezo com a saúde indígena no enfrentamento da Covid-19, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, juntamente com vários partidos políticos, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 no STF, protocolada em 1° de julho de 2020, denunciando todo um conjunto de ações e omissões do poder público que corporificam graves riscos de um genocídio e de extermínio de diversos povos. Conforme dados da petição inicial[56], o índice de letalidade da Covid-19 entre povos indígenas é de 9,6%, enquanto que entre a população brasileira em geral é de 5,6%.

No dia 8 de julho de 2020, a Corte brasileira deferiu parcialmente as medidas cautelares requeridas na inicial, determinando à União a adoção de várias medidas para a contenção da doença nas comunidades, bem como a proteção da saúde e da vida dos indígenas. Em contrapartida, no mesmo dia, o Presidente da República vetou importantes dispositivos do Projeto de Lei 1142/2020, voltado à proteção das populações indígenas. Dos trechos vetados, destacam-se: a obrigação de o governo fornecer água potável, materiais de higiene e limpeza às comunidades; a garantia de oferta emergencial de leitos hospitalares e de UTI a índios e quilombolas; a liberação de verba emergencial à saúde indígena; e o estabelecimento de facilidades ao auxílio emergencial. De todo o contexto, possível perceber o grave e recorrente descaso do governo brasileiro com a saúde dos

[55] Vale a leitura da nota: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/em-nota-publica-mpf-alerta-sobre-descaso-com-a-saude-indigena-durante-pandemia-da-covid-1

[56] Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/adpf-apib.pdf

povos indígenas, inclusive no sentido de desconsiderar a própria condição humana desses indivíduos.

O cenário evidencia a reprodução de contextos históricos de violências praticadas contra os povos indígenas desde a colonização brasileira. As ações e omissões do poder público na questão da saúde somam-se a outras tantas violações já enfrentadas por essas populações, como aqui já mencionado. Todas essas políticas sobre os corpos indígenas fazem refletir a quem ou a que interessa esse regime de extermínio que há tempos vem sendo empreendida? Toda a situação fática parece evidenciar o estabelecimento de uma necropolítica em face dos povos indígenas, que encontra na pandemia de Covid-19 a sua consolidação.

O termo necropolítica foi cunhado por Achille Mbembe, com inspiração nos conceitos de biopolítica e biopoder formulados por Foucault em estudos durante a década de 1970, no qual o autor pressupõe que a expressão máxima da soberania reside no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Conforme Mbembe (2018), matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, são seus atributos fundamentais. "Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implementação e manifestação do poder"[57].

Analisando o contexto histórico, em que os povos indígenas, suas culturas, identidades, crenças e tradições foram (e continuam sendo) colonizados, encobertos, desumanizados e descartados, pode-se claramente observar inscrições de poder sobre os corpos indígenas, uma espécie de biopolítica e, em última análise, uma política de morte. A biopolítica promove uma politização da vida ou a conversão da vida em objeto natural de governo, "transformando-a em um recurso natural qualificado

[57] MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução: Renata Santini. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

para os processos de produção e gestão dos estados e das instituições"[58].

Tendo por base a noção de soberania, a formação do Estado moderno e a racionalização da prática governamental, Foucault investiga como o poder, a partir dos séculos XVII – XVIII, passa a interferir e conduzir a vida humana, ou seja, como a vida biológica passa a se converter em objeto político.

> Parece-me que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi, é o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico. Creio que, para compreender o que se passou, podemos nos referir ao que era a teoria clássica da soberania que, em última análise, serviu-nos de pano de fundo, de quadro para todas essas análises sobre a guerra, as raças, etc. Na teoria clássica da soberania, vocês sabem que o direito de vida e de morte era um de seus atributos fundamentais. Ora, o direito de vida e de morte é um direito que é estranho, estranho já no nível teórico; com efeito, o que é ter direito de vida e de morte? Em certo sentido, dizer que o soberano tem direito de vida e de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver; em todo caso, que a vida e a morte não são desses fenômenos naturais, imediatos, de certo modo originais ou radicais, que se localizariam fora do campo do poder político[59].

Assim, no pensamento de Foucault, o termo biopolítica, como uma chave hermenêutica de compreensão da realidade a partir da Modernidade, tem-se como o poder de expor uma

[58] SOUZA, Danigui Renigui Martins de. A biopolítica em Giorgio Agamben: estado de exceção, poder soberano, vida nua e campo. 2017

[59] FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

população à morte geral é o inverso do poder de garantir a outra sua permanência em vida. “Se o genocídio é, de fato, o sonho dos poderes modernos, não é por uma volta, atualmente, ao velho direito de matar; mas é porque o poder se situa e exerce ao nível da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços de população”[60].

À luz de tais premissas, Mbembe[61] formula o conceito de necropolítica na perspectiva da questão racial, em que o próprio Estado e a sociedade legitimam e/ou reproduzem uma política de escravização e extermínio dos corpos negros, fatos perfeitamente aplicáveis ao cenário dos povos indígenas do Brasil. Nesse sentido, sua preocupação central é com as formas de soberania cujo projeto central não é a luta pela autonomia, mas a instrumentalização da existência humana e da destruição material de corpos e populações.

Mbembe[62]relaciona a noção de biopoder de Foucault aos conceitos de estado de exceção e de estado de sítio. Para o filósofo camaronês, em tais instâncias, o poder, que não se limita ao poder estatal, continuamente apela à exceção, à emergência e a uma noção ficcional de inimigo. O biopoder parece funcionar mediante uma divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer. Tal controle distribui a espécie humana em grupos, subdivide a população em subgrupos, estabelecendo uma censura biológica entre uns e outros, conforme a leitura de Mbembe[63]. Como assinala o autor, qualquer relato histórico do surgimento do terror moderno precisa tratar da escravidão, que pode ser considerada umas das primeiras manifestações da experimentação biopolítica. “De fato, a condição de escravo resulta de uma tripla perda: perda de um ‘lar’, perda de direitos sobre seu corpo e

[60] FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.
[61] MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução: Renata Santini. São Paulo: n-1 Edições, 2018.
[62] Idem.
[63] Idem.

perda de estatuto político. Essa tripla perda equivale a uma dominação absoluta, uma alienação de nascença e uma morte social (que é expulsão fora da humanidade)[64]".

As colônias, como instauradoras de terror, são zonas em que a guerra e desordem ficam lado a lado, ou seja, são locais em que os controles e as garantias podem ser suspensos e que a violência do estado de exceção supostamente opera o serviço da "civilização". "Aos olhos do conquistador, vida selvagem' é apenas outra forma de 'vida animal', uma experiência assustadora, algo radicalmente outro (alienígena), além da imaginação ou da compreensão[65]". Assim sendo, o direito soberano de matar não está sujeito a qualquer regra nas colônias, podendo o soberano matar a qualquer momento e de qualquer maneira, pois as guerras coloniais são projetadas como a expressão de uma hostilidade absoluta que coloca o conquistador diante de um inimigo absoluto.

Dessa forma, o autor observa que a ocupação colonial em si foi uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico, inscrevendo sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais; o que significou a produção de fronteiras e hierarquias, a subversão dos regimes de propriedade existentes, a classificação das pessoas de acordo com diferentes categorias e a produção de imaginários culturais. Esses imaginários deram sentido à instituição de direitos diferentes, para diferentes categorias de pessoas, para fins diferentes no interior de um mesmo espaço; em resumo, o exercício da soberania. De acordo com o autor, soberania aqui significa ocupação, e ocupação significa relegar o colonizado a uma terceira zona, entre o estatuto de sujeito e objeto. Nesse contexto, a soberania passa a definir quem importa e quem não importa, quem é descartável e quem não é[66].

Todavia, o autor também pontua que não se pode pensar que esses arquétipos ficaram em um passado distante. Para ele, a

[64] Idem, p. 27.
[65] Idem, p. 35.
[66] Idem.

ocupação colonial tardia difere em muitos aspectos da primeira ocupação moderna, especialmente em razão da combinação entre disciplina, biopolítica e necropolítica. Tais colonizações contemporâneas funcionam a partir de três dinâmicas especificas de formação do terror, quais sejam: fragmentação territorial, acesso proibido a certas zonas e expansão dos assentamentos. "O objetivo desse processo é duplo: impossibilitar qualquer movimento e implementar a segregação à moda do Estado do apartheid"[67].

Seguindo a perspectiva, também se pode verificar, a partir da colonização brasileira, a gênese de uma política de morte sobre os corpos indígenas, que passa a ser legitimada e praticada pelo próprio Estado, desde o Período Colonial, em nome de um modo de organização desenvolvimentista e de um capitalismo predatório. É como se determinados grupos tivessem sua dignidade humana desconsiderada, sendo excluídos dos ideais da nação. Para ele, uma relação desigual é estabelecida ao mesmo tempo em que é afirmada a desigualdade do poder sobre a vida. "Esse poder sobre a vida do outro assume a forma de comércio: a humanidade de uma pessoa é dissolvida até o ponto em que se torna possível dizer que a vida do escravo é propriedade do seu senhor". Assim, é proposta a concepção de necropolítica ou necropoder para analisar as várias maneiras pelas quais o mundo contemporâneo age com o objetivo de provocar a destruição máxima de pessoas e criar mundos de morte, formas únicas de existência social em que populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem ao estatuto de "mortos-vivos"[68].

Nessa ótica, a necropolítica pode ser compreendida como uma política em que o próprio Estado dita quem pode viver e quem deve morrer, como uma prática em que o Estado, a partir de ações ou omissões, adota políticas de morte em face de determinados indivíduos. Diante do contínuo cenário de violação de direitos, estabelecido desde a colonização e renovado nos

[67] Idem, p. 43.
[68] Idem, p. 29.

últimos tempos, é inevitável reconhecer que o descaso com a saúde dos povos indígenas no contexto da pandemia de Covid-19 evidencia a consolidação de uma política de morte contra essas populações tradicionais, há muito tempo concebida no Brasil. As ações aniquiladoras e as omissões que permitem violações de direitos instauram uma necropolítica sobre os corpos indígenas, bem como a posição do poder público, no enfrentamento da pandemia, deixa transparecer a cruel conveniência de um novo extermínio das comunidades tradicionais. Tal necropolítica se consolida especialmente pelo "deixar morrer", o que tem se mostrado muito conveniente às políticas governamentais atuais e à expansão econômica sobre os territórios tradicionais, considerando que até hoje os índios não são reconhecidos em suas diferenças culturais e identitárias. É uma falta de reconhecimento que leva à aniquilação do outro. É o Estado ditando quem "pode-deve" morrer, ou ainda quem "pode-deve" morrer prioritariamente, tendo em vista o descaso generalizado com a vida dos brasileiros por parte de alguns governantes.

Como Judith Butler[69] observa, se certas vidas não são qualificadas como vidas ou se, desde o começo, não são concebíveis como vidas de acordo com certos enquadramentos epistemológicos, então essas vidas nunca serão perdidas no sentido pleno da palavra. "Assim, há 'sujeitos' que não são exatamente reconhecíveis como sujeitos e há 'vidas' que dificilmente – ou, melhor dizendo, nunca – são reconhecidas como vidas[70]". Como leciona Warat[71], a tutela constitucional dos direitos fundamentais pressupõe que os garantidos sejam cidadãos, e não excluídos ou postos socialmente em situação de permanente exceção. Nesse sentido, para o autor, a cidadania não

[69] BUTLER, Judith. Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
[70] CEPAL. Os povos indígenas na América Latina: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Santiago: CEPAL, 2015
[71] WARAT, Luis Alberto. A rua grita Dionísio!: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução: Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino Jr., Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

existe se o outro da alteridade é um excluído, pois enquanto existirem excluídos é uma hipocrisia falar em cidadania. "Somente se é cidadão se os outros, se a alteridade que organiza as possibilidades de estar entre nós não está excluída. [...] Falar de cidadania em circunstâncias de exclusão é garantir a persistência de estados de exclusão, que são o lado diabólico de nossas sociedades[72]".

A democracia levanta a obrigação de não se calar diante dessas massivas violações de direitos que levam à morte, bem como as omissões na efetivação dos direitos fundamentais que não são compatíveis com a democracia substancial. Nas lições de Ferrajoli[73], a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, impondo proibições e obrigações aos poderes públicos, inseriu na democracia uma dimensão substancial no que diz respeito àquilo que não pode ser ou deve ser decidido por qualquer maioria, mudando a relação entre a política e o direito. Assim, é a política que se torna instrumento de atuação do direito, submetida aos vínculos a ela impostos por princípios constitucionais: vínculos negativos, como são aqueles gerados pelos direitos de liberdade que não podem ser violados; vínculos positivos, como são aqueles gerados pelos direitos sociais que devem ser satisfeitos.

Nessa perspectiva, o reconhecimento das diferenças – o reconhecimento do outro como ser dotado da mesma dignidade e merecedor de igual respeito – é fundamental para uma virada democrática, bem como para o estabelecimento de um paradigma de alteridade que supere essas políticas e práticas opressoras contra os povos indígenas e demais grupos minoritários. Transpor esse contexto de tentativas de extermínio, que assola os povos indígenas desde o Período Colonial, exige a efetivação de direitos fundamentais básicos, condições para o exercício da cidadania, garantia de participação e de autonomia, promoção da igualdade

[72] Idem, p. 82.

[73] FERRAJOLI. Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana. Tradução: Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. FERREIRA, Luciane Ourique.

com respeito às diferenças, a superação de discursos de dominação, enfim, exige enterrar um passado de exclusão e subalternização para germinar um futuro de igualdade e reconhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19, ao lado de outros eventos, como a centenária gripe espanhola, produz graves cicatrizes na atual geração e na história da humanidade; e apesar de todos estarem suscetíveis, a vulnerabilidade se potencializa diante das realidades enfrentadas por determinados grupos sociais. Enquanto para uns a turbulência representa pequenas mudanças de navegação, para outros significa o "encalhamento" ou o "naufrágio". Historicamente dominados e marginalizados, os povos indígenas são um exemplo dessa vulnerabilidade deliberadamente potencializada por ações e omissões do Estado brasileiro. A condição socioeconômica, assim como a sensibilidade imunológica dessa minoria, exigem particular atenção dos poderes públicos e de toda sociedade. Todavia, o que ocorre é exatamente ao contrário.

O descaso do Estado com o direito fundamental à saúde indígena transparece a reprodução das mesmas atrocidades e violências praticadas desde o Período Colonial, evidenciando o desprezo, por essas culturas, por essas identidades, por essas pessoas. A falta de reconhecimento das diferenças culturais e identitárias, e a prevalência de uma racionalidade econômica violenta contribuem para o contexto de extermínio desses corpos. Com um olho no passado e o outro no presente, é possível observar que desde a colonização o Estado legitimou uma política de morte contra esses povos – uma necropolítica – marcando os corpos que podem-devem morrer, diretriz que encontra na pandemia de Covid-19 a sua consolidação com uma efetiva chance de extermínio de determinados povos.

Apesar de todo o arcabouço nacional e internacional de proteção aos direitos dos povos indígenas, esses grupos

continuam sofrendo massivas violações que atentam contra suas existências. Nesse ponto, muito além de normas e previsões legais, é preciso trabalhar para uma virada democrática da realidade concreta e do imaginário social. Além da pandemia sanitária, e como o Brasil tampona os eventos traumáticos de sua história, vive-se um retorno do recalcado, um ressurgimento de discursos retrotópicos e de ódio, embalados em uma nostalgia que, expressa ou tacitamente, legitima a morte dos tachados de "inimigos", dentre os quais se tem como os vulneráveis de sempre e/ou outros imaginários. Esse contexto revela a importância do reconhecimento das diferenças identitárias e da construção de uma prática intercultural dos direitos humanos e fundamentais que reconheça a dignidade compartilhada por todos os seres humanos, acima de diferenças culturais ou identitárias. Navegar, com sabedoria, continua sendo necessário, para salvar vidas e ressignificar a história, durante e depois do atual eclipse!

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

BUCHILLET, Dominique. **Bibliografia crítica da saúde indígena no Brasil** (1844-2006). Quito: Abya-Yala, 2007.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CEPAL. **Os povos indígenas na América Latina: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos**. Santiago: CEPAL, 2015. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37773/S1420764_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 jul. 2020.

CIMI. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2018.** [S.l.]: CIMI, 2018. Disponível em:

https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018. pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Introdução a uma história indígena**. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). História dos índios no Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras: FAPESP: SMC, 1998.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (in) visibilidade social e jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

DUSSEL, Enrique. 1492 - **O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade.** Conferências de Frankfurt/Enrique Dussel. Tradução: Jaime A. Classen. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

FERRAJOLI. Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana.** Tradução: Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Luciane Ouriques. **Relatório técnico contendo análise dos Protocolos e Normativas do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Atenção à Saúde Indígena (SESAI/MS) para o enfrentamento da COVID-19 junto aos povos indígenas.** Cuiabá: OPAN, 2020. Disponível em: https://amazonianativa.org.br/wp-content/uploads/2020/05/RELATORIO_TECNICO_1_OPAN_Saude_mai2020.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

FIOCRUZ. **Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Disponível em: https://

portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/relatorios_tecnicos_-_covid-19_procc-emap-ensp-covid19-report4_20200419-indigenas.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

FILAC. **Los pueblos indígenas ante la pandemia del Covid-19**. La Paz: Filac, 2020. Disponível em: https:// indigenascovid19.red/wp-content/uploads/2020/05/FILAC_FIAY_primer-informe-PI_COVID19.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber.** Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

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

GARNELO, Luiza. **Política de Saúde Indígena no Brasil: notas sobre as tendências atuais do processo de implantação do subsistema de atenção à saúde.** In: GARNELO, Luiza; PONTES, Ana Lúcia (org.). Saúde indígena: uma introdução ao tema. Brasília: MEC, 2012. p. 18-58. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/ bvs/publicacoes/saude_indigena_uma_introducao_tema.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro.** São Paulo: Editora Contexto, 2012.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte.** Tradução: Renata Santini. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP)

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf. Acesso em: 8 jul. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus.** Coimbra: Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 71-109.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Marco temporal e direitos coletivos.** In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). Direitos dos povos indígenas em disputa. São Paulo: Editora UNESP, 2018. p. 75-100.

SOUZA, Danigui Renigui Martins de. **A biopolítica em Giorgio Agamben: estado de exceção, poder soberano, vida nua e campo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/22594/1/DaniguiReniguiMartinsDeSouza_DISSERT.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

VERONESE, Luciane Gheller; VERONESE, Osmar. **Saúde mental no Brasil: impasses e horizontes de uma política pública.** Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, p. 75-90, jan./abr. 2017.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia.** Tradução: Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino Jr., Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOVIMENTOS FEMINISTAS, RECONHECIMENTO, REDISTRIBUIÇÃO E PARIDADE DE PARTICIPAÇÃO NAS SOCIEDADES MULTICULTURAIS: UMA LEITURA A PARTIR DO DEBATE ENTRE AXEL HONNETH E NANCY FRASER

Rosângela Angelin[1]
Ellara Valentini Wittckind[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente, as mulheres passaram a ser e ainda são menosprezadas e subalternizadas nas relações intersubjetivas e sociais, sob o argumento de que lhes cabe a vida privada, no

[1] Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPQ) *Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas*. Coordenadora do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural* e do Projeto de Extensão *O lugar dos corpos das Mulheres na Sociedade*. Vice Líder do *Núcleo de Pesquisa de Gênero*, registrado no CNPQ e vinculado à Faculdades EST – Programa de Gênero e Religião. Integrante da Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br *Link Lattes*: http://lattes.cnpq.br/9033434255071231.

[2] Doutoranda em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo-RS. Bolsista PROSUC/URI/TAXA. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPQ) *Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas* e do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural*, todos vinculados ao PPGD acima mencionado. Professora universitária na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *Campus* de Cerro Largo-RS. *E-mail*: ellarawittckind@gmail.com *Link Lattes*: http://lattes.cnpq.br/1693917796186454.

âmbito do matrimônio, dos cuidados com o lar, da maternidade, da educação dos filhos e dos trabalhos culturalmente menos valorizados, tanto em estima quanto em remuneração. Na sociedade contemporânea e multicultural as mulheres desenham e decoram o contexto com tintas de resistência, pluralidade e diversidade, buscando reconhecimento, redistribuição de renda e participação paritária na vida pública e na tomada de decisões. Em suma: elas almejam seu pleno reconhecimento como cidadãs, perpassando a desimportância e a objetificação. Nesse norte, os movimentos feministas, percebendo a condição das mulheres de invisibilidade social, menosprezo e cerceamento de direitos de cidadania, buscam o reconhecimento social e reivindicam a redistribuição de renda, com o que se crê ser possível a existência de uma democracia efetiva, de justiça e de participação de todos e de todas nos espaços de poder.

Isto porque, é fato que, quando se trata da atuação de movimentos sociais frente a positivação de direitos de cidadania, eles influenciaram decisivamente a ampliação e efetivação do rol de direitos humanos. O que muda no decorrer dos tempos são as ênfases defendidas por estes movimentos, ou seja, o objetivo central de luta que os move. Os primeiros movimentos sociais surgidos no século XIX primavam por direitos sociais, em especial por melhores condições de trabalho e redistribuição de renda, voltados para as questões econômicas. Já no final do século XX e início do século XXI, diante da complexidade das sociedades multiculturais, o principal foco dos movimentos sociais passou a ser questões culturais e identitárias, buscando o reconhecimento de grupos, no seio social. No caso dos movimentos feministas e de mulheres, qual seria a motivação dessas lutas: reconhecimento identitário ou redistribuição de renda? Frente a esse questionamento, trabalha-se, nessa pesquisa, as teorias de Axel Honneth e de Nancy Fraser para responder a este questionamento.

Axel Honneth é filósofo e sociólogo alemão. Foi assessor direto de Jürgen Habermas e, atualmente é diretor do *Institut für Sozialforschung* (Instituto para Pesquisa Social de Frankfurt) da

Universidade de Frankfurt. É catedrático de Filosofia na *Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main* (Alemanha) e está ligado aos estudos da tradição da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt. Ele aponta o conflito social como sendo o fator central da Teoria Crítica e a luta por reconhecimento, como sendo sua gramática. Nessa perspectiva, ele busca entender como as pessoas se movem na busca pelo reconhecimento, que é fruto de direitos violados, ou seja, decorrem, num primeiro momento, de situações negativas e, assim, a negação do reconhecimento resulta em luta por tê-lo.

Nancy Fraser, filósofa estadunidense afiliada à escola de pensamento denominada Teoria Crítica e catedrática de Filosofia e Ciência Política da *New School for Social Research University*, em Nova York (EUA), é uma importante pensadora feminista voltada para estudos concernentes à justiça e a participação democrática. Ela aborda em seus estudos questões envolvendo minorias e a subordinação social desses grupos, os quais, afirma ela, estariam nessa condição social, em especial, devido à distribuição injusta de recursos e bens. Nesse contexto, Nancy Fraser pondera que as lutas sociais são baseadas na busca da justiça que ocorre, principalmente, através da redistribuição (envolvendo questões econômicas), capaz de modificar o *status* social do grupo, propiciando paridade de participação na sociedade, sendo o reconhecimento um dos pressupostos para a consagração da igualdade material, e não o único, portanto. Sob outro prisma, Axel Honneth defende que o reconhecimento é um processo intersubjetivo e individual que precisa, necessariamente, do reconhecimento do outro, ponderando que todos os conflitos sociais apresentam como base a luta por reconhecimento, sendo negativos, portanto.

É nessa perspectiva complexa que Axel Honneth e Nancy Fraser, embora com posições divergentes, têm suas convergências e contribuem para a discussão envolvendo redistribuição e reconhecimento diante da luta das mulheres, através de movimentos sociais. Para conduzir essa reflexão, o trabalho está dividido em três momentos: primeiramente, são

abordados aspectos históricos envolvendo as vivências e processos de resistência das mulheres; num segundo momento o texto se atém no debate do autoreconhecimento das identidades das mulheres, numa perspectiva de Axel Honneth, para, ao final, trazer a leitura de Nancy Fraser sobre a redistribuição de renda nos processos emancipatórios, frente a atuação de momentos feministas.

CONSTRUÇÃO HISTÓRICA A PARTIR DE VIVÊNCIAS E DE PROCESSOS DE RESISTÊNCIA DAS MULHERES

Diante da inevitável perspectiva de convivência, os seres humanos desenvolveram regras de conduta e comportamentos sociais que variam de acordo com as épocas, as condições de vivência e as relações de poder em vigor. Em virtude de tais aspectos, pode-se afirmar que a adaptação ao mundo depende das relações construídas, as quais são imprescindíveis ao grupo para se humanizar. Ainda que pese o fato de um grande período da história da humanidade ser desvendado a partir de evidências e interpretações arqueológicas, muitos estudos antropológicos salientam que, nos períodos paleolítico e neolítico da história, as relações humanas foram baseadas na parceria e na cooperação entre os seres humanos, não havendo, portanto, hierarquias sociais consideráveis, nem dominação dos homens sobre as mulheres ou vice-versa.

Riane Eisler[3], em sua obra *O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro,* buscou, através de uma releitura da arte, antropologia, sociologia e política, (re)construir o passado, demonstrando que, nos períodos paleolítico e neolítico as pessoas

[3] Riane Eisler é austríaca e vive nos Estados Unidos da América. Formou-se em Sociologia e Direito pela Universidade de Los Angeles. Atualmente advoga e, além disso, é escritora e ativista social. Suas obras versam em torno de releituras da arqueologia, perpassando pela antropologia, sociologia, história da arte, política e economia, ponderando sobre as relações humana e apontando a existência de duas formas de relações humanas: as de parceria e as de dominação.

viviam em parceria e cooperação, não havendo sinais de desigualdade sexual decorrente de fatores biológicos, como defendido por muitos estudiosos. Diante desse aspecto, a autora chama a atenção para que, até pouco tempo, a história da humanidade foi contada por homens, os quais mantiveram um olhar patriarcal e dominador, naturalizando a submissão das mulheres na história da humanidade.[4]

Porém, o que se tem descoberto é que as mulheres possuíram, nos tempos primórdios, um elevado poder social. Eisler pondera que, sendo as mulheres veneradas por seu poder de gerar a vida e manter a espécie humana, estas ocupavam o espaço mais importante nas civilizações paleolíticas e neolíticas, como pode ser constatado através de estatuetas desses períodos históricos, havendo fortes indícios de que a sociedade era matrilinear.[5] Corroborando com o pensamento de Eister, Rosemary R. Ruether, renomada teóloga, afirma que, "a partir de indícios arqueológicos a mais antiga imagem humana do divino era feminina, mais do que isto era também a Matriz primordial, o grande útero do qual eram geradas todas as coisas".[6] Interessante destacar aqui que, embora as mulheres detivessem um poder social elevado, não se pode dizer que viviam em uma organização matriarcal, pois não existia um padrão dominador das mulheres sobre os homens, mas sim uma sociedade baseada na parceria e na divisão sexual do trabalho.[7]

Outros dados importantes para o presente debate, a respeito da desnaturalização da condição de submissão das mulheres, são relatos históricos de que, em períodos remotos, elas tiveram muita influência na vida pública. Exemplos disso são os casos dos filósofos gregos Sócrates e Pitágoras que foram educados por sacerdotisas. Ademais, descobertas arqueológicas

[4] EISLER, Riane. *O cálice e a espada*: nosso passado, nosso futuro. Trad. Ana Luiza Dantas Borges, Rocco. Rio de Janeiro, 2007, p. 55.
[5] EISLER, 2007, p. 55.
[6] RUETHER, Rosemary R. *Sexismo e Religião:* rumo a uma teologia feminina. São Leopoldo, RS: Sinodal, 1993, p. 47
[7] RUETHER, 1993, p. 72.

indicam governos de mulheres no Egito e, não se pode deixar de mencionar, as existências das juízas do Antigo Testamento bíblico e as juízas gregas.[8]

Por conseguinte, constata-se que a opressão, a submissão e os papéis femininos não são elementos naturais da condição feminina. O que é natural é que biologicamente as mulheres podem gestar e que, por isso, possuem a tendência de permanecer mais próximas de suas proles. Os demais papéis e condições ditas *naturais*, foram construções eficientes da sociedade patriarcal, no decorrer dos milênios, modificando significativamente as identidades femininas e, como resultado, tem-se a dominação masculina e a ideia de que às mulheres é reservada uma vida dura no mundo privado, impregnada de dissabores, de servidão, de obediência, de submissão, de resiliência, de falta de desejos e vontades, enquanto ao homem foi reservada a vida pública e o dever de *provedor da família*, assim como lhe foram dados direitos como os de decidir sobre suas vidas, ter lazer, não cuidar dos filhos, abandonar as famílias, realizar negócios e firmar contratos, estudar, etc.. Estes valores perduram por muitos milênios na humanidade, alicerçados, em especial, pelo patriarcado, embora tenham existido, em todos os períodos, movimentos de resistência das mulheres. Dito isso, é fato que dos mínimos direitos às mais sofisticadas garantias constitucionais e legais, as mulheres tiveram que lutar e resistir para obter e fruir, pois nada lhes foi dado, mas muito lhes foi tirado.

Não se pode olvidar que, ao longo do desenvolvimento do capitalismo, as diferenças dos papéis destinados para homens e mulheres foram intensificadas. Estrategicamente, no início deste modo de produção, as mulheres foram encarregadas das obrigações domésticas, como do cuidado da casa, das crianças, dos velhos e dos doentes, além de *servirem* aos seus maridos. Todas as obrigações e os trabalhos domésticos eram gratuitos e considerados não produtivo, pois deveriam ser feitos *por amor*. Essa situação de submissão das mulheres foi muito útil no início

[8] EISLER, 2007, p. 84; 122; 178.

do capitalismo, pois diminuía os custos de produção do trabalho, uma vez que o salário dos homens não precisaria ser elevado, pois eles não necessitavam pagar pelos serviços domésticos.[9]

Posteriormente, com a adesão dos homens nas Primeira e Segunda Guerras Mundiais, as mulheres foram requisitadas para o mercado de trabalho, quando passaram a suprir as vagas nas fábricas e indústrias deixadas pelos homens, porém, sob as condições salariais mais baixas e tendo que manter, ao mesmo tempo, suas obrigações domésticas. Embora diante de uma sobrecarga de trabalho, tal condição empoderou as mulheres que aprenderam com muito êxito todas as tarefas até então desenvolvidas pelos homens e, ao mesmo tempo, iniciaram a busca por melhores condições de trabalho.[10]

Evidente é que o debate acerca das identidades equivocadas das mulheres, impostas por padrões institucionalizados de poder, a respeito dos quais as mesmas não participaram da produção, tampouco assentiram ou consentiram, só entrou no foco das preocupações do Estado quando as mulheres reivindicaram, através dos movimentos feministas, o reconhecimento de igualdade de gênero e de suas identidades como seres humanos libertos do estigma de submissão, livres para decidirem sobre seus corpos e suas vidas, assim como a implantação e / ou efetivação de direitos de cidadania.[11] Para

---

[9] MIES, M. *Patriarchat und kapital:* Frauen in der internationalen Arbeitsteilung. Zürich: Rotpunktverlag, 1996, p. 47.

[10] PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres.* Tradução: Ângela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2007, p. 144.

[11] Um destaque no cenário brasileiro, nas últimas décadas, pela audácia de exigir a efetivação da isonomia nas relações de gênero, em diversos âmbitos sociais, tem sido as mulheres que, organizadas em Movimentos Feministas e de Mulheres têm demonstrado que é possível a construção de relações de gênero baseadas na equidade, bem como tem forçado o Estado a assumir uma atitude mais contundente no reconhecimento das mulheres como cidadãs. Prova disso é a Constituição Federal de 1988 que reconhece a igualdade entre homens e mulheres e, abre espaço para a criação de ações afirmativas para a efetivação da igualdade isonômica de gênero. Porém, apesar de muitos avanços nas relações de gênero alcançadas, em especial, pelos Movimentos

compreender melhor a atuação desses movimentos, bem como o que os impulsiona, busca-se compreender as teorias de Axel Honneth e de Nancy Fraser nos tópicos seguintes.

O AUTORRECONHECIMENTO DIANTE DAS IDENTIDADES DAS MULHERES: PERSPECTIVAS EM AXEL HONNETH

Axel Honneth trabalha a teoria do reconhecimento partindo dos *insights* da juventude de Hegel, a partir da escrita do livro *Luta por Reconhecimento*, onde trata a respeito da autorrealização prática individual pelo preenchimento das escalas do amor, da solidariedade e do Direito. A primeira (emotiva), estima e amor no âmbito familiar, especialmente vindo da figura materna, pensamento que desenvolveu através da leitura das obras de Winnicott. A segunda (jurídico-moral), considerou que se preencheria pela reflexividade, pelo ser visto pelo outro como igual e como ser detentor de direitos, o que se manifesta através da efetividade do reconhecimento na escala do Direito (social). Quando as escalas se preenchem, é possível que o indivíduo experimente a citada autorrealização e exerça seus direitos com plenitude, nas relações sociais, e, ao fazer parte de grupos, também vai desempenhar tais condições de reconhecimento e estima social.

Em suma, Honneth fundamenta sua teoria do reconhecimento, inicialmente baseada no conflito, estabelecendo padrões de reconhecimento intersubjetivo, que são: a) O *amor*, visto da forma mais genérica possível, ou seja, como ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, sendo aquela motivação que gera autoconfiança, amizade; b) A *solidariedade*, tratada a partir da autoestima, do reconhecimento e da interação social, que configura uma relação intersubjetiva, de trocas, onde os sujeitos

Feministas e, a atual participação de elevado número de mulheres participando da vida pública, constata-se que as ideias patriarcais seguem existindo de maneira bastante significativa e alarmante.

se interessam de forma recíproca e reflexiva pelos modos de vidas distintos dos seus, sem os depreciar e dando-lhes importância[12], e, por fim, c) O *direito*, pois este regula as relações e as pessoas só podem perceber que são portadoras de direitos, quando sabem que existem obrigações em face do outro.[13] Nessa senda, o sujeito que experiencia o amor detém autoconfiança; quando é destinatário de reconhecimento jurídico desenvolve o autorrespeito e quando se vê respeitado enquanto membro da sociedade, quando se dá a reflexividade, detém autoestima.

Assim, a teoria do reconhecimento defendida por Honneth trata da identidade individual, justificando que a pessoa precisa do reconhecimento do outro para sua integridade humana, devendo haver reciprocidade e reflexividade, como se estivesse em frente a um espelho quando está diante do outro. Com isso, tem-se que o esquema da sua proposta é o seguinte: sujeito – amor – relação positiva consigo – reconhecimento social – solidariedade – Direito.

Partindo-se destas ideias iniciais, pode-se entender que a teoria do autor pensa os conflitos sociais numa visão de busca intersubjetiva dos sujeitos e da coletividade por viver em sociedade de forma plena, havendo estima social, reconhecimento e exercício de direitos. Por conseguinte, Honneth coloca a questão da luta pela dignidade humana a diversidade cultural acima das demandas por distribuição econômica defendida por Fraser, considerando o autoconhecimento uma categoria fundamental na busca pelo reconhecimento.[14]

No caso dos movimentos feministas e de mulheres, este fator é importante na definição das identidades femininas. Embora as mulheres lutem por redistribuição econômica e por paridade de participação, a questão cultural identitária segue sendo determinante nas relações sociais pautadas pelo poder.

[12] HONNETH, 2003, p. 155-212.
[13] HONNETH, 2003, p. 155-212.
[14] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. Apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. 2009, 1ª reimpressão 2011. São Paulo: Ed. 34, 2003.

Neste sentido, abordar o reconhecimento das variadas identidades das mulheres que se encontram dentro de um movimento social é de relevante importância, pois é através do autoconhecimento que elas poderão ter presentes, com mais clareza, as condições de desrespeito e de violação de direitos humanos que sofrem, que são submetidas, em decorrência de padrões sociais e culturais institucionalizados que não foram criados nem fomentados por elas.

Conforme Honneth, o conflito que gera a luta social não tem a ver com a autoconservação ou com questões relacionadas à manutenção do poder, nem com redistribuição e paridade de participação, mas sim com experiências intersubjetivas envolvendo situações de desrespeito social, as quais motivam a busca por restaurar relações que pautem o reconhecimento mútuo. Isto ocorre no caso das mulheres que experimentam vivências bastante diversas (ligadas a questões de gênero, identidade, raça, classe, trabalho, remuneração, participação política, etc.), embora pertencentes a um mesmo movimento social.[15]

A vista do acima mencionado é importante ter presente que Honneth apresenta a teoria do reconhecimento como sendo "as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucionalmente e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades."[16] No decorrer do desenvolvimento de novos escritos, Honneth passa a considerar que as experiências positivas (e não mais negativas) constituem o sujeito e que o reconhecimento seria um horizonte normativo social e jurídico.[17]

Ainda, Honneth segue atento ao fato de que a sociedade contemporânea apresenta patologias (inaptidão social de

[15] NOBRE, In: HONNETH, 2003, p. 18.
[16] HONNETH, 2003, p. 156.
[17] HONNETH, Axel. *Pathologies of reason*: on the legacy of critical theory. New York: Columbia University Press, 2009.

expressar de modo apropriado a racionalidade já inerente em suas instituições, práticas e rotinas cotidianas), ou seja, desvios em relação ao ideal que deveria ser alcançado com a realização social do universal racional e, isso reflete no Direito. Para superar essa realidade patológica, Honneth propõe incorporar pontos de vista novos, particularmente não europeus e, ao mesmo tempo, assevera para que o conceito de racionalidade seja mais extenso e diferenciado, não estratificado na relação de dominação social, política, econômica, cultural e ideológica que decorre do passado colonial no Brasil, por exemplo, e culmina na vulnerabilidade de determinadas pessoas e grupos, que acabam por serem tolhidos de seus direitos mais básicos.[18]

Numa sociedade multicultural, é importante que haja respeito às diferenças, mas esse processo não é fácil quando se está diante de uma sociedade estratificada, fruto do colonialismo, do patriarcado, do eurocentrismo e do machismo. Nessa linha, é primordial que se estabeleçam paradigmas para o reconhecimento daqueles grupos de pessoas que se encontram em vulnerabilidade e que são objetificadas nas relações de dominação configuradas na escravidão contemporânea. O reconhecimento aparece nesse contexto, como um meio para que na ordem social haja participação também no processo de designação do estatuto legal desta sociedade, ou seja, devidamente reconhecidos os indivíduos podem exercer o poder de deliberar em conjunto, através do estabelecimento de sua ordem jurídico-normativa. Assim, esta dimensão politológica tem foco na cidadania e na deliberação pública, entendidas a partir da concepção de que os sujeitos possuem deveres recíprocos, além de liberdades e direitos positivados.[19]

Os elementos da teoria do reconhecimento, portanto, contribuem para a evolução moral dos indivíduos são de extrema importância para os movimentos feministas e suas lutas, pois, consideram fatores subjetivos que permeiam a vida das mulheres

[18] HONNETH, 2009.
[19] HONNETH, 2003.

e que, ao final da análise possibilitam uma maior coesão do grupo e das demandas.

REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA FRENTE AOS MOVIMENTOS FEMINISTAS: UMA LEITURA A PARTIR DE NANCY FRASER

Embora Nancy Fraser considere a importância do reconhecimento das identidades culturais de grupo, ela não se apega a essa categoria de modo preponderante, senão à busca da alteração do *status* social através da redistribuição, para que o grupo possa participar integral e paritariamente na vida da sociedade, interagindo igualmente com os demais membros, a fim de que sejam desinstitucionalizados "os padrões que impedem a paridade de participação" e que seja possível a substituição destes "por padrões que a promovam".[20] Tais intentos são voltados para a busca da justiça social em três escalas.[21] Diante desse contexto, Fraser pondera que existe uma má distribuição de recursos, bens e direitos das mulheres, fazendo com que essas não possam participar paritariamente na sociedade. Portanto, a tarefa do Estado seria a de promover a equidade através de políticas públicas e ações que reconheçam um novo *status* para o espaço ocupado pelas mulheres na sociedade.[22]

Nos últimos períodos, em especial diante de fatos históricos como a derrocada de países tidos como socialistas /

[20] FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Revista Lua Nova*. São Paulo, 70: 101-138, 2007a, p. 109.

[21] Fraser pondera que, "Questões análogas surgem em relação ao reconhecimento. Aqui, também, nem todas as disparidades são injustas, porque nem todas as hierarquias de valor institucionalizadas são injustas. Necessita-se, consequentemente, de uma maneira de distinguir, na participação as disparidades justas das injustas" (FRASER, 2007a, p. 127).

[22] FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. p. 167-190, In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia [Orgs.]. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 167.

comunistas, o fortalecimento ideológico do capitalismo e a elevada evidência da política de identidade, houve um abandono da ideia de que as desigualdades e os problemas envolvendo lutas sociais estariam vinculados diretamente com a má distribuição de renda, como é o caso dos movimentos feministas que, segundo Fraser, atualmente estão voltando-se prioritariamente para o reconhecimento das diferenças de gênero.[23]

Para Fraser as demandas por reconhecimento fazem parte de um processo de evolução da sociedade capitalista pós-socialista, sendo que as lutas por redistribuição foram ressignificadas pela política de reconhecimento. Assim, os movimentos feministas foram, em grande parte, redirecionados para o imaginário culturalista, voltando-se para as questões identitárias, visto que a "evolução da sociedade capitalista na 'era pós-socialista'. [...] onde as lutas por redistribuição são paulatinamente substituídas por reconhecimento ou seja, [...] por conflitos de *status* social, advindos da dominação cultural"[24], vez que para a autora, o capitalismo "não é apenas um sistema de exploração e expropriação, mas também um sistema de injustiça política".[25] Assim, a paridade de participação é dificultada pelo capitalismo no modo em que se apresenta, segundo Fraser e Rahel[26], pois ele sustenta um contexto de ausência de autodeterminação e de liberdade coletiva, desfavorecendo a democracia. Os cidadãos, ao não participarem de forma paritária das decisões e da criação da ordem normativa, nem mesmo através da representação, não obtém êxito em modificar o *status quo* que lhes limita.

[23] FRASER, 2010, p. 168.
[24] FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista. *Estudos Feministas.* Florianópolis, 15 (2): 291-308, maio-agosto, 2007b, p. 293.
[25] ARUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*. Um Manifesto. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019, p. 132.
[26] FRASER, Nancy; RAHEL Jaeggi. *Capitalism*: A conversation in critical theory. Cambridge: Polity Press, 2018.

Fraser trabalha com a perspectiva de romper o modelo de padrão de reconhecimento identitário, pois ela acredita que o modelo que busca reconhecimento identitário do grupo, pode estar danificando a subjetividade dos membros do grupo, que terão que se remodelar diante de uma identidade coletiva, sem considerar suas especificidades individuais, podendo, inclusive, ignorar interações culturais, pois esse modelo de reconhecimento trata a cultura como algo não interativo. Essa forma de busca de reconhecimento estaria negando a complexidade das identidades dos sujeitos que pertencem a um determinado grupo.[27]

No caso dos movimentos feministas, poderia se estar incorrendo no erro de identificar as mulheres como sendo um grupo de iguais, quando, na realidade, são pessoas com identidades diferentes, sendo que, o que as iguala nesse processo de luta é a busca por direitos de cidadania, ou seja, um *status* social. Ao lançar a crítica sobre o reconhecimento identitário nos moldes vigentes, Fraser considera que, "o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição de membros do grupo como parceiros integrais da interação social".[28]

Em 2019, Fraser, Bhattacharya e Aruzza escreveram um livro intitulado *Feminismo para os 99%*, que defende justamente o acima exposto, ou seja, a existência de multiplicidade de lutas e interseccionalidades nos movimentos feministas, de modo que as alianças deles decorrentes somente serão sólidas a ponto de gerar quebra de paradigmas se as diferenças forem levadas a sério, formando uma base ampla, plural, multicultural e que reconheça todas as demandas como importantes. As autoras aduzem que "o feminismo para os 99% está sempre em formação, sempre aberto à transformação e à contestação e a cada instante se consolidando novamente por meio da solidariedade"[29], concluindo,

[27]FRASER, 2007a, p. 106-107.
[28] FRASER, 2007a, p. 107.
[29] ARUZZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019, p. 85.

> Enfim, o feminismo para os 99% é um feminismo anticapitalista inquieto, em outras palavras, nunca se satisfaz com equivalência, até o momento em que tenhamos igualdade; nunca satisfeito com direitos legais, até que então, tenhamos justiça; e nunca satisfeito com a democracia, mesmo que a liberdade individual seja estabelecida na base da liberdade para todas as pessoas.[30]

Assim, embora Fraser pondere que, tanto a redistribuição, quanto o reconhecimento identitário sejam importantes, uma vez que as dimensões econômica e social estão sempre conectadas, a primeira perspectiva se faz mais presente no debate, pois a política de redistribuição é mais ampla que a política do reconhecimento identitário, no sentido convencional. Não se pode, contudo, afirmar que "a política de redistribuição enfoca exclusivamente as injustiças de classe, enquanto a 'política de identidade', inversamente, enfoca as injustiças de gênero, sexualidade e 'raça'"[31], mas sim, que ambas são dimensões da justiça que permeiam todos os movimentos sociais.

Os movimentos sociais, na visão da autora, buscam o reconhecimento de um novo *status* social, o qual é garantido a partir de uma participação paritária na sociedade, onde todas as pessoas devem ter o mesmo direito a ter estima social como condição de igual oportunidade. Isso só é possível de se realizar, nos moldes da visão de Fraser, prioritariamente através da redistribuição. Nesse sentido, assevera a autora que, "Reparar a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa mais uma política de identidade".[32] Assim, o modelo de mudança de *status* do grupo discriminado acarreta melhores resultados na superação da subordinação do grupo, fazendo com que seus membros possam participar paritariamente da sociedade, preservando suas peculiaridades identitárias.

[30] ARUZZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019, p. 85.
[31] FRASER, 2010, p. 169.
[32] FRASER, 2007a, p. 107.

Fraser analisa as consequências normativas das diferenciações de classes que impedem a participação paritária. Tanto a estrutura de classes, quanto o *status* social se configuram como obstáculos que impedem a participação paritária, sendo que, a injustiça que advém do não reconhecimento, está acompanhada pela má distribuição de renda e bens, assim como a má distribuição gera o não reconhecimento. Então, Fraser propõe a análise dos conflitos sociais de forma dualista, ou seja, considerando a redistribuição e, ao mesmo tempo o reconhecimento não como uma questão identitária, mas como de *status* social.[33]

Importante ressaltar que, na escala da participação, Fraser trabalha com os *contrapúblicos subalternos*[34], como forma de estabelecer quebra de paradigmas hegemônicos, onde pode-se incluir os movimentos feministas, pois se apresentam como arenas de contradiscursos e contrapoder onde é possível que as pautas e demandas dos grupos "subalternizados", sejam econômicas, culturais, políticas, identitárias, de classe, possam interferir e causas rupturas na sociedade patriarcal e capitalista que tanto oprime e subjuga os mais variados grupos de pessoas.

O não reconhecimento, na teoria de Fraser, ocorre quando as instituições acabam estruturando a interação das pessoas de acordo com normas culturais morais, as quais impossibilitam a participação paritária, como se procede nos casos de leis matrimoniais que impedem o casamento de pessoas do mesmo sexo, por considerarem um procedimento que vai contra os *bons costumes;* ou então, quando leis evidenciam que os homens têm mais poderes do que as mulheres na chefia de uma família, como ocorria até 1988, antes da promulgação da Constituição Federal brasileira. Ao retirar o reconhecimento do campo da ética e trazendo-o para o entendimento de uma questão de igualdade de

[33] FRASER, 2007a, p. 107.
[34] FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992. p. 109-142.

status, a autora busca aliar o reconhecimento com a redistribuição baseada na moralidade.[35]

Então, no caso da atuação de movimentos feministas e de mulheres que se articulam em busca de direitos de cidadania, é preciso que esses, para reparar as injustiças sofridas pelas mulheres, lutem também por uma política de reconhecimento, não significando, porém, uma política de identidade, mas sim uma política que possa garantir a participação social das mulheres.[36] Nesse aspecto, Fraser considera as mulheres como sendo uma coletividade bivalente, ou seja, um grupo social injustiçado pela má distribuição econômica e, ao mesmo tempo, pela falta de reconhecimento cultural.[37]

Nesse contexto de injustiça socioeconômica e de dominação cultural, Fraser é adepta ao dualismo de perspectiva.[38] Por isso, aponta como remédios para ambas as injustiças a mudança na estrutura política econômica diante da redistribuição de renda, da reorganização das relações de trabalho e da participação democrática na decisão dos investimentos do Estado, ao mesmo tempo em que propõe a reavaliação de identidades que se encontram estereotipadas, bem como o respeito a diversidade cultural. Existem alguns grupos que sofrem os dois tipos de injustiça, como é o caso das mulheres e dos afrodescendentes. A vista disso é necessário, nesses casos, afirmar-se tanto o princípio da igualdade, quanto o da diferença, ou seja, mesmo que esses princípios pareçam contraditórios, não o são, pois ao mesmo tempo em que as mulheres buscam um reconhecimento e um *status* social igualitário aos dos homens, elas presam por manter presente suas diferenças que são especificidades femininas.[39]

---

[35] FRASER, 2007a, p. 110.
[36] FRASER, 2007b.
[37] FRASER, 2010, p. 174-175. Ver FRASER, Nancy. Mercantilização, proteção social e emancipação: as ambivalências do feminismo na crise do capitalismo. *Revista Direito GV*. São Paulo, 7[2], p. 617-634. jul-dez 2011.
[38] Ver FRASER, 2010, p. 182-187.
[39] FRASER, 2010, p. 170.

As estratégias apontadas por Fraser para solucionar o dilema entre redistribuição e reconhecimento abarca a participação efetiva do Estado, através de medidas afirmativas, que buscam corrigir as injustiças sem modificar as estruturas que as formam e, medidas transformativas que, ao contrário, priorizam a reestruturação da estrutura que as gera. Ao mesmo tempo em que apresenta essas propostas, a autora chama a atenção para o fato de que as medidas afirmativas podem inclusive criar mais problemas, pois não irão abolir as diferenças de classe, podendo criar uma estilização do grupo tido como favorecido. Já as medidas de transformação seriam responsáveis pela criação de empregos, minando as diferenças de classe.[40]

A partir da compreensão de Fraser para as lutas de gênero "que entram em erupção nos locais das divisões institucionais constitutivas do capitalismo: onde a economia encontra a política, onde a sociedade encontra a natureza e onde a produção encontra a reprodução"[41]é interessante combinar a redistribuição transformativa com o reconhecimento transformativo, a fim de se desmantelar o androcentrismo que ainda permeia as relações sociais e tantas injustiças que segue gerando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta que não quer calar é: no caso dos movimentos feministas e de mulheres, qual seria a motivação das lutas: reconhecimento identitário ou redistribuição de gênero?

Ao se considerar que no decorrer da história as mulheres foram sendo excluídas da vida pública e mantidas no âmbito da vida privada sob a dominação econômica e emocional dos ditos *provedores do lar*, alterando suas identidades e subjugando sua existência. Como mencionado, com o avanço do capitalismo e o surgimento de movimentos feministas, essa situação foi sendo

[40] MATTOS, Patrícia. O reconhecimento, entre a justiça e a identidade. *Lua Nova*, nº 63: 143-161, 2004, p. 148, nota de rodapé 09.
[41] FRASER; RAHEL, 2018, p. 69.

reconfigurada. As mulheres passaram a participar do mundo do trabalho. Porém, se faz *mister* ter presente que, sobretudo, esse modo de produção se utilizou dos corpos das mulheres como força de trabalho barata. Embora a participação da vida pública, em especial através da ocupação de cargos de trabalho, tenha sido uma conquista das mulheres e, muito contribuiu para torna-las financeiramente independentes dos seus pais, maridos, companheiros, o capitalismo se aproveitou estrategicamente para ter presente uma força de trabalho dedicada. Além do fato de as mulheres receberem menos salário que os homens, em postos de trabalho idênticos, não se pode olvidar que elas mantiveram suas obrigações domésticas, como cuidar da organização da casa, das crianças, das pessoas doentes e idosas, o que gerou uma sobrecarga de trabalho para elas. Isso revela a marginalização das mulheres diante de direitos de cidadania, motivo esse que ainda move movimentos feministas e de mulheres em busca de equidade de gênero.

Assim, enquanto Fraser trabalha o dualismo para a análise dos conflitos sociais, gerados, segundo ela, através da má distribuição de renda e do não reconhecimento da diversidade cultural, trabalhando o reconhecimento especificamente como busca de *status* social, Honneth advoga voltado para o monismo moral, ou seja, os conflitos sociais tem por objeto central a luta por reconhecimento, e mais atualmente ressalta a importância de se alterarem os padrões de dominação, sem o que a mudança de paradigma social não ocorrerá.

O reconhecimento aparece aqui como meio para que na ordem social haja participação também no processo de designação do estatuto legal desta sociedade, pois, devidamente reconhecidos, os indivíduos podem exercer o poder de deliberar em conjunto, através do estabelecimento de sua ordem jurídico-normativa. Tal passa a ser a preocupação de ambos os teóricos. Isso se explica porque a racionalidade de uma sociedade forjada no pensamento colonialista, de hegemonia europeia, elitista, heteronormativa, branca, masculina não é capaz de gerir os postulados dos grupos tidos como *minoritários*, o que impede que

sejam destinatários dos mesmos direitos, ainda que no âmbito formal o sejam. Essa depreciação dos grupos enquanto membros da sociedade, pois sem espaço de participação, faz com que a base não se modifique e que a conformação dos grupos se mostre patológica. Ressalta-se que a conformação não é apenas dos grupos estigmatizados, pois a continuidade do *status quo* é (muito) favorável ao grupo dominante (que não tem motivo para mudar a realidade que lhe favorece).

Para evitar essa conformação, é importante que os movimentos feministas possam estabelecer pautas e demandas que abarquem os mais diversos aspectos das vidas, vivências, experiências e necessidades das mulheres, pois, sem isso, não será possível avanço na ruptura do sistema que permanece gerando divisões, dicotomias e hierarquizações entre as pessoas. Deste modo, o que se destaca de positivo nos estudos de Fraser é a volta da análise das lutas sociais a partir da redistribuição que, nos últimos períodos havia sido deixada de lado, mesmo se vivendo em um mundo capitalista onde a má distribuição tem se agravado nos últimos períodos. Embora na atualidade os movimentos sociais tendam seus debates mais para o reconhecimento identitário, não se pode olvidar a questão da redistribuição, como no caso das mulheres que, além de vivenciarem um reconhecimento equivocado de suas identidades, sofrem fortes injustiças sociais ao que se refere à má distribuição de bens e rendas.

Porém, não se pode olvidar que a teoria de Honneth retomou uma análise importante no contexto da sociologia crítica, que foi analisar a sociedade a partir dos conflitos que as movem. Reapresentar a categoria do conflito se faz importante uma vez que os movimentos sociais, neste caso, os movimentos feministas e de mulheres, tem como fator importante o conflito que gera o autorreconhecimento e, com isso, elementos e motivação para a luta social em prol da criação e a efetivação direitos humanos, ou seja, em prol da justiça social, inclusive da paridade de participação e, por que não, de uma vida boa também a partir da redistribuição.

Os diferentes caminhos teóricos assumidos pelos autores remetem a controvérsias e, ao mesmo tempo a convergências que auxiliam o pensar dos movimentos sociais, podendo-se, inclusive, ponderar a junção das duas teorias, a fim de explicar a motivação da ação coletiva e os caminhos dos movimentos, ao que pese o fato de serem teses que, muitas vezes não apresentarem uma aplicabilidade clara, porém, se destacam como complementares, ao se entender que reconhecimento, redistribuição e paridade de participação precisam de uma agenda social e política em comum.

REFERÊNCIAS

ARUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%.** Um Manifesto. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada:** nosso passado, nosso futuro. Trad. Ana Luiza Dantas Borges, Rocco. Rio de Janeiro, 2007.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (Ed.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: MIT Press, 1992. p. 109-142.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Revista Lua Nova.** São Paulo, 70, p. 101-138, 2007a.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista. **Estudos Feministas**. Florianópolis, 15 (2): 291-308, maio-agosto, 2007b.

FRASER, Nancy. Mercantilização, proteção social e emancipação: as ambivalências do feminismo na crise do

capitalismo. **Revista Direito GV**. São Paulo, 7[2], jul-dez, p. 617-634. 2011.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. p. 167-190, In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia [Orgs.]. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FRASER, Nancy; RAHEL Jaeggi. **Capitalism**: A conversation in critical theory. Cambridge: Polity Press, 2018.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. Apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. 2009, 1ª reimpressão 2011. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. **Pathologies of reason:** on the legacy of critical theory. New York: Columbia University Press, 2009.

MATTOS, Patrícia. O reconhecimento, entre a justiça e a identidade. **Lua Nova**, nº 63, p. 143-161. 2004.

MIES, M. **Patriarchat und kapital***:* Frauen in der internationalen Arbeitsteilung. Zürich: Rotpunktverlag, 1996.

NOBRE, Marcos. Apresentação. In: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. Apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. 2009, 1ª reimpressão 2011. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 07-19.

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. Tradução: Angela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2007.

PINTO, Céli Regina Jardim. Nota sobre a controvérsia Fraser-Honneth informada pelo cenário brasileiro. **Lua Nova**. São Paulo, 74: 35-58, 2008.

PIOVESAN, Flávia [Orgs.]. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 167-190.

RUETHER, Rosemary R. **Sexismo e Religião:** rumo a uma teologia feminina. São Leopoldo, RS: Sinodal, 1993.

BIOTECNOLOGIA HUMANA NO RETRATO DE DORIAN GRAY: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO E OSCAR WILDE NO CONTEXTO DA CIDADANIA

Taciana Marconatto Damo Cervi[1]

- Não há nada que a arte não reproduza e sei muito bem que a obra por mim feita, após meu encontro com Dorian Gray, é uma bela obra, a melhor da minha vida.
O Retrato de Dorian Gray – Oscar Wilde,

INTRODUÇÃO

Os avanços científicos em edição genética têm sido promovidos paulatinamente desde 1970, com a viabilidade de recombinar os genes com o intuito de criar espécies geneticamente modificadas. A pesquisa reflete sobre as inovações em biotecnologia humana a partir da viabilidade de edição do código genético humano em embriões oriundos de reprodução humana medicamente assistida.

O cenário científico pode oportunizar a cura de doenças mediante implementação de tais técnicas, assim como o desenvolvimento de práticas eugênicas. Por isso, o estudo parte da análise da obra de Oscar Wilde, *O Retrato de Dorian Gray*, contextualizando o desejo imemorial do homem de encontro com a beleza e o distanciamento da feiura, características que nesta pesquisa também podem ser compreendidas, por analogia, à saúde e perfeição em oposição à doença e ao sofrimento. Deste

[1] Doutora em Direito pela UFRGS. Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito – *Stricto sensu*, Mestrado e Doutorado. Coordenadora do Projeto de Pesquisa Biotecnologia humana e inteligência artificial em saúde no Brasil: transumanismo a partir dos direitos humanos. E-mail: taciana@san.uri.br

modo, pintar um retrato também pode ser compreendido aqui, como criar a vida em laboratório, tarefas realizadas em qualquer um dos setores para produzir resultados significativos.

Assim, o estudo é conduzido em torno da implementação prudente da técnica com a análise do ordenamento jurídico e suas garantias para a viabilização de uma hermenêutica quiçá, relacionada ao embrião extracorpóreo, sequer vislumbrado na perspectiva de nascituro, de acordo com o direito tradicional.

O trabalho segue o método de abordagem dedutivo por meio da pesquisa indireta.

RELENDO DORIAN GRAY NO CONTEXTO DAS INTERVENÇÕES GENÉTICAS

[...] todo retrato pintado compreensivelmente é um retrato do artista, não do modelo.

Os desejos de beleza e juventude eterna acompanham o homem em sua história. A apreciação do belo gera satisfação e o desenvolvimento das artes constitui-se em reflexo desse desejo de transmitir ou compartilhar o ideário de perfeição. A literatura apresenta variadas narrativas nesse foco, que podem ser vislumbradas desde histórias infantis até célebres romances.

Artistas, poetas e romancistas realizam historicamente registros acerca dos conceitos de beleza ao longo dos séculos, de modo que atualmente, se constituem também em documentos informativos o cinema, a publicidade e a televisão.[2] Denota-se o desenvolvimento da ideia de beleza com a mudança em torno das formas, sendo também necessária a presença da feiura para completar a beleza.

Nesse aspecto, ao vislumbrar dragões, monstros e outras criaturas malignas em telas do séc. VIII, o filósofo britânico Alexandre de Hales enunciava a feiura para a consideração do

[2] ECO, Umberto (Org.). História da beleza. Traduzido por Eliana Aguiar. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

que é belo. Senão, "o mal enquanto tal é disforme... Contudo, como do mal desenvolve-se o bem, é chamado de bem porque com o bem confere e assim, na ordem, é dito belo. Portanto, não é considerado belo de modo absoluto, mas belo na ordem; aliás, seria preferível dizer: 'a própria ordem é bela'.[3]

Uma busca rápida de sinônimos para a palavra feiura indica dentre tantas, algo como: desprezível, repugnante, vil, vergonhoso, péssimo, desventuroso e a própria maldade. Nessa esteira, personagens maus são geralmente feios como bruxas, magos e vilões, ou refletem a noção de marginalidade e tristeza.

A beleza, por outro viés, está envolvida em sinônimos como: sublime, terno, gracioso, perfeito e bom. Nesse aspecto, o belo está intrinsecamente relacionado a tudo aquilo que é bom. O romance *O retrato de Dorian Gray*, de Oscar Wilde contextualiza a busca da transcendência e da beleza singular – lábios de cor escarlate, cabeleira dourada cacheada e olhos azuis.[4]

Nesta obra, o pintor Hallward é contratado para pintar tela alusiva ao personagem Dorian Gray e, ao finalizar a obra destaca que jamais havia feito algo tão belo tendo Lorde Henry, interessado na tela, asseverado: "Para mim, a beleza é a maravilha das maravilhas. [..] Mr. Gray, os Deuses lhe foram favoráveis".[5]

O livro de Oscar Wilde, de 1891 retrata a pretensão do homem em buscar beleza, perfeição e juventude. À época da história dizia-se da bem-aventurança dos belos como sortilégio da natureza e, diante da revelação de sua própria beleza Dorian é advertido sobre a brevidade da mocidade, de modo que passa a refletir sobre o dia em que pregas e rugas deformariam seu belo rosto, esvaindo sua juventude. Neste instante, ele realiza uma prece e o impossível acontece: uma inversão de qualidades. Dorian Gray pede para que a juventude e a beleza eternas da tela

[3] ECO, Umberto (Org.). *História da beleza*..., 2010, p. 149.
[4] WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray.* 2.ed. Traduzido por João do Rio. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 139.
[5] WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray*..., 2014, p. 34.

sejam a ele pertencentes, transferindo à tela a idade e velhice geradas pelo decurso do tempo.[6]

Embora a trama siga com a exploração das consequências da juventude eterna e a peculiar transferência da feiura à tela; nesta pesquisa a reflexão é oportunizada pelas reações do pintor ao descobrir-se capaz de produzir algo tão belo e perfeito. Nota-se:

> Enquanto o pintor olhava para a forma graciosa e agradável que havia refletido em sua arte com tanta habilidade, um sorriso de prazer atravessou seu rosto e pareceu nele se deter. Porém, ele de repente teve um sobressalto e, fechando os olhos, pôs os dedos sobre as pálpebras, como se procurasse aprisionar no cérebro um sonho curioso do qual receava despertar.[7]

Denota-se, o deslumbramento do artista ao finalizar sua obra aperfeiçoada, e esta pretensão conduziu intelectuais a promover tragédias que marcaram o século passado com corpos esqueléticos nos campos de concentração nazistas, hoje relembradas em fotografias da época e documentários disponíveis. Aqui, novamente a feiura convive e exalta a beleza. Nesse sentido, a pretensão de limpeza étnica e de promoção da raça pura e de beleza ariana, gerou ao seu revés, muita tristeza, exclusão, miséria e morte, além de sentimentos de vergonha.

Com tais percepções oportuniza-se recordar que as políticas para "a solução final"[8] na Alemanha Nazista tiveram

[6] WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray*..., 2014, p. 38-9.
[7] WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray*..., 2014, p. 13.
[8] "Solução final" designa a estratégia última de extermínio dos judeus feita em caminhões baú, onde morriam asfixiados pelo gás do próprio escapamento. Demonstrou ser efetiva para tal finalidade em razão de preservar o estado emocional dos soldados que não precisavam com suas próprias mãos promover o extermínio. SHOAH. Direção de Claude Lanzmann, 1985. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dWO-vpEn-Sg>. Acesso em: 13 abr.2022.

como mentores profissionais de diversos setores, mas precipuamente intelectuais. Essa é a investigação demonstrada por Ingrao, ao pesquisar os arquivos do Terceiro Reich e o contexto universitário alemão da época. Os intelectuais da SS produziram a legitimação de seu discurso de eliminação dos judeus que foi suficientemente interiorizado pelos oficiais e também pela população que colaborava com as delações.[9]

Como refere Mukherjee, "àquela altura, a linguagem da eugenia genética já de longa data se tornara subsidiária da mais perversa linguagem do ódio racial. O pretexto da limpeza genética [...] permaneceu como uma cicatriz indelével".[10]

Nesse aspecto, a tragédia do Holocausto reflete a capacidade humana de conviver com a maldade – a feiura; para conquistar algo julgado belo. Ademais, não existe garantia sobre a impossibilidade de repetição da limpeza étnica de outrora, ainda que por outros modos, como pode ser verificado a seguir.

RELATIVIZAÇÃO DE IDENTIDADE E AUTONOMIA – RETROCESSO?

Contemporaneamente, beleza e perfeição podem ser oferecidas concretamente pela atuação dos cientistas e por meio da medicina especializada. Estariam os genitores com uma sacola de compras no supermercado genético?

O desenvolvimento da engenharia genética[11] permitiu aos cientistas alcançar o sequenciamento do genoma humano e a

[9] INGRAO, Christian. *Crer & destruir:* os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista. Traduzido por André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 332-3.

[10] MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene*: uma história íntima. Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 169.

[11] O objetivo da engenharia genética é modificar a informação genética, o DNA que se apresenta nas células, criando moléculas de DNA recombinante considerados inexistentes anteriormente. GRANDE, Lydia Feito. Ingeniería genética. IN: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Enciclopedia de Bioderecho*

revelação do *locus* das características mais íntimas das pessoas, permitindo intervenção direta em genes defeituosos de embriões oriundos da reprodução humana medicamente assistida. Nessa esteira, Rifkin destaca a inauguração de uma nova matriz operacional capaz de propiciar o isolamento e recombinação dos genes e permitindo a longo prazo o "nascimento de uma civilização eugênica".[12]

A perspectiva de cura de síndromes e doenças propicia encantamento, mas, por outro viés, gera preocupação quando vislumbrada a possibilidade de intervenções genéticas fundadas em interesses supérfluos ou culturais, dado que o domínio da técnica permite a escolha de características fenotípicas que são compreendidas como as características observáveis como sexo, cor dos olhos, pele, dentre outras.

Nessa senda, destaca-se o caso enunciado por Sandel em que duas mulheres homossexuais e surdas contrataram em reprodução humana medicamente assistida a viabilização de uma criança, igualmente surda para com elas constituir família. O autor descreve que a exigência se baseou no argumento de que a surdez não constitui empecilho para uma vida normal. A criança nasceu surda.[13] Ao que o caso indica, estaria a ciência avançando em terreno árido pois o distanciamento da finalidade terapêutica representa descompasso com os direitos da pessoa que nasce a partir de tais técnicas.

Diante de tais constatações, Mukherjee ressalta os aspectos positivos da mudança intencional de genes em corpos humanos, o que é identificado com o surgimento de uma "eugenia positiva", evitando a eliminação de pessoas defeituosas e privilegiando a correção de genes problemáticos para tornar o

---

y Bioética. Disponível em: <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/185>. Acesso em: 13 abr. 2022.

[12] RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*: valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makron Books, 1999, p. 9.

[13] SANDEL, Michael. *Contra a perfeição*: ética na era da engenharia genética. Traduzido por Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

genoma "melhor".[14] Por outra óptica, Barchifontaine já alertou para a promessa de revolução em terapias genéticas com a

> correção dos erros genéticos detectados nos códigos dos pacientes. Tais terapias poderão ser aplicadas tanto em nível somático (afetando somente o indivíduo tratado) como em nível germinativo (operando nas células sexuais e embrionárias), habilitando assim a transmissão do **novo traço para toda a descendência** do organismo alterado.[15]

Tais questões tiveram início na década de 1970, quando Correa, Bergel e Kors, firmaram as bases do DNA recombinante mediante inserção de genes de outros organismos vivos no genoma. Ainda que possível, a técnica ainda apresentava dificuldades de aplicação permanecendo a ideia da recombinação de genes para o surgimento de um organismo novo até que em 1990, foi promovido um modo de cortar a cadeia de DNA em locais específicos. Em tais rumos, no ano de 2012 foi publicado trabalho por Doudna, Charpentier e seus colaboradores sobre a técnica denominada CRISPR/CAS 9 – *clustered regularly interspaced short palindromic repeats* (sequências curtas palíndromas agrupadas e regularmente espaçadas), aludindo os primeiros sucessos de corte de DNA, editando-o[16] por meio de enzimas ou 'tesouras moleculares' para a substituição ou eliminação de genes.[17]

A partir de então, testes demonstraram êxito em vegetais, animais e embriões humanos, o que importa reflexão em torno

[14] MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene*..., 2016, p. 541.
[15] BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida:* alguns desafios. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 102, grifo nosso.
[16] A sigla DNA é a abreviatura de ácido desoxirribonucleico, responsável pela transmissão de características entre pais e filhos. GRANDE, Lydia Feito. Ingeniería genética..., 2018.
[17] LACADENA, Juan-Ramón. *Edición genómica:* ciencia y ética. Revista Iberoamericana de Bioética / nº 03 / 01-14, 2017, p. 5-6.

dos desdobramentos da invenção de edição genética que são identificados com a criação de empresas biotecnológicas para o desenvolvimento de aplicações, bem como na luta por patentes derivadas.[18]

Nessa esteira, no ano de 2017 é noticiada a viabilidade real de edição genética de embriões nos Estados Unidos da América. Por tais modos, os cientistas conseguiram *recortar* ou editar o defeito genético congênito de um embrião, com cardiomiopatia, inserindo informações genéticas saudáveis, na correspondência exata da cadeia genética. Tornando saudáveis os embriões submetidos ao experimento, a técnica CRISPR - demonstrou-se bem-sucedida, entretanto, os cientistas ainda a consideram prematura.[19]

Com tal advento, surgem dois vértices de análise considerados a partir de suas implicações: o primeiro correspondente à implementação da técnica em embriões extracorpóreos congelados; o segundo aponta para implementação tecnológica em células germinais - óvulos e espermatozoides, dado que a alteração genética promovida por edição genética importa em reflexos a toda descendência. Nesse aspecto, os cientistas ponderam os limites atuais do que é conhecido em genética humana, bem como sobre suas interações entre o gene e o ambiente e, propriamente, sobre os caminhos da doença.[20]

Diante da incerteza dos avanços em terapia genética, cientistas como David Baltimore que recebeu Prêmio Nobel de Medicina no ano de 1975, e seus pares reuniram–se em janeiro de

[18] LACADENA, Juan-Ramón. *Edición genómica...*, 2017, p. 7.

[19] LEDFORD, Heidi. CRISPR fixes embryo error. *Nature*. v.548. 3.ago.2017, p. 13-14. Disponível em:< https://www.nature.com/polopoly_fs/1.22382!/menu/main/topColumns/topLeftColumn/pdf/nature.2017.22382.pdf>. Acesso em: 9.abr.2022.

[20] BALTIMORE, David; et.al., A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification. *HHS Public Access*. 19.mar.2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4394183/>. Acesso em: 14.abr.2022.

2015 em Napa, na Califórnia, para discutir os desafios na implementação da técnica CRISPR, propondo a reunião de especialistas em fóruns científicos, bioéticos e governamentais para o debate acerca das implicações diversas da técnica, bem como a formação de um grupo internacional representativo de especialistas em genética, direito, bioética, contando ainda, com a participação de representantes da indústria. Até o presente momento, sabe-se sobre a pretensão dos envolvidos em propor a desestimulação das experimentações em países com legislação demasiadamente frouxa ou flexível, além de propiciar a transparência do debate e a informação pública sobre a nova era da "medicina de precisão".[21] Torna-se especialmente importante na contextualização desta inovação biotecnológica, a investigação de seus limites. A inexistência de concordância da pessoa sobre a qual são implementadas modificações genéticas pode ser considerada legítima? Diante da inviabilidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente estaria sendo violada sua autonomia?

A partir destas reflexões, Eligio Resta discorre sobre os reflexos da intervenção genética na construção ou composição da identidade. A partir da compreensão de que com a revelação do código genético da humanidade seja possível antecipar diversos aspectos futuros sobre a identidade pessoal, tanto a representação interna quanto externa do 'corpo manipulável' promoverá reflexos sobre a identidade. Para o autor, não há dúvidas de que as intervenções genéticas provoquem modificações no âmbito da personalidade individual, de modo que:

> para além dos problemas morais da escolha de como agir, o indivíduo encontra-se diante de uma verdadeira e específica mudança da representação de si. A sua identidade não é mais correlata à representação que os outros, o público, a comunidade, têm de si. Ocorre exatamente o contrário: a representação parte do ser em si e a

[21] BALTIMORE, David; et.al., A prudent path forward for genomic engineering..., 2015.

> correlação inverte o sentido e conecta os outros ao ser em si.[22]

Ainda que sejam ressaltados os benefícios curativos propiciados pela intervenção genética, a desconsideração da casualidade e a loteria genética parece alterar o processo natural, imputando aos genitores a obrigação de autorizar as intervenções necessárias com vistas a garantir a eliminação de más-formações ou de doenças. Com isso, as intervenções genéticas estariam justificadas pela beneficência.[23]

Veja-se como o avanço tecnológico imputou à família algo inédito – uma responsabilidade velada, aquela que não consta elencada em código algum. Conforme destaca Sandel:

> Os futuros pais continuam livres para escolher se desejam ou não usar os exames pré-natais e agir ou não em relação ao diagnóstico. Porém não são livres para escapar ao fardo da escolha criada pelas novas tecnologias, nem podem evitar ser envolvidos no quadro ampliado da responsabilidade moral que acompanha os novos hábitos de controle.[24]

Nesse raciocínio, seria possível que genitores resistentes poderiam ser responsabilizados pelos próprios filhos por não fazerem uso da tecnologia disponível. Atualmente, as promessas da biotecnologia apresentam-se concretamente a poucas pessoas em razão de seu alto custo de modo que é desconhecida a real medida de um acesso amplo em planejamento familiar e terapias curativas em reprodução humana medicamente assistida.

Ou ainda, como questiona Singer: “o que acontecerá para quem não tem dinheiro para ir ao supermercado genético? Ficarão seus filhos predestinados à mediocridade?” (SINGER,

[22] RESTA, Eligio. *Percursos da identidade*: uma abordagem jusfilosófica. Ijuí: Unijuí, 2014, p.76.
[23] RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas:* entre el derecho y el no derecho. Traduzido por Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 170-1.
[24] SANDEL, Michael. *Contra a perfeição*..., 2013, p.100.

2017, p. 135). A urgência do debate, segundo o autor, deve-se ao ressurgimento da temática da eugenia como uma das consequências do acesso elitizado.

A lógica é compreendida a partir da atuação dos pais em sempre oferecerem a seus filhos o que há de melhor, o que passa pela escolha das melhores escolas e tudo que possa garantir um futuro em melhores condições. Por isso, seriam também capazes de selecionar características como altura, grau de inteligência, bem como outras questões relevantes. Para o autor, a eliminação da loteria genética na formação de uma pessoa seria uma alternativa muito mais promissora para o sucesso.[25]

Nesse viés, tem-se o exemplo da Ásia contemporânea onde

> uma combinação de ultra-sonografias baratas e fácil acesso ao aborto levou a uma fortíssima alteração da razão entre os sexos. [...] Em todas as sociedades, o aborto para fins de seleção de sexo é ilegal; mas, apesar da pressão governamental, o desejo de pais de ter um herdeiro do sexo masculino produziu razões flagrantemente desequilibradas entre os sexos.[26]

Na visão do autor, alguns reflexos importantes surgem de tais circunstâncias como o baixo número de nascimento de meninas para a constituição de famílias, sendo também vislumbrado como causa de aumento da violência. Nesse viés, Rodotá alerta para o que estaria sendo promovido no sentido de proibir o acesso aos exames verificado a sua importância para a saúde do nascituro. Para ele, constitui-se inadmissível referida política uma vez que o problema está relacionado à cultura de

[25] SINGER, Peter. *Ética no mundo real:* 82 breves ensaios sobre coisas realmente importantes. Traduzido por Desidério Murcho. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 134.

[26] FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano:* consequências da revolução da biotecnologia. Rocco, 2003, p. 92.

subjugação do feminino e a preferência pelo nascimento de meninos.[27]

A partir de tais reflexões, questiona-se sobre o justo compartilhamento dos benefícios da ciência, bem como o respeito a sua finalidade altruísta pois como refere Sandel, "o maior perigo, confessadamente mais especulativo, é que, se feito de forma rotineira, o melhoramento genético dificultaria o cultivo dos sentimentos morais que a solidariedade social requer".[28] Para ele, a partir do instante em que a vida deixa de ser compreendida como dádiva e os talentos desconectados da loteria genética ou da sorte, as pessoas sentem-se responsáveis pelo próprio destino o que lhes permite atuar de modo individualista.

Nesse mote, o mesmo autor elucida a questão com o exemplo dos seguros de vida e saúde, em que as pessoas sadias subsidiam o tratamento de pessoas doentes em razão de desconhecerem em que momento necessitarão de cuidados de saúde. A lógica do resultado se dá na "mutualidade por inadvertência". Uma vez dado o conhecimento sobre a genética das pessoas e, oferecido o perfeito controle sobre a saúde de cada um seria possível cogitar o rompimento da solidariedade verificada no mercado de seguros com a consequente onerosidade dos contratos para aqueles que deles necessitam.[29]

Nessa senda, constata-se a forte influência dos interesses de mercado em que clínicas e laboratórios administram o desenvolvimento biotecnológico gerando impactos significativos. Estes setores seriam nominados por Capra, como "empresas de ciência da vida" orientadas pelo desejo de controle da natureza. [30]

Com isso, verifica-se a vida como preciosa mercadoria a despertar interesses dos mais diversos setores e firma-se a ideia de proteção de identidade em virtude de seu frágil equilíbrio no mundo do consumo e da liquidez das relações. Tem-se assim,

[27] RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas...*, 2010, p. 169-170.
[28] SANDEL, Michael. *Contra a perfeição...*, 2013, p. 102.
[29] SANDEL, Michael. *Contra a perfeição*...,2013, p. 101-3.
[30] CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 209.

alterações que não apresentam garantia de felicidade, de modo que "só parece ser no momento em que se está fazendo".[31]

Ocorre que diante da inexistência de tutela específica as inovações biotecnológicas vêm despertando a denominada *crise de fundamentos* com relação à proteção dos direitos do homem. Segundo ele:

> Não se trata de encontrar o fundamento absoluto (...) mas de buscar, em cada caso concreto, os fundamentos possíveis (...) não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. (...) O problema filosófico dos direitos do homem não poder ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios.[32]

Assim, a interpretação comprometida tende a ser considerada como a efetivada com a averiguação do conjunto de setores imbricados e de seus interesses, a partir do vértice dos direitos do homem. Assim, o avanço das técnicas de intervenção genética não pode prescindir de uma interpretação teleológica para averiguação de seus riscos e benefícios, tendo como norte a dignidade da pessoa humana. Em tais rumos, vislumbra-se qualquer tentativa de regulação está sujeita ao dinamismo das relações, mas principalmente, dos interesses de mercado.

Nesse norte, contribui Oliveira Junior e Soares, ressaltando a insuficiência da legislação para a efetivação de direitos e cidadania em razão da fragilidade de sua semântica. Para o autor, a vontade política e os esforços intelectuais dos

[31] BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Traduzido por Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.10.
[32] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

envolvidos apresentam-se imprescindíveis para a superação de tal óbice.[33]

Em tais rumos, parece crível promover o estudo dos reflexos das intervenções genéticas em RHMA sob orientação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois analogamente, também seguem esta diretriz os tratamentos médicos e cirurgias no sentido de serem invasivos.

Diante do exposto, compreende-se que a dignidade da pessoa humana, utilizada como princípio norteador das intervenções genéticas, pode ser assegurada ou ferida de acordo com o modo em que for utilizada. Habermas assevera que no aspecto referente ao tratamento e cura de doenças as intervenções genéticas devem ser estimuladas, visto que promovem a saúde, o bem-estar, e o pleno desenvolvimento da pessoa e da personalidade, proporcionando uma vida digna. Por outro lado, quando da utilização dessas técnicas como forma de aperfeiçoar o ser humano, percebe-se que a pessoa que virá a nascer tem sua dignidade violada visto que o aperfeiçoamento artificial nega o direito ao próprio corpo, além dos direitos de autonomia e liberdade sobre a própria vida.[34]

Nessa senda, parece adequado que o livre desenvolvimento da esfera privada seja possível quando não existe uma programação prévia, defendendo a manutenção da casualidade ou da loteria genética. Veja-se que já há mais de vinte anos, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, da UNESCO, de 1997 destacou em seu artigo primeiro o direito de herdar características genéticas não manipuladas. A disposição permite compreender o genoma humano como patrimônio da humanidade no sentido de ser um

[33] OLIVEIRA JR., José Alcebíades de; SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Direitos Humanos e Democracia: Interfaces a partir de Políticas Públicas. *Revista Alcance* – Eletrônica. vol. 16 - n.1, p. p.44, jan-abr 2011. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/ra/issue/view/127>. Acesso em: 13 abr. 2022.

[34] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*..., 2004, p. 87-92.

bem não passível de apropriação, bem como excluir toda classe de intervenções imperativas.

Assim, a partir de consensos internacionais em torno do Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolvem-se dinamicamente a proteção dos direitos fundamentais no âmbito interno.[35] No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1998 fundamentou o processo de institucionalização dos direitos humanos a partir da cláusula de abertura, opção do constituinte pela abertura do catálogo de direitos, sendo compreendidos como direitos fundamentais mesmo o que não estiver previsto, podendo ser considerado como direito implícito.[36]

De um modo mais específico, alcança-se assim uma nova dimensão dispositiva com o referido no artigo 5°, X, que enuncia "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Tais garantias são vislumbradas no contexto dos direitos da personalidade aplicáveis quando da aquisição da personalidade civil, a partir do nascimento com vida sendo resguardados os direitos do nascituro. Assim previu o Código Reale[37] em seu artigo 2° entretanto, diante das inovações biotecnológicas de edição genética embrionária, seria possível promover uma interpretação acerca de intimidade e identidade e dos direitos da personalidade em um momento até mesmo anterior ao nascimento com vida, ou antes, à própria consideração de ser o embrião nascituro?

Trata-se de um novo âmbito de tutela de direitos da pessoa realizada na circunstância peculiar de constituir-se ainda, em embrião extracorpóreo, oriundos de reprodução humana medicamente assistida. Tem-se como precípua reorientação do

[35] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.183.
[36] SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 09 – jan./jun. 2007, p.78-80.
[37] BRASIL. Lei n°10.406/2002.

ordenamento jurídico para viabilizar o reconhecimento[38], de modo que a edição genética embrionária aconteça nos moldes terapêuticos garantindo a dignidade da pessoa humana. Ademais, acredita-se que receber a vida "desenhada de antemão" e, de acordo com valores puramente culturais constitui-se em violação aos direitos do homem.[39]

Finalizando tal entendimento, corrobora-se a ideia de Perez Luño, ao indicar que os direitos do homem representam exigências de ordem ética concretizadas de acordo com o momento histórico como "exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional".[40]

Assim, (res)significar os dispositivos nacionais existentes de acordo com as exigências da contemporaneidade constitui-se em tarefa fundamental para a consagração da tão almejada, ainda que deveras violada, dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A viabilidade de edição genética embrionária tem gerado expectativa e preocupação com o futuro da humanidade e os direitos do homem. Espera-se que os benefícios e conquistas médicas sejam acompanhados de reflexão suficiente para que sejam vislumbrados seus desdobramentos a longo prazo e, diante de parâmetros de segurança, para que toda a humanidade possa usufruir de tais logros.

Ao lado de uma implementação prudente espera-se a não instrumentalização da vida, viabilizados pelas lentes do cuidado inter/transdisciplinar para que as vaidades intelectuais não sejam superiores aos interesses das pessoas diretamente envolvidas,

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana..., 2007, p. 370.
[39] RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas*..., 2010.
[40] PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constituición*. Madrid: Edicciones Tecnos, 1999, p. 48.

bem como da própria humanidade. Nesse aspecto, recontar a história de Dorian Gray elucida o deslumbramento do criador com sua criatura, atraindo atenção para a temática por meio das linhas do romance.

Em tais rumos, almeja-se ainda que quanto à edição do genoma seja oportunizada distinção transparente entre os tratamentos terapêuticos e os de melhoramento genético para que a vida não esteja sendo oferecida como mercadoria no supermercado das melhores características genéticas.

A partir disso, tem-se como viável a reorientação das disposições normativas para a tutela dos interesses da pessoa oriunda da reprodução humana medicamente assistida, ainda que não tenha nascido e, em sua fase de desenvolvimento mais elementar e quase ficcional, *in vitro*! Com isso, viabilizada estará a dignidade da pessoa humana às pessoas alvo de edição genética embrionária para que, ao nascer possam usufruir de seus direitos em plenitude.

REFERÊNCIAS

BALTIMORE, David; et.al., **A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification.** HHS Public Access. 19.mar.2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4394183/>. Acesso em: 14 ago 2022.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Bioética e início da vida:** alguns desafios. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Traduzido por Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERGEL, Salvador Darío. El impacto ético de las nuevas tecnologías de edición

Genética. **Revista de Bioética.** v.25, n.3, 2017. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1609/1720>. Acesso em: 13 abr. 2022.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13. abr.2022.

BRASIL. Lei n°10.406 de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em 17.ago.2022.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas:** ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

ECO, Umberto (Org.). **História da beleza.** Traduzido por Eliana Aguiar. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano:** consequências da revolução da biotecnologia. Rocco; 1ª edição, 2003.

GRANDE, Lydia Feito. Ingeniería genética. IN: **CASABONA**, Carlos Maria Romeo. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Disponível em: <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/185>. Acesso em: 13 abr. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? Traduzido por Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

INGRAO, Christian. **Crer & destruir:** os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista. Traduzido por André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

LACADENA, Juan-Ramón. Edición genómica: ciencia y ética. *Revista Iberoamericana de Bioética*/ nº 03 / 01-14, 2017.

LEDFORD, Heidi. CRISPR fixes embryo error. *Nature*. v.548. 3.ago.2017. Disponível em:< https://www.nature.com/polopoly_fs/1.22382!/menu/main/topColumns/topLeftColumn/pdf/nature.2017.22382.pdf>. Acesso em 9.abr.2022.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constituición.** Madrid: Edicciones Tecnos, 1999.

MUKHERJEE, Siddhartha. **O gene:** uma história íntima. Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de; SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Direitos Humanos e Democracia: Interfaces a partir de Políticas Públicas. **Revista Alcance** – Eletrônica. vol. 16 - n.1, p. 33-46, jan-abr 2011. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/ra/issue/view/127>. Acesso em: 13 abr. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RESTA, Eligio. **Percursos da identidade:** uma abordagem jusfilosófica. Ijuí: Unijuí, 2014.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia:** valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makron Books, 1999.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas:** entre el derecho y el no derecho. Traduzido por Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

SANDEL, Michael. **Contra a perfeição:** ética na era da engenharia genética. Traduzido por Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

SINGER, Peter. **Ética no mundo real:** 82 breves ensaios sobre coisas realmente importantes. Traduzido por Desidério Murcho. Lisboa: Edições 70, 2017.

SHOAH. Direção de Claude Lanzmann, 1985. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dWO-vpEn-Sg>. Acesso em: 13 abr.2022.

WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray.** 2.ed. Traduzido por João do Rio. São Paulo: Martin Claret, 2014.

POLÍTICAS DE CIDADANIA E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

ARISTÓTELES, ANTÍGONA E SOCIOLOGIA SISTÊMICA: DIREITO NATURAL E AUTORREFERENCIALIDADE

Adalberto Narciso Hommerding[1]

INTRODUÇÃO

Aristóteles é o responsável na Grécia antiga pela teorização da distinção da justiça política em natural e legal. Em *Antígona*, tragédia escrita por Sófocles, referida na *Retórica* por Aristóteles (1998), essa distinção também é encontrada. Dita questão, a partir daí, acompanha a história da humanidade, suscitando há séculos, portanto, o debate entre a lei positiva e a lei natural, o que, para muitos, já estaria superado em razão da impossibilidade de se falar em Direito natural na sociedade complexa. Será que, realmente, é assim? Ou o Direito natural, em tempos de *observação da observação*, ainda pode ser considerado Direito? Se sim, do ponto de vista da teoria sistêmica, há algum problema com o Direito natural? É o que buscamos responder no presente texto.

O DIREITO NATURAL EM ARISTÓTELES

Aristóteles (1998), na *Retórica*, faz alusão a uma lei *comum*, *natural*, *não escrita*. Opõe à lei *escrita* e *particular* de uma cidade a *lei comum*, da qual as regras não escritas parecem

[1] Possui Pós-doutorado em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha (2012). Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001). Professor da URI Universidade Regional Integrada, de Santo Angelo/RS e da UNIJUÍ- Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

fazer o acordo de todos[2]. O fundamento deste acordo é precisado da seguinte forma: "Chamo de lei comum a que é conforme à natureza; porque há alguma coisa sobre a qual todos têm certa predição, é o que é por natureza o justo ou o injusto comuns." (ARISTÓTELES, 1998, p. 80). Esse justo pode, pois, valer para homens que não pertencem a mesma comunidade ou que não estão associados por nenhum contrato[3] (VERGNIÈRES, 1998).

É de Aristóteles que vem a *primeira exposição ampla da essência da equidade* como *forma de justiça*, consistindo a equidade na decisão do caso concreto em conformidade com sua especialidade e levando em conta a divergência do teor da lei, funcionando, pois, a equidade como *complemento* do direito legal. Daí a ideia de que as leis, por serem formuladas genericamente, sempre irão apresentar lacunas (COING, 2002).

Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles apud Morris (2002, p. 16) explica que a equidade, embora justa, "não é justiça legal, mas sim uma retificação da justiça legal". Para o filósofo de Estagira,

> quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é uma exceção à regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa de seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião, e como ele teria decretado se fosse notificado do caso em questão. (ARISTÓTELES apud MORRIS, 2002, p. 16).

[2] Nas palavras de Aristóteles (1998): *Entendamos por cometer injustiça causar dano voluntariamente em violação da lei. Ora a lei ou é particular ou comum. Chamo particular à lei escrita pela qual se rege cada cidade; e comuns, às leis não escritas, sobre as quais parece haver um acordo unânime entre todos*.

[3] Vale citar o próprio Aristóteles (1998) uma vez mais: *Chamo lei tanto a que é particular como a que é comum. É lei particular a que foi definida por cada povo em relação a si mesmo, que seja escrita ou não escrita; e comum, a que é segundo a natureza. Pois há na natureza um princípio comum do que é justo e injusto, que todos de algum modo adivinham mesmo que não haja entre si comunicação ou acordo*.

Afim, pois, da justiça é a equidade, que, segundo Aristóteles (1995, p. 81), "nasce quando a justiça diz respeito a um caso que foge do comum e da generalidade própria da lei", sendo a equidade, portanto, uma correção de que a lei, pela sua abstratividade, necessita continuamente.

Também na *Retórica*, Aristóteles trabalhará a questão da equidade, fazendo menção à generalidade da lei e às omissões do legislador, que podem ocorrer *contra* ou *por* sua vontade. Diz Aristóteles:

> Ora, como dissemos que há duas espécies de actos justos e injustos (uns fixados pela escrita e outros não), não ocupámo-nos até aqui dos que as leis registram; mas dos que as leis não registram há também duas espécies: a dos que, por um lado, representam o mais elevado grau de virtude e do vício, a que se reservam censuras e elogios, desonras, honras e recompensas; por exemplo, agradecer a quem nos faz bem, pagar o bem com o bem, acudir aos amigos, e coisas semelhantes a estas; e a dos que, por outro, correspondem a uma omissão da lei particular e escrita. Pois o equitativo parece ser justo, e é equitativa a justiça que ultrapassa a lei escrita. Ora esta omissão umas vezes acontece contra a vontade dos legisladores, e outras por sua vontade: contra a vontade dos legisladores, quando o caso lhes passa despercebido; e por sua vontade, quando o não podem definir a rigor, mas se vêem na necessidade de empregar uma fórmula geral que, não sendo universal, é valida pela maioria dos casos. Também os casos em que não é fácil dar uma definição, devido à sua indeterminação; por exemplo, no caso de ferir com um instrumento de ferro, ou determinar o seu tamanho e forma; pois não chegaria a vida para enumerar todas as possibilidades. Se, pois, não é possível uma definição exacta, mas a legislação é necessária, a lei deve ser expressa em termos gerais, de modo que, se uma pessoa não tem mais que um anel no

> dedo quando levanta a mão ou fere outra, segundo a lei escrita é culpada e comete injustiça, mas segundo a verdade não a comete, e é isso que é equidade. (ARISTÓTELES, 1998, p. 95).

A equidade grega (*epieikeia*), presente em Aristóteles, é distinta da equidade romana (*aequitas*). A equidade grega, como ensina Martín Laclau (1994), serve para *amortizar* o caráter genérico e abstrato que apresentam os preceitos jurídicos que haverão de ser aplicados a situações concretas cujas notas escapam às rígidas determinações daqueles. A *aequitas*, porém, não é algo exterior ao Direito: é sua própria essência. Seu caráter constitutivo se contrapõe ao caráter corretivo próprio da *epieikeia*.

A noção de *epieikeia*, assim, pode ser cabível como justiça do caso particular dentro de um ordenamento jurídico constituído por normas abstratas e fixas, cuja rigidez necessite ser corrigida para ser adaptada às várias e mutáveis situações que a vida apresenta. Resulta, no entanto, desnecessária dentro de um sistema que, como o romano, se caracteriza por sua base consuetudinária e seu caráter dinâmico, aberto às transformações da sociedade e à riqueza dos diversos comportamentos humanos possíveis (LACLAU, 1994).

A *aequitas*, portanto, não é um conceito que provém da filosofia grega, mas uma noção de origem romana, atuante no desenvolvimento do seu direito. Ela deriva da raiz latina *aequ-* que significa igualdade, parelho. Daí provém o substantivo *aequor*, que significa o mar, a planura, o que apresenta uma superfície plana, sem acidentes. Há aí um sentido de igualdade, de equilíbrio sem quebras, sem acidentes, que se expressa também nos adjetivos *aequum* e *aequalis*, o que não se refere somente à realidade natural, mas à mente humana (LACLAU, 1994). No período clássico[4], lembra Martín Laclau, a noção de

[4] A chamada *História interna* do Direito Romano é dividida em: a) direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a. C.; b) do direito clássico

aequum assume caráter jurídico e passa a se confundir com o que é justo no sentido de *proporcional*, em acordo com as variáveis modalidades que ostentam os diversos fatos concretos. Nessa época, diz Laclau, era usual enlaçar os termos *aequum* e *bonum*. O *bonum*, no entanto, não era um valor moral. Para os romanos, *bonum* era o *conveniente*, não havendo, como ensina Laclau (1994, p. 22), no conceito de direito como *ars boni et aequi*, nenhuma noção moral, mas a busca do conveniente e do justo para dar solução jurídica a uma situação determinada. Nesse mesmo sentido encontra-se o magistério de Horacio Insanti (1999, p. 52-53) ao lembrar a definição de *ius* dada pelos juristas romanos Celso e Ulpiano: *ius* seria a *arte do equitativo*, e não a do *justo*. Quando Celso e Ulpiano falam do *ius* como a arte do equitativo, explica Insanti, estão se referindo ao mesmo que Aristóteles quer dizer como *dikaion*, o justo, aquele ponto que estabelece a unidade do diverso dando a cada um o seu[5]. Assim, no direito romano se fala de uma *aequitas* do direito civil, de outra do direito das gentes, e de outra do direito natural. Há uma *aequitas* natural que vai corrigindo a *aequitas* civil, mas a segunda não é uma correção do justo legal. O justo legal é o equilíbrio encontrado pelas leis do solene direito quiritário. O avanço do direito em Roma até a equidade do direito natural não tem nada a ver com a correção do justo legal de que falava Aristóteles. É um diferente ponto de equilíbrio que as leis de um e outro encontram segundo as distintas relações sobre as que suas

(daí ao término do reinado de Dioclesiano, em 305 d. C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d. C.); e c) do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d. C. – dá-se, porém, a designação de *direito justinianeu* ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d. C. Fonte: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 68.

[5] António Manuel Hespanha entende que a equidade romana clássica é inspirada na filosofia aristotélica ou estóica, e que não é a mesma equidade dos direitos cristianizados, pós-clássico, medieval ou moderno, nem a mesma do direito, individualista e laicizado, dos nossos dias. Fonte: HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 135.

normas se voltam, mas em um e outro a equidade é o ponto médio de dar a cada um o seu[6] (INSANTI, 1999).

Para Aristóteles, portanto, o direito não é apenas um estatuto positivo. Em cada direito há disposições que são justas por natureza. Estas o legislador não poderia ter formulado diferentemente. A conclusão, então, é a de que o justo natural *vive* na ordem positiva (COING, 2002). Outras, porém, são meramente positivadas. No plano de fato, portanto, Aristóteles, fazendo a distinção entre justiça natural e justiça legal, entendendo que ambas podem estar em oposição, reconheceu a possibilidade do *injusto legal* (KAUFMANN, 2004).

ANTÍGONA

A tragédia grega *Antígona*, de Sófocles, lembrada por Aristóteles na *Retórica*, há séculos vem sendo entendida como um *retrato* da ideia de Direito Natural na Antiguidade grega. *Antígona* é uma das mais antigas referências a uma lei não escrita

[6] José Carlos Moreira Alves dá conta de que alguns autores - caso de Beseler, por exemplo -, baseando-se no fato de que o vocábulo *aequitas* se encontra em várias constituições de Justiniano e em muitos textos interpolados, pretendem que se deva eliminá-lo do vocabulário e do pensamento clássico: a *aequitas* somente teria surgido no direito pós-clássico. A melhor doutrina, porém, segundo Moreira Alves, é a que entende que o conceito de *aequitas* não foi o mesmo no direito clássico e no pós-clássico. Para os jurisconsultos clássicos, explica Moreira Alves, *aequitas* é o que, modernamente, se denomina justiça: aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo. É ela – e a frase é de Scialoja – uma tendência, uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. Por isso, o direito positivo pode entrar em choque com ela. E Celso, ao definir o *ius* como *ars boni et aequi*, pretendeu chamar a atenção para a circunstância de que, no período clássico, o direito é intimamente penetrado pela *aequitas*: trata-se de um direito justo. Bem diversa a noção de *aequitas* no período pós-clássico. Aí, em antítese com o *ius*, ela adquire o sentido de benignidade, benevolência (*humanitas*, *benignitas*, *benevolentia*, *pietas*, *caritas*). Com base nela, os imperadores romanos derrogam princípios jurídicos, como, por exemplo, permitem que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de vínculos contratuais. Fonte: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 78-79.

e imutável, que se encontraria acima de todas as outras leis (SILVEIRA, 1998). Etéocles e Polinices, filhos de Édipo, morrem na disputa pelo trono de Tebas. Creonte, cunhado de Édipo, assume o poder depois da morte de Etéocles e dispensa honras e um funeral de estado a Etéocles, mas decreta que o corpo de Polinices seja deixado a decompor-se ao ar livre, para ser comido pelos animais predadores e pelos pássaros, como castigo pela sua traição ao atacar a cidade. Antígona e Ismena, irmãs dos defuntos, conferenciam acerca do destino a dar ao corpo de Polinices. Antígona insiste que é seu dever sagrado proceder aos sacrifícios rituais junto ao cadáver de Polinices, para que a sua alma possa encontrar descanso. Ismena, desejosa de evitar que mais infortúnios caiam sobre a família, aconselha Antígona que evite desobedecer a Creonte. Antígona responde que, posta a escolha entre a lei sagrada e a lei humana, a obediência aos deuses vem em primeiro lugar (SNODGRASS, 1988):

> Nem Zeus, nem a justiça, irmã dos deuses, o promulgou. Não creio que teu édito derrogue as leis não escritas e imutáveis dos deuses, pois não passas de simples mortal. Não é de hoje, nem de ontem, que elas existem; são de todos os tempos e ninguém em verdade dirá quando começaram. Deveria eu, assim, por temor de tuas ordens, expor-me e merecer o castigo dos deuses? (COLUSSI, 2001, p. 57).

Aceitando as consequências do ato e repreendendo Ismena por tomar o caminho mais fácil para resolver o dilema, Antígona empenha-se no funeral do irmão e é acusada de fazer uma libação aos deuses e de espalhar terra sobre o cadáver do irmão. Antígona confessa o ato e Creonte lhe castiga juntamente com a irmã mandando prender ambas (SNODGRASS, 1988).

A distinção da justiça política em natural ou legal, feita por Aristóteles, e a obra Antígona são consideradas marcos históricos da discussão sobre o Direito Natural porque colocam uma

questão que tem acompanhado a humanidade desde então: a disputa entre o predomínio da lei dos homens, o direito positivo, e a lei natural, que pode apresentar as mais diversas justificativas, mas todas metafísicas: a vontade de Deus, a força da natureza ou o caráter racional do homem a lhe outorgar certos direitos invioláveis (ENGELMANN, 2007). Considerando, porém, a possibilidade de uma análise de Antígona a partir da teoria sistêmica, falar de Direito natural ainda seria algo plausível? Noutras palavras, na sociedade complexa o Direito natural estaria fadado ao esquecimento? É o que pretendemos responder.

LENDO ANTÍGONA E ARISTÓTELES A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA

Contemporaneamente, a análise de Antígona tem ido mais além do que a do mero conflito entre a lei divina e a lei humana. Essa análise, feita do ponto de vista da *teoria sistêmica* – portanto, no âmbito da Sociologia (Sistêmica) do Direito -, aponta para a questão da *autorreferência dos sistemas autopoiéticos* e, portanto, para uma *realidade* do Direito que é *circularmente estruturada*. A autorreferência, nas palavras de Gunther Teubner (1989, p. 2), é, assim, uma *visceral* característica dos sistemas autopoiéticos. O Direito, então, não seria determinado nem por autoridades terrestres, nem pela autoridade dos textos e tampouco pelo direito natural ou por revelação divina. O Direito determina-se a ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria positividade. O Direito, portanto, retira a sua própria validade dessa autorreferência pura: qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Daí por que a validade do Direito não é *importada* do exterior do sistema jurídico, mas obtida a partir do seu interior. Por isso é que, consoante Niklas Luhmann apud Arnaud e Lopez Junior (2004, p. 315)[7], "não há

[7] A autorreferência pura, para Luhmann, equivaleria a uma tautologia, tendo em vista que o sistema passaria a operar sempre com base em um mesmo dado,

Direito fora do Direito". Na sua relação com o sistema social, portanto, o sistema jurídico não gera nem *inputs* nem *outputs* (TEUBNER, 1989, p. 2).

A autorreferência sugere o caráter de *indeterminação* do Direito e que o Direito não é apenas produto do homem, mas do próprio direito. Há uma relação entre autorreferência e imprevisibilidade. Essa relação, segundo Teubner (1989, p. 3-6), pode ser explicada levando-se em consideração aquilo que Von Förster chama de *máquinas triviais* e *máquinas não-triviais*. As máquinas triviais são aquelas que, ligando determinados efeitos a certas causas, de modo fixo e regular, operam sinteticamente de modo determinado e analiticamente de modo determinável, independentemente do passado e de forma previsível. As máquinas não-triviais, diferentemente, são sinteticamente determinadas, mas analiticamente indetermináveis; dependem do passado e são imprevisíveis. Este parece ser o caso do Direito, entendido como um sistema de sentido autorreprodutivo e dependente, pois, das operações jurídicas dos seus próprios elementos sistêmicos internos. A indeterminação do Direito, assim, aparece diretamente relacionada com a sua autonomia. A autorreferência está implicada com a circularidade dos sistemas autopoiéticos. O sistema jurídico, por seu turno, é essencialmente

repetindo sempre a mesma conclusão. Isso sepultaria o princípio motor da teoria dos sistemas, qual seja, o de que os sistemas são criados para reduzir uma determinada porção da complexidade. A alusão a esse *desvio externo* é o que permitiria o respirar do sistema, importando, por intermédio do filtro do sentido, as comunicações que lhe são funcionalmente pertinentes. Esse *desvio externo*, no entanto, somente é possível porque o sistema é operativamente fechado, ou seja, as comunicações que se seguirem àquela importada do meio são governadas dentro dele mesmo, a partir de elementos que ele mesmo produz. Daí a conclusão de Juan Antonio García-Amado quando diz que a *reprodução autopoética dos sistemas não é, portanto, repetição idêntica do mesmo, senão recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores*. Dessa forma, *todas as operações dento do sistema são, ao mesmo tempo, (auto)reprodução do sistema*. Cfe. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPEZ JUNIOR, Dauri (org.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 315.

circular. Aliás – e aqui a referência de Teubner é a Hofstadter -, a hierarquia das fontes do direito não escapa da lógica da circularidade:

> A ironia está em verificar que (…) tendo-se batido com a cabeça no tecto, somos impedidos de saltar para fora do próprio sistema na busca de uma autoridade superior, não restando senão recorrer a regras aparentemente menos definidas, mas que, afinal, são as únicas fontes das regras de nível superior: as regras de nível inferior. (TEUBNER, 1989).

A autorreferência do Direito manifesta-se de forma muito bem elaborada nas fontes do Direito, comportando, porém, uma *mácula* que, curiosamente, transforma o sistema jurídico num sistema hierárquico totalmente reflexivo: a fonte superior aparece legitimada pela fonte inferior. Como diz Teubner (1989), "Basta (…) colocar a fonte mais alta em lugar suficientemente elevado para que o mundo jurídico possa funcionar perfeitamente a partir dessa circularidade." (p. 6). O fenômeno da autorreferência emerge sempre que se trata de apreender e aferir situações do mundo real a partir da distinção legal/ilegal (*Recht*/*Unrecht*). Assim, sempre que a distinção é aplicada, não apenas casuisticamente, mas com pretensões de validade para todo um universo de situações, essa mesma pretensão de validade universal, mais cedo ou mais tarde, acaba por conduzir a própria distinção à tentação de valer igualmente para si mesma. Surgem aí os *paradoxos da autorreferência* (TEUBNER, 1989, p. 7).

Na práxis jurídica, há *dilemas da reflexividade* que aparecem a todo o momento. Basta que se pense, por exemplo, nos casos paradoxais de um Direito que se exclui a ele próprio em sede de *direito de resistência* ou da *razão de Estado*. Nesse sentido, segundo Gunther Teubner (1989, p. 8-15), uma crítica mais radical com relação ao fenômeno da autorreferência – já que as demais críticas não foram capazes de *atingir o coração do*

paradoxo fundamental do direito – conseguira-a já afinal Sófocles há mais de vinte séculos, quando, *pela boca de Antígona, exprimia o paradoxo do direito ao opor-se à lei de Créon que a proibia de enterrar o irmão*.

Para Teubner, e como antecipamos anteriormente, o alcance da crítica de Antígona não pode ser reduzido a um mero conflito entre a lei divina e a lei humana. Deve-se, antes, nela entrever o insolúvel paradoxo subjacente ao Direito, tornado familiar desde a reflexão feita sobre a auto-aplicação da chamada *distinção jurídica*: Antígona aplica o *código jurídico* ao próprio *código jurídico* quando sustenta que a pretensão de Créon de definir aquilo que é legal ou ilegal é, em si mesma, ilegal. Aqui, portanto, residiria, segundo Teubner, a *radicalidade* da crítica sofocliana: para Antígona, o caráter paradoxal do Direito é intrinsecamente inerente ao próprio Direito, mais do que (como pretendem os *novos* críticos, diz Teubner) o resultado da instrumentalização política da doutrina jurídica ou do reflexo da configuração histórica concreta dos seus *dogmas*. Não são as normas individuais, os princípios doutrinais ou a dogmática jurídica que constituem a fonte das antinomias e paradoxos, mas, sim, a circunstância de ser o próprio Direito que repousa, ele mesmo, sobre um paradoxo.

É possível afirmar, portanto, que a teoria da autopoiese toma o paradoxo de Antígona como o ponto de partida da sua reflexão, abrindo uma ruptura com o tradicional tabu da circularidade (TEUBNER, 1989, p. 18-29). Essa ruptura, porém, não é tomada no sentido da *aceitação pura* de argumentos circulares (o que apenas poderia desembocar em tautologias sem sentido ou em puros bloqueamentos gnósicos), mas, antes, no sentido da introdução de uma nova perspectiva da própria circularidade: esta deixaria de ser vista como um problema *intelectual* (relativo a erro de pensamento) para passar a ser interpretada como um problema relativo à própria práxis jurídica. Com efeito, explica Teubner (1989, p. 18-19), a realidade social do Direito é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas,

processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular, além de estarem ligados entre si também circularmente por uma variedade de meios. Autorreferência, paradoxos e indeterminação constituem, assim, problemas específicos da realidade dos sistemas sociais, e não meros problemas de reconstrução intelectual dessa mesma realidade.

O fato, portanto, é que, de acordo com Luhmann, independentemente do conhecimento humano e da sua apreensão cognitiva, a realidade possui uma estrutura circular. E esse postulado é a base para uma "nova postura epistemológica", como diz Teubner (1989, p. 20-21). A realidade do Direito é uma realidade estruturada circularmente. O Direito encontra-se autorreferencialmente constituído. A teoria da *autopoiesis* oferece uma análise das soluções da prática jurídica para o problema da indeterminação do direito graças à conjugação dos seguintes elementos: autorreferência, paradoxo, indeterminação, estabilidade por meio dos valores próprios. Por meio da aplicação da sua própria distinção entre legal/ilegal, o sistema jurídico constrói-se a si mesmo na base de um círculo autorreferencial. Semelhante autorreferencialidade conduz inevitavelmente a situações tautológicas e paradoxais, sendo assim, por conseguinte, responsável por uma relativa indeterminação do próprio direito. As teorias cibernéticas e funcionalisto-sistêmicas – vejam-se, por exemplo, as teorias defendidas por Ernesto Grün (1995) e Talcott Parsons (1953, 1967, 1969, 1970a, 1970b, 1974, 1999, 2010a, 2010b) - propõem uma visão do Direito como um sistema aberto. Os sistemas, aliás, são vistos por tais teorias como realidades simultaneamente abertas e adaptáveis ao meio envolvente. Dita visão, diz Teubner (1989, p. 27-29), "representa indubitavelmente um importante progresso". A distinção crucial entre sistema e meio envolvente, característica central dos sistemas abertos, conduz-nos, porém, a centrar atenção sobre conceitos como, por exemplo, relação *input-output*, *capacidade de adaptação sistêmica ao respectivo meio envolvente*, *restabelecimento do equilíbrio sistêmico por meio da intervenção*

regulatória, e *organização sistêmica racional e finalisticamente orientada*. Ditos conceitos são *conceitos-chave das estratégias políticas intervencionistas*, endereçadas a produzir alterações específicas em vários domínios sociais, servindo-se do Direito. É a visão do Direito como instrumento de intervenção social direta. Claro que tal tipo de intervenção produz efeitos sobre os subsistemas sociais visados. Ocorre, porém, que o *impacto* produzido por vezes é demasiado ou além do previsto. Nas palavras de Gunther Teubner:

> Umas vezes tal intervenção era efectiva apenas durante um reduzido período, noutras contra-producente, noutras ainda contra-intuitiva, e noutras até acabava mesmo "engolida" pelo próprio sistema. Não tardaram as recriminações: tratava-se de um excesso de intervenção política ou da sua ausência, do excesso ou da falta de leis, de uma exacerbação ou de um défice da política de implementação, do uso de instrumentos ineficazes ou de processos inadequados. (TEUBNER, 1989, p. 30).

Um sistema autopoiético, portanto, é

> aquele dotado de organização autopoiética, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa ("recursiva") entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser "fechado", do ponto de vista de sua organização, não havendo "entradas" (*inputs*) e "saídas" (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é "como o agente que conecta as extremidades do

> sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoiético". (GUERRA FILHO, 1997, p. 58-59).

A teoria da *autopoiesis*, assim, contribui fundamentalmente para a compreensão do Direito neste sentido: só por referência a si próprio pode o sistema de Direito continuar a se organizar e reproduzir como tal, como sistema distinto do meio e dos demais sistemas. Daí a afirmação de Teubner (1989):

> não terá sido porventura pura coincidência que a ideia de auto-organização se tenha então ternado cada vez mais atractiva. À primeira vista, o seu desenvolvimento em direcção a uma teoria dos sistemas autopoiéticos pode aparecer como absurdo, na medida em que pode sugerir o regresso à concepção dos sistemas fechados, considerada ultrapassada. De facto, a teoria dos sistemas autopoiéticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial. (TEUBNER, 1989, p. 31-32).

A ideia de autorreferência e *autopoiesis*, portanto, pressupõe que o funcionamento dos sistemas, ou, melhor, que as *bases* do funcionamento dos sistemas residem no próprio seio sistêmico, e não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível, como entendia, por exemplo, a teoria dos sistemas abertos. Há, assim, uma clausura autorreferencial do sistema.

Essa clausura autorreferencial ocorre sempre que complexos processos sistêmicos conduzem, de uma forma hiper-cíclica ou ultra-cíclica, à produção das suas próprias condições originárias de produção, tornando-se independentes, assim, do respectivo meio envolvente. Daí por que Teubner (1989, p. 32-33), com apoio em Varela, dirá que "Auto-referenciabilidade e clausura organizacional (...) significam (...) uma e a mesma coisa: o carácter fechado, circular e recursivo da organização dos processos auto-reprodutivos de um sistema".

O que a perspectiva sistêmica autopoiética traz de novo, portanto, é o seguinte: sem autorreferência, sem *circularidade básica* e clausura organizacional, a estabilização de sistemas autossubsistentes torna-se impossível. Apenas a autonomia recursiva de um processo autorreferencial que remete continuamente a si próprio torna possível a reconstrução de todo esse mesmo processo de acordo com regras imanentes de funcionamento. São essas regras que fazem com que um sistema autorreferencial apareça como um sistema independente em face do seu meio envolvente e imune à respectiva influência direta. O desenvolvimento de um sistema, portanto, não pode ficar ao *sabor* das contingências exógenas.

Portanto, se bem conseguimos captar o que Gunther Teubner propõe, Antígona não seria tão somente uma *manifestação de um direito natural*, de um direito de *caráter divino* e *imutável*, mas do *próprio direito*, pois o código utilizado por Antígona na defesa do seu direito, como explica Teubner, é o próprio código jurídico, mesmo que contrário ao do direito positivo, da norma posta pelo rei. Logo, por mais que se pudesse falar em Direito natural, não se estaria, aqui, frente a *apenas* um direito natural, ainda que invocados os deuses na sua defesa. Talvez o problema de Antígona e das demais versões do Direito natural esteja, então, na ausência de *critérios* para garantir o *fechamento operacional* do sistema de direito – o Direito natural não apresenta critérios nesse sentido -, o que poderia levar, portanto, à quebra da dita autonomia recursiva. Se assim é, consequentemente, até mesmo se poderia dizer que nunca existiu

um direito natural nos moldes do que se conhece por direito natural! A indeterminação, sabe-se, é um problema que sempre acompanhou o Direito e os direitos, e está ligada à autonomia do sistema de Direito. Então, pensamos, são os *efeitos* de uma dada decisão no campo do direito que podem fazer com que a circularidade e a autorreferência, e, por conseguinte, a autonomia, restem prejudicadas, mas não os *argumentos* em si – veja-se que Antígona, para defender o direito de enterrar o irmão, invoca uma *lei divina* anterior à lei de Creonte -, justificadores que são da decisão. Estaríamos aqui, portanto, definindo o Direito natural não como a outra face do Direito positivo ou como algo que lhe é superior ou anterior, mas como *constituinte – inevitável* eu diria - do próprio sistema de Direito, que é autorreferencial. Significa dizer que, quer se queira ou não, o Direito natural, inevitavelmente, aparece na práxis do Direito em razão das inúmeras relações circulares que constituem a realidade do próprio Direito.

O mesmo pode-se dizer de Aristóteles, que, além de contribuir para a Filosofia, Política, Moral e Direito - estabelecendo, ainda, a partir das suas investigações sobre as *primeiras causas* e sobre os *princípios dinâmicos* as *fundações* da nossa ciência e tecnologia -, pode, inclusive, ser considerado um dos precursores da Sociologia e da Sociologia do Direito, e, mais que isso, da própria Sociologia sistêmica, embora ambos os termos só viessem a ser cunhados mais de dois mil anos depois e, a última, desenvolvida somente a partir da metade do século XX.

Aristóteles é um precursor da Sociologia do Direito porque, para estabelecer o significado de *justiça*[8], por exemplo, descreve antes de tudo as diversas espécies de direito positivo nas suas

[8] O livro V da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, é, segundo Norberto Bobbio, o *texto canônico* mais transmitido e repetido em termos de análise do conceito de justiça. Na era moderna, com exceção de Hobbes, não foi dado grande espaço para uma análise do conceito de justiça. Nem Locke, nem Kant, nem Hegel ou Marx o fizeram. Fonte: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 306-307.

relações com o ordenamento social realmente efetivo, com a sociabilidade ou solidariedade social e com os grupos particulares, dos quais o Estado é o mais importante. Aliás, no estudo das formas de governo, como se pode ver em Política (1997)[9], Aristóteles examina todos os tipos existentes de governo nas suas relações com a estrutura efetiva dos diversos tipos de sociedade, concluindo, em resumo, que não há uma forma melhor absoluta e que todas as constituições são relativamente boas na medida em que se adaptam à infraestrutura variável da comunidade política, sobre a qual influem a densidade da população, as diversas indústrias, as atividades econômicas, as relações entre as classes e o número de classes. Essas noções de um direito variável, relativo, dependente de contextos; essas ideias de mudança, de adaptação a uma infraestrutura variável da comunidade política, levam a pressupor outra noção ou ideia: a de *evolução*. Existe, assim, já na Antiguidade, em especial no pensamento dos filósofos gregos, uma concepção, ainda que vaga, de um tipo de *processo evolucionista* (KOENIG, 1970). E isso parece ser uma marca das concepções dos filósofos antigos e modernos, dos primeiros pensadores sociais e dos sociólogos. É o caso, por exemplo, de Aristóteles e também de Platão, seu antecessor. Nas obras de ambos encontram-se tanto a ideia de *mudança social* quanto o conceito de *progresso* (KOENIG, 1970).

[9] Aristóteles, em *Política*, declara que o homem é por natureza um ser social e aquele que vive fora da sociedade é um *ser monstruoso* ou um *deus*, a menos que lhe tenham obrigado ao isolamento ou que o tenha escolhido artificialmente. Para Aristóteles, o homem vive naturalmente em sociedade. A sociedade, assim, é uma dimensão da sua existência. Por outro lado, o homem não pode perpetuar-se biologicamente senão pelo encontro de um homem e uma mulher. Também por outro lado o homem não pode ser autossuficiente de uma maneira total, individualmente, pois tem necessidade dos outros para realizar sua humanidade. Essa necessidade recíproca que uns seres têm com relação aos outros é a base da constituição das comunidades políticas. Sobre o ponto consulte-se: FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, D. L., 1995. p. 25-26.

Aristóteles pode ser considerado também o precursor da Sociologia sistêmica porque, descrevendo o direito positivo nas suas relações com a sociedade, realiza uma autêntica *observação da observação*, a *observação de segundo grau*, aplicando a distinção *sistema-ambiente*, tão cara à perspectiva sistêmica, mas ainda não teorizada na Antiguidade. O *injusto legal*, assim, é o *paradoxo*, a diferença possibilitadora da autorreferência frente à *contingência*.

Veja-se que um dos pressupostos da teoria sociológica proposta por Niklas Luhmann está no fato de que não mais se pode falar em objetos, mas unicamente de *distinções*. Aqui entra o conceito de *forma* – nos moldes propostos por George Spencer Brown -, que Luhmann passa a utilizar. A forma não é uma forma *mais ou menos bela*, diz Luhmann e De Georgi (1993). A forma é *forma de uma distinção*, de uma separação, de uma diferença. Opera-se, portanto, uma distinção traçando uma marca que separa duas partes. A forma é uma *linha de fronteira* que marca uma diferença e obriga a clarificar que parte se indica quando se diz que se encontra em uma parte de onde se deve começar se se quiser proceder a novas operações (LUHMANN; DE GEORGI, 1993).

A forma, então, é *autorreferência desenvolvida*. É autorreferência desenvolvida no *tempo*. É o *princípio da autorreferência* que permite tornar plausível o pressuposto da descrição da sociedade. Esse pressuposto, segundo Raffaele De Giorgi (1998, p. 24), "é dado pela transformação dos fundamentos naturais em fundamentos artificiais, produzida pelo operar dos sistemas e pela transformação dos fundamentos necessários em fundamentos contingentes". Para atravessar o limite que constitui a forma, sempre se deve partir, respectivamente, da parte que se indica. Há uma necessidade de tempo para efetuar uma operação ulterior. A unidade da forma não é o seu sentido superior, um sentido *espiritual*. É, sim, o *terceiro excluído* que não pode ser observado até se observar com a ajuda da forma. Determinar, indicar, conhecer e atuar, enquanto operações, consistem em fixar uma forma com a consequência de

se instaurar uma diferença, que produz no momento uma simultaneidade e uma necessidade de tempo. A forma, assim, produz um *corte* no mundo (LUHMANN; DE GEORGI, 1993).

A autorreferência, portanto, desenvolve-se e repercute na necessidade de tempo. O processo de *atravessar* de um lado da forma para o outro é um ato que também necessita de tempo. Assim, por exemplo, muitas vezes, a passagem do jurídico para o não-jurídico requer um tempo. É que todas as operações, entre elas as distinções, requerem tempo. O atravessamento pode ser demonstrado na codificação binária direito/não-direito[10], que possibilita a auto-identificação por parte do sistema por meio da aplicação da distinção sistema-ambiente.

O aspecto característico para o conceito de sistema, portanto, não é mais o *ordenamento da relação*, mas a operação da *distinção* (ENDERLE, 1997, p. 593). Enquanto o conceito antigo de sistema apontava para uma porção ordenada de elementos e suas relações recíprocas, o conceito mais recente atenta para a observação de operações que capacitam a se auto-destacar em seu ambiente, a se reproduzir e a manter íntegra a sua identidade. O sistema, portanto, *é* a distinção entre sistema e ambiente. Cada operação do sistema nada mais é do que a confirmação dessa distinção[11] (ENDERLE, 1997).

[10] Há discussões sobre a tradução do termo *Recht/Unrecht*. Alguns autores adotam o *direito/não direito*; outros, *Recht/Unrecht*, sem tradução. Há ainda quem utilize *legal/ilegal* ou *lícito/ilícito*. Trata-se, porém, de um lícito/ilícito em *sentido amplo*, ou seja, de estar conforme ou não conforme ao direito. Essa tradução pode ser adotada, em especial para não gerar confusão entre autorreferência/heterorreferência e código/programação. Isso porque o outro lado do código (o ilícito) também está dentro do Direito, embora esteja não conforme com o direito (ilícito). Essas distintas formas de expressar o termo, traduzido ou não, podem ser encontradas em: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARZ, Germano; KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21 e 106; LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedad***e*. Tradução de Saulo Krieger; tradução das citações em latim de Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016. p. 221-231; 486.

[11] A teoria dos sistemas é desenvolvida em suas variantes cibernéticas, biológicas e sociológicas, sendo possível citar para tanto W. Ross Ashby,

A distinção sistema-ambiente, assim, adquire posição central na teoria da sociedade de Niklas Luhmann, pois somente a partir da distinção, ou seja, da forma, é que o sistema se organiza e forma *estruturas seletivas* que, por sua vez, farão as futuras seleções e assim sucessivamente. Na distinção sistema-ambiente, as duas partes podem existir separadamente; não podem, no entanto, existir, respectivamente, uma sem a outra. Isso favorece a auto-compreensão por parte do sistema. A teoria de Niklas Luhmann, portanto, é baseada nas ideias de sistema e ambiente. É uma teoria sistêmica, pois vê a sociedade como um sistema. Seu problema inicial é, portanto, definir o que é sistema. E sistema, para Luhmann, é a interação organizada de elementos e estruturas. Em termos de Direito, poderia ser denominado o sistema como sendo o *Direito reflexivo*. O ambiente, então, é tudo o que não é sistema; é o que o sistema não entende; é o *não sentido*. Para Raffaele De Giorgi, o Direito da sociedade moderna é "a estrutura de um sistema social que opera sempre e apenas em relação a si mesmo, ao empregar a distinção direito/não-direito. (...) significa que as garantias que o direito pode fornecer, a justiça de que o sistema é capaz, derivam dessa determinação do sistema jurídico." (DE GIORGI, 1998, p. 13).

Os sistemas podem distinguir-se em relação ao seu ambiente, mas somente como uma operação que se verifica internamente ao sistema (o código/interno é que produzirá o sentido para o sistema). As operações são possíveis somente como operações de um sistema. O sistema, porém, pode operar como um observador da forma, podendo observar a unidade da diferença (forma de duas partes). Estas observações de segundo grau (*observação cibernética de segunda ordem*; *observação da observação*) requerem a formação de uma outra forma, aplicada a outra forma. Há, assim, a aplicação sucessiva da distinção sistema-ambiente, internamente ao sistema (sistema social, sistema do direito). A distinção sistema-ambiente, assim, é a

Heinz von Foerster, Humberto R. Maturana, Francisco Varela e Niklas Luhmann, entre outros.

condição de possibilidade e a potencialização da atribuição de sentido na sociedade vista como sistema social (teoria de sistemas).

Penso que uma comparação bem simples possa servir como exemplo do que significa a observação da observação. Suponhamos que a Sociologia e o Direito fossem duas pessoas que estivessem conversando. Uma delas, portanto, seria a Sociologia; a outra, o Direito. O direito, então, diz à sociologia: - *Sociologia, tal coisa deve ser!* A Sociologia, por sua vez, diz para o direito: - *Deve, mas não é. É assim!* A Sociologia Sistêmica observa os dois, como se estivesse dizendo ao direito: - *Direito, reflita sobre o que a Sociologia está te dizendo!* O teórico sistêmico é o observador dessa conversa, pois observa a observação da observação. A chave desse exemplo é a observação e a comunicação inter(e endo) sistemas, que é condição para o que se chama de *acoplamento estrutural*. Um fato jurídico, bem se sabe, é o desdobramento de um fato social. O Direito, como *dever ser*, às vezes, não consegue dar conta do *modo de ser*. É assim e pronto. A sociologia sistêmica apresenta uma característica importante: a observação. É justamente em relação à necessidade de o direito se observar e observar a sociedade, e como o direito deve fazer sua referência interna e se ajustar para se comunicar com a sociedade, que se apresenta a observação de segundo grau proporcionada pela Sociologia sistêmica.

Para Luhmann, portanto, somente as observações de segundo grau dão ocasião para se referir à *contingência* e eventualmente refleti-la de modo conceitual. A contingência é própria dos sistemas autopoiéticos e está relacionada com a multiplicidade de possibilidades de ação de que tais sistemas podem dispor. A contingência é possibilitada pela *impredizibilidade* do comportamento humano, dos sistemas psíquicos, ou, ainda, pela externalização comunicativa da relação *ego* e *alter* que se constitui numa dupla contingência (RODRIGUES JÚNIOR, 2000, p. 254-285). Se a dita *complexidade* é o fato de que sempre existem mais possibilidades

do que se pode realizar, a contingência é o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Dito de outro modo, essa *indicação* pode ser enganosa por se referir algo inexistente, inatingível, ou a algo que, após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta, não mais está lá. Nas palavras de Luhmann (1985, p. 45-46), "complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.".

As observações de segundo grau são *observações de observações*. Também pode se tratar de observações de outro observador ou inclusive observações do mesmo ou outro observador noutro momento. Segundo estas variantes se pode distinguir *dimensão social* e *dimensão temporal* na produção de sentido. Isso faz possível dizer que a contingência é uma forma que assume a dimensão material do meio sentido quando a dimensão social e a dimensão temporal separam as observações. Dito de outro modo, tudo se torna contingente quando aquilo que é observado depende de quem é observado. É que essa eleição inclui a eleição entre *auto-observação* (*observação interna*) e *observação alheia* (*observação externa*) (LUHMANN, 1997, p. 93-94).

Luhmann, portanto, atribui à distinção sistema-ambiente uma posição central na teoria, mas somente no sentido de que, a partir da distinção, ou seja, da *forma sistema*, organiza-se a consistência da teoria, o contexto de uma multiplicidade de distinções (LUHMANN; DE GEORGI, 1993, p. 37). Evidentemente, embora por razões óbvias não teorize essa perspectiva, Aristóteles, como *observador da observação*, consegue perceber a importância da configuração política da sociedade e a necessidade da institucionalização do direito como um direito tratado em termos especificamente jurídicos, característica, aliás, da cidade-estado, da *polis* grega (LUHMANN, 1983, p. 204). Noutras palavras, como o homem é um *animal social*, ele não tem outra opção que não seja a de se inserir na sociedade e no direito, e isso torna necessário que a

política configure na sociedade instâncias e processos de decisão, assegurando, assim, *decisões juridicamente ordenadas*, que levem em conta, portanto, o código do direito que, por sua vez, apesar de reconhecer a possibilidade de um injusto legal, não desativa o sistema do direito, mas, ao contrário, reconhece dita possibilidade como uma possibilidade do próprio sistema do direito frente à contingência.

Não se pode esquecer, evidentemente, de que o mundo de Antígona – e tampouco o de Aristóteles, embora neste já exista uma sociedade mais diferenciada, representada pela *polis* plenamente formada (LUHMANN, 2016, p. 196), notando-se, ainda, as presenças da democracia e, por conseguinte, de *conquistas evolutivas* - não é o mundo da sociedade funcionalmente diferenciada; não é o mundo da moderna democracia, que é o fundamento da legitimidade das leis, e que o direito é *dinâmico* (Luhmann) devido a permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como um dos sistemas (ou estruturas) sociais redutores da complexidade das possibilidades do ser no mundo (ROCHA, 2001, p. 97). O Direito, porém, é o *princípio de legitimidade da lei*. E, nesse sentido, a lei, para ser legítima, deve basear-se no *princípio democrático* (ROCHA, 2001, p. 123). Daí a necessidade da positivação. A positivação do direito, bem por isso, é importantíssima; é uma *conquista evolutiva* e deve ser utilizada como instrumento de mudança social, pois, nas palavras de Luhmann:

> Na medida em que o direito é positivado, ou seja, na medida em que normas jurídicas se tornem objeto de decisões seletivas, apresenta-se uma nova perspectiva, e ela mesma deve ser avaliada como uma conquista evolutiva. As liberdades de decisão constituídas através do direito e nele mantidas podem ser utilizadas como instrumento de mudança social. Uma vez institucionalizadas enquanto liberdades, seu exercício normalmente pode ignorar seus motivos originais. A positividade do direito implica na liberdade de

> deixar-se determinar racionalmente pelo recurso e pelo resultado de análises. Dessa forma, a sociedade torna-se objeto do seu próprio mecanismo jurídico; ela é refletida enquanto totalidade em um de seus sistemas parciais. (LUHMANN, 1985, p. 117).

Como, em razão da evolução da sociedade e da diferenciação funcional, o que se sobreleva atualmente, em especial do ponto de vista sistêmico, é o Direito positivo, consequência da positividade do direito decorrente da evolução, o Direito natural *parece* ter perdido relevância, talvez despertando mais interesse por diletantismo intelectual do que por razões propriamente jurídicas. De fato, para os fins da teoria sistêmica, que observa a observação, a discussão sobre o Direito natural nada parece significar, considerando não interessar à observação de segundo grau, mais preocupada na manutenção da estrutura circular e autorreferencial do sistema de direito que na investigação de eventuais critérios normativos utilizados na decisão jurídica, a normatividade em si do Direito. Do ponto de vista da filosofia do Direito, porém, o estudo do Direito natural segue mantendo importância, como se pode ver em autores contemporâneos, como é o caso de John Finnis e até mesmo – poder-se-ia admitir - de John Rawls ou de Ronald Dworkin, que, dados os limites do texto, não são aqui analisados.

CONCLUSÃO

O Direito, para evoluir e responder à complexidade, inevitavelmente, tem de se apartar do Direito natural e dos seus princípios imutáveis. Isso, porém, não significa que a discussão sobre o Direito natural esteja fora de qualquer cogitação. O Direito natural, em princípio, não evolui; sua variação, portanto, é limitada. Como diante da complexidade social se necessita de um direito mutável, variável, que possa acompanhar a evolução

social, e como a moral não parece formar consenso[12], há necessidade, então, da positivação. O sistema, assim, normatiza *expectativas*, estabelecendo normas, das quais pode ser legítimo ou não apartar-se, mas se mantém estável no marco das suas possibilidades, não importando as *opções* do ambiente. O Direito, então, é mantido como sistema autopoiético e operativamente fechado, de modo a garantir sua função, mantendo-se como sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, prevendo internamente a continuidade do cumprimento da sua própria função (LUHMANN, 2016, p. 191). Isso faz com que o direito, para poder se impor, não precise afirmar-se com o apoio político, por exemplo. Afinal, como diz Luhmann (2016, p. 192), "o direito só é direito quando se pode esperar, uma vez que a expectativa normativa é esperada normativamente". Logo, o direito não é determinado *hierarquicamente de cima*, mas *heterarquicamente*, colateralmente, determinando *vizinhanças em forma de redes*, tendo sua forma mais geral numa autoafirmação circular.

Para Luhmann, pela via do procedimento – cujas regras são normatizadas e que, quando levadas em consideração, terminam por gerar uma decisão que, por si própria, tem força normativa -, aquilo que é tematizado e que é levado em conta ao se tomar a decisão jurídica – a consideração de argumentos do Direito natural, por exemplo, ou as referências a cognições heterorreferenciais – *converte-se* em Direito. A teoria do direito *não sociológica* preocupa-se, então, com a positividade nesse sentido, elaborando-a. É claro que o Direito depende da política, pois sem a perspectiva de imposição da norma não há estabilidade normativa. A política, por sua vez, também se utiliza do direito para diversificar o acesso ao poder politicamente concentrado. Então, como explica Niklas Luhmann (2016, p. 200), há aqui um *entrejogo* que pressupõe uma *diferenciação de*

[12] Na literatura jurídica encontra-se o exemplo de Richard Posner, que duvida da Filosofia e da possibilidade de um acordo no debate moral. Consulte-se: POSNER, Richard. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 468-492.

sistemas. A função do direito, porém, não é mais aquela de proteger os pobres dos ricos e poderosos, presente, por exemplo, na Antiguidade clássica, na Atenas de Péricles e Eurípides. E desde Hobbes a distinção entre direito e política é vista como oposição entre o Estado soberano e os direitos individuais, naturais, anteriores, portanto, ao Estado (LUHMANN, 2016, p. 201). A *semântica* do Direito natural, por conseguinte, pode ser havida como algo *transitório*, condicionado pelo tempo; como apenas um *símbolo* para *a construção do Estado não controlado pela política*. O Direito natural, então, tornar-se-ia prescindível a partir do momento em que passam a se desenvolver as formas do direito positivo. E isso acontece com o reconhecimento da liberdade contratual, da livre propriedade e, a partir do século XVII, da capacidade jurídica das corporações, que já não mais precisam ser fundadas por meio de um decreto daquele que detém o poder político. Com isso assegurado, é evidente, então, que os direitos subjetivos – aliás, como de fato ocorreu - podem ser *desnaturalizados* e reconstruídos como um mero *reflexo* do direito objetivo, das constituições, sendo isso possível em razão de que as expectativas normativas para a validade do direito não dependem de posições de superioridade.

A função do ordenamento do Direito – que, segundo Luhmann (2016, p. 204), consiste em possibilitar a *segurança da expectativa*, diante de decepções previsíveis e que não podem ser evitadas - conserva sua peculiaridade em razão da importância de saber o que justificadamente se pode *esperar* dos outros e de si mesmo. Quando se trata do Direito natural, essa função não é cumprida, havendo, aqui, *incerteza da própria expectativa*, e isso, como se sabe, é pior, é insuportável; *mais insuportável*, diz Luhmann (2016), "do que experimentar surpresas e desencantos": é a própria *anomia* (Durkheim)".

Parece-nos, portanto, que o Direito natural, ou o uso de argumentos de direito natural, embora não desfigure a autorreferencialidade do sistema de Direito – afinal de contas, aquilo que se chama de *re-entry*, ou seja, o reconhecimento das referências externas (moral, direito natural etc.) como se fossem

parte da operação do sistema jurídico (LUHMANN, 2016, p. 119), auxilia a assegurar a permanência da autorreferência -, não contribui para o cumprimento da sua função, que é possibilitar segurança quanto às expectativas.

Se, à luz da teoria sistêmica, fossemos *atualizar* Aristóteles - quando o filósofo grego diz que o direito não é apenas um estatuto positivo e que em cada direito há disposições que são justas por natureza, vivendo, pois, o justo natural na ordem positiva, e que justiça natural e justiça legal podem estar em oposição, o que caracterizaria o injusto legal –, poderíamos chegar à seguinte conclusão: o Direito positivo tem valor de *decisão*. Por vezes, ele pode ser considerado arbitrário, no que pode, então, acabar por vir a contrariar, por exemplo, o Direito natural. A vantagem do Direito positivo sobre o Direito natural, porém, está no fato de que ele, o positivo, é *mutável* e, mais que isso, permite ao cidadão estar seguro com relação às expectativas normativas, ainda que estas não se cumpram. Agora, quando não se tem a positividade do direito, não há segurança quanto à expectativa, e aí o risco da surpresa é maior. O injusto legal de que fala Aristóteles continua sendo direito. E, enquanto Direito, continua a comunicar possibilidades. Significa dizer que, noutra oportunidade, aquilo que foi decidido como injusto, apesar de ser legal, poderá ser decidido como justo. E isso é representado pela contingência, que é o risco. Então, a expectativa normativa permanece. É que a normatividade, explica Niklas Luhmann (2016, p. 82), estabelece que as expectativas, embora não satisfeitas, continuem atuando. A equidade, por sua vez, por não integrar a expectativa normativa, é uma espécie de *conceito compensatório* que não deixa de acompanhar, por assim dizer, a estrutura programática do direito positivo (LUHMANN, 2016, p. 304) como uma possibilidade.

O sistema jurídico, portanto, pressupõe que a comunicação funcione, independentemente de ser bem ou mal entendida, como diria Luhmann (2016, p. 75). Por sua vez, a separação entre legislação e administração da justiça, proposta por Aristóteles, indica que não há como prever as circunstâncias futuras de

aplicação da lei. No plano da legislação, por exemplo, é possível dar conta de certas particularidades, tais como as pressões sociais, as amizades e inimizades do juiz e de sua família etc. No que diz com a aplicação da lei, porém, não há como prever as situações futuras. Daí, diz Luhmann (2016, p. 75), "a necessidade de prover a legislação e a vinculação do juiz à lei". Aristóteles percebe isso muito bem. Por isso a necessidade de uma distinção específica do âmbito do direito que neutralize sua incorporação nas estruturas previamente dadas da sociedade. Noutras palavras, a administração da justiça não pode depender de condicionamentos religiosos, por exemplo. Ela deve estar, assim, *dessolidarizada da sociedade* (LUHMANN, 2016, p. 79). Quando o jurista prova que a comunicação do Direito natural, por exemplo, se ordena em conformidade com o Direito – ainda que contrariamente ao Direito posto, como nos casos de Antígona e do injusto legal de Aristóteles -, ele, o Direito natural, já estará integrando o domínio do código do Direito. Isso significa, portanto, que o Direito natural não é a causa do Direito positivo, não está acima dele, mas representa uma espécie de *atestado* de uma operação específica do direito que se diferencia de outras comunicações. Ele entra, portanto, no esquema Direito/não Direito e, portanto, integra o sistema de Direito, em que pese restar limitado quanto ao aspecto da solidez da certeza da expectativa normativa.

Então, no que diz com o Direito natural enquanto manifestação típica do Direito, enquanto possibilidade desenvolvida do ponto de vista interno do sistema de Direito, operacional, não se pode dizer que ele reduz a autorreferencialidade. Até porque o antigo paradoxo do Direito natural é o de que o direito só pode se apresentar como desvio do direito mesmo (LUHMANN, 2016, p. 313). O problema, portanto, não é esse, mas, como dito, o risco da anomia, entendida aqui como a insuportável incerteza da expectativa. E nesse aspecto o Direito natural parece ser avesso à evolução.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A ética**. Tradução de Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: Edipro, 1995.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito** (Grundzüge der Rechtsphilosophie). Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COLUSSI, Maria da Glória. **Fundamentos de teoria geral do direito e do processo**. 2. ed. Curitiba: JM, 2001.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ENDERLE, Georges *et al*. **Dicionário de ética econômica**. Tradução de Benno Dischinger *et al*. São Leopoldo: Unisinos, 1997.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRÜN, Ernesto. **Una visión sistémica y cibernética del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

INSANTI, Horacio. **Derecho y posmodernidad**: el ius y la superación de la metafísica. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KOENIG, Samuel. **Elementos de sociologia**. 2. ed. Tradução de Vera Borda. Revisão técnica de Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

LACLAU, Martín. **La historicidad del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim de Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción de Carlos Fortea Gil. Revisión técnica de Joan-Carles Mèlich. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. Revisão da tradução de Silvana Vieira e Cláudia Berliner. Revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social**: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes, vol. II: Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010a. Coleção Sociologia.

PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social**: um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. vol. I: Marshall, Pareto, Durkheim. Tradução de Vera Joscelyne. Revisão técnica de Raquel Weiss. Petrópolis: RJ, Vozes, 2010b. Coleção Sociologia.

PARSONS, Talcott. Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal. *In*: PARSONS, Talcott. **Ensayos de teoría**

sociológica. Versión castellana de Ruben Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967. p. 319-332.

PARSONS, Talcott. **El sistema social**. Madrid: Alianza, 1999.

PARSONS, Talcott. El superego y la teoría de los sistemas sociales. *In*: PARSONS, Talcott; BALES, Robert F.; SHILS, Edward A. **Apuntes sobre la teoría de la acción**. Traducción de María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1970a.

PARSONS, Talcott. El superego y la teoría de los sistemas sociales. *In*: PARSONS, Talcott; BALES, Robert F.; SHILS, Edward A. **Apuntes sobre la teoría de la acción**. Traducción de María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1953.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

PARSONS, Talcott. **Sociedades**: perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969.

PARSONS, Talcott. Uma visão geral. *In*: PARSONS, Talcott (org.). **A sociologia americana**: perspectivas, problemas, métodos. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1970b.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

RODRIGUES JÚNIOR, Leo. Autopoiésis e o sistema social de Niklas Luhmann: a propósito de alguns conceitos. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 2, n. 3, p. 254-285, jan/jun. 2000.

SILVEIRA, José Luongo da. **Noções preliminares de filosofia do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SNODGRASS, Mary Ellen. **Hiper-apontamentos Europa-América explicam clássicos gregos**. Tradução de Saul Barata. Portugal: Publicações Europa-América, 1988.

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

VERGNIÈRES, Solange. **Ética e política em Aristóteles**: physis, ethos, nomos. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1998.

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A CATEGORIA JURÍDICA DA FRATERNIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA

Camila Seffrin da Silva Lech[1]
Gilmar Antônio Bedin[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A luta pela consolidação do direito ao desenvolvimento possui uma longa caminhada histórica. De fato, é fruto de uma incessante busca por melhores condições de vida e pela qualificação da existência humana. Neste sentido, destaca-se que foi a partir da década de 1980 que o direito ao desenvolvimento adquiriu uma maior relevância no âmbito da sociedade internacional. O mesmo aconteceu no Brasil. É na suprarreferida década que o país, ao adotar uma nova Constituição, reconheceu o direito ao desenvolvimento como um dos direitos fundamentais, vinculando-o aos valores da busca pela construção de uma sociedade fraterna. Assim, pode-se dizer que a Constituição de

[1] Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA. Advogada. E-mail: camilaseffrin@hotmail.com.

[2] Pós-Doutor pela Universidade de Santiago do Chile - USACH. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor permanente do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI). Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia. E-mail: gilmarb@unijui.edu.br.

1988 é um marco histórico importante da luta pela institucionalização deste direito.

Apesar de o direito ao desenvolvimento ser, portanto, no Brasil, um direito constitucionalmente garantido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal direito enfrenta grandes desafios para ser concretizado no Brasil, especialmente se considerarmos os enormes índices de pobreza, desigualdade e exclusão social existente. Além disso, não podem ser negligenciados os desafios enfrentados em áreas fundamentais (como saúde e educação) e que estão intimamente relacionados com a insuficiente concretização do direito ao desenvolvimento.

Esta é uma realidade desafiadora. À vista disso, o trabalho tentou responder aos seguintes questionamentos centrais: É possível tornar o direito ao desenvolvimento mais efetivo no Brasil? A categoria jurídica da fraternidade pode ajudar neste processo? Para responder estas duas indagações, o texto inicia destacando alguns aspectos importantes do direito ao desenvolvimento e, em seguida, busca verificar quais são os principias desafios enfrentados por este direito no Brasil. Em terceiro lugar, apresenta a categoria jurídica da fraternidade e seu potencial para uma maior concretização do direito ao desenvolvimento no Brasil. Neste contexto, destacam-se alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e suas implicações. Na realização da pesquisa, foram utilizados o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E SUAS DIFICULDADES DE CONCRETIZAÇÃO NO BRASIL

O direito ao desenvolvimento faz parte da quarta dimensão de direitos humanos. Por se relacionar com a qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos de todas as raças

e nações, é considerado um direito de solidariedade/fraternidade[3]. Por isso, pode-se dizer que é um direito que está vinculado a formação de um verdadeiro sistema político de alcance global.

A emergência do referido direito reflete as grandes transformações da segunda metade do Século 20 e ao processo de descolonização do mundo (luta pela independência de diversos países). Desse modo, o direito ao desenvolvimento expressa o desejo de correção das perdas históricas geradas pelo processo de colonização e um forte apelo contra as desigualdades construídas ao longo dos últimos séculos. Este movimento político esteve fortemente presente em várias Conferências Internacionais no âmbito da Organização das Nações Unidas[4] e finalmente foi reconhecido, em 1986, com a adoção da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento[5].

A adoção deste documento pela Organização das Nações Unidas foi um passo histórico fundamental. O texto da Declaração é bastante avançado e seu primeiro artigo fixa sua relevância e suas implicações:

Artigo 1º

[3] DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização: Paradoxos e Desafios.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 01.

[4] A partir da década de 1980, mais especificamente após a enunciação formal do direito ao desenvolvimento em 1986, tal direito recebeu uma maior importância em âmbito internacional. A partir deste período, importantes Convenções e Conferências foram realizadas e documentos internacionais foram aprovados. A título exemplificativo, cita-se algumas Conferências e Declarações que trataram, direta ou indiretamente, sobre o tema do direito ao desenvolvimento: Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (ECO-92 ou Rio-92); Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993); Declaração do Milênio da ONU (2000); Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio+20); dentre outros.

[5] BEDIN, Gilmar Antônio. *Direitos Humanos e Desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento.* Desenvolvimento em questão. Editora Unijuí. Ano 1. n. 1. jan./jun. 2003, p. 138.

> §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
> §2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais[6].

Assim, ficou evidenciado que o direito ao desenvolvimento tem duas dimensões fundamentais: uma dimensão pessoal (toda a pessoa) e uma dimensão coletiva (todos os povos). O que une estas duas dimensões é a busca pelo usufruto dos demais direitos. Dito de outra forma, o objetivo principal do direito ao desenvolvimento é a melhora da qualidade de vida para todos os seres humanos. Portanto, é uma luta fundamental que deixa claro que os atuais níveis de desigualdades são inaceitáveis e que a luta pela inclusão social não pode ficar restrita a determinados países.

Este marco inicial foi fundamental e levou vários países a incorporarem este direito em suas respectivas constituições. No Brasil, este direito, muito embora não possua correspondente normativo expresso (aspecto formal), é considerado um direito fundamental integrante do aspecto material da Constituição Federal de 1988. Isto porque a Constituição deu ênfase ao desenvolvimento, prevendo-o em seu preâmbulo e colocando-o

[6] ONU. *Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento.* 1986, s.p. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/ declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (Art. 3º, CF/88). Além disso, a referida Constituição propicia uma abertura normativa do catálogo de direitos fundamentais em seu Art. 5º, parágrafos 2º e 3º, possibilitando a existência de outros direitos não constantes do capítulo próprio, mas previstos em outras partes da Constituição assim como a existência de direitos garantidos nos tratados internacionais de direitos humanos que tenham sido aprovados e ratificados pelo Brasil. Neste sentido, o Brasil é signatário da Declaração de 1986 sobre o Direito ao Desenvolvimento e da maior parte dos documentos internacionais que servem de substrato à matéria.

No entanto, apesar de ser considerado um direito fundamental constitucionalmente garantido, ainda há muitos obstáculos à concretização do direito ao desenvolvimento no Brasil. Dentre estes obstáculos, está a forte herança histórica da escravidão, do colonialismo, do patrimonialismo e da corrupção[7]. Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto chama a atenção para o fenômeno a qual denominou de "constitucionalismo brasileiro tardio". Para o referido autor, o constitucionalismo tardio é fenômeno "decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, que impede o desenvolvimento e a consolidação da cultura constitucional"[8].

Neste sentido, vários fatores podem ser colocados como causa do constitucionalismo tardio: o legado brasileiro do "homem cordial"; a ausência de cultura democrática[9] e de

[7] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro.* São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2019, p. 20.

[8] Como cultura constitucional, Manoel Jorge e Silva Neto entende como sendo "os comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a "vontade da constituição"; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional". SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*. Brasília: ESMPU, 2016, p. 87.

[9] Se comparados aos anos de regimes autoritários no Brasil, foram poucos os anos de vivência democrática. Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto observa: "Se, no desassossegado correr histórico desta Nação, experimentamos formalmente a democracia tão-só de 1891 a 1937, de 1946 a 1964 e de 1988

sentimento republicano; o modelo de federação adotado; o individualismo jurídico; entre outros fatores que direcionam à falta de concretização dos direitos fundamentais[10]. A convergência destes fatores é extremamente negativa para o país e representa, na atualidade, um desafio relevante para todos.

Para a superação deste quadro, uma possibilidade pode ser encontrada no princípio e na categoria jurídica da fraternidade. Tal princípio/categoria está muito pouco presente na história do Brasil. Isto deve-se ao fato de o Brasil ter sido um país "achado" pelos portugueses em 22 de abril de 1500[11] e, em consequência, ter sido governado, desde o início, para atender os interesses econômicos de Portugal. Desta forma, é possível dizer que um processo de "descoberta" que, desde o primórdio, pouco protegeu os povos nativos e que explorou, de forma sistemática e violenta, a mão de obra escrava, "confronta, desde sua origem civilizatória, com o ideário do bem comum e com o princípio da fraternidade[12]".

Com efeito, a ausência de fraternidade na cultura geral e constitucional brasileira desagua "na resistência à efetividade de tudo quanto provém do sistema constitucional, que é o mais perfeito apanágio do ideal solidarista, aqui transportado para a realidade do direito[13]". Neste contexto, é possível afirmar que o fenômeno do constitucionalismo tardio, reflexo da ausência de

em diante, temos, no placar da democracia *versus* tirania, uma goleada dos sistemas despóticos de governar, ao menos se contabilizados os anos de vivência democrática: Democracia - 91; Tirania –422". SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*. Brasília: ESMPU, 2016, p. 39.

[10] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*. Brasília: ESMPU, 2016, p. 33-47.

[11] Idem, ibidem, p. 33.

[12] JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.* Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia. 2016, p. 49.

[13] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*. Brasília: ESMPU, 2016, p. 38.

uma cultura de preservação da "vontade da Constituição" (cultura constitucional) bem como da não observância da fraternidade, afeta a concretização dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos transindividuais como é exemplo o direito ao desenvolvimento[14]. (JABORANDY, 2016, p. 48).

No tocante especificamente ao direito fundamental ao desenvolvimento, declara-se que este direito, assim como outros, ainda não foi plenamente concretizado em âmbito brasileiro. Diz-se isso em razão dos números alarmantes apresentados pelo Brasil nos índices de desenvolvimento humano e demais indicadores que medem o nível de desenvolvimento de um país. Este fato pode ser confirmado com a análise de alguns dados acerca da realidade nacional brasileira.

Uma primeira referência importante é o próprio Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Este indicador é a unidade de medida utilizada para analisar a qualidade de vida e mensurar o desenvolvimento de diferentes países. A sua elaboração leva em consideração três quesitos, a saber: educação (grau de escolaridade), saúde (expectativa de vida) e renda (renda nacional bruta *per capita*). Ademais, por meio da média geométrica destes indicadores, obtêm-se uma referência numérica que varia de 0 a 1, sendo que quanto mais próximo de 1, maior é o nível de desenvolvimento.[15] Em 2019, o IDH brasileiro, de acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), divulgado em 2020, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), alcançava o índice de 0,765. Este índice colocava o

[14] JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.* Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia. 2016, p. 48.

[15] PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2020: A próxima fronteira O desenvolvimento humano e o Antropoceno.* Brasília: PNUD, 2020, p. 19. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2020_overview_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Brasil na 84º posição entre os 189 países avaliados, o que revela uma posição não satisfatória no conjunto de países avaliados.[16]

No que diz respeito ao quesito educação do IDH, os números revelam grandes desafios para o Brasil. De acordo com pesquisas realizadas pela Organização para Cooperação e o Desenvolvimento (OCDE), o Brasil está estagnado desde o ano de 2009 no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA)[17], *ranking* mundial mais importante da educação, apresentando um nível de desempenho muito abaixo da média dos países da OCDE[18]. Na última edição do PISA realizada no ano de 2018, o Brasil teve resultados preocupantes nas três áreas de conhecimento que a prova avalia, quais sejam: leitura, matemática e ciências. Em matemática, por exemplo, o Brasil teve um dos 10 piores desempenhos do mundo, permanecendo entre a 72ª e 74ª posição dos 79 países avaliados. No quesito leitura, encontra-se estagnado há 10 anos, permanecendo no ano de 2018 entre o 58º e 60º lugar, sendo que o Programa revelou que 50% dos brasileiros participantes da avaliação não atingiram o nível 2 em leitura, isto porque não foram capazes de identificar a ideia principal do texto, encontrar informações explícitas e analisar a finalidade do conteúdo. No tocante à área de conhecimento de ciências, o Brasil ficou entre 66ª e 68ª posição no *ranking* mundial, caindo de posição em relação aos anos

[16] Idem, ibidem, p. 17.

[17] O PISA é um estudo comparativo internacional realizado a cada três anos pela OCDE. O PISA oferece informações sobre o desempenho dos estudantes na faixa etária dos 15 anos nas áreas da leitura, matemática e ciências, idade esta que pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países. A avaliação utiliza uma escala de seis níveis para classificar o desempenho dos estudantes, sendo certo que o nível 1 é considerado insuficiente e o nível 2 é o mínimo de proficiência. INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa).* Brasília: 2021, s.p. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa>. Acesso em: 24 ago. 2021.

[18] Importante ressaltar que o Brasil não faz parte dos países membros da OCDE. No entanto, participa do PISA como país voluntário.

anteriores. Ainda, conforme a OCDE, 43% dos estudantes brasileiros obtiveram uma pontuação abaixo do nível mínimo de proficiência exigidos em todos os três domínios[19]. Quanto ao ensino superior brasileiro, a realidade não é tão diferente. Muito embora tenha ocorrido um aumento exponencial do número de instituições de ensino superior (IES) nos últimos anos e dos cursos e vagas ofertadas, a realidade nacional revela a existência de enormes desafios. Entre estes, destacam-se a existência de grande evasão (desistência) de alunos, corte de verbas, aumento considerável do número de pessoas com graduação e pós-graduação e desempregadas ou exercendo atividades incompatíveis com tal nível de instrução, dentre outros desafios. Para se ter uma ideia, no ano de 2019, o Ministério da Educação (MEC) realizou o cálculo do Índice Geral de Cursos (IGC), indicador de qualidade que avalia as instituições de ensino superior. Das instituições avaliadas no referido ano, apenas 2,2% obtiveram a nota máxima (nota 5)[20].

Ainda no quesito educação brasileira, segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),[21] por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de

[19] OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA): Resultados do PISA 2018. 2019.* Disponível em: <https://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/resultados/2018/pisa_2018_brazil_prt.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

[20] O IGC é uma média da avaliação da graduação por intermédio do Conceito Preliminar de Curso (CPC) e dos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado). Nesse sentido, a escala vai de 1 a 5 sendo que as avaliações classificadas como 1 e 2 são consideradas insatisfatórias, 3 é regular, e 4 e 5 são satisfatórias. INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb): resultados de 2019.* Brasília: 2019, s.p. Disponível em: <https://download.inep.gov.br/educacao_basica /portal_ideb/documentos/2020/ApresentacaoColetiva_Imprensa_Saeb_2019.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021.

[21] IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domícilios Contínua – Educação 2019.* Disponível em:

Domicílios Contínua (PNAD), a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais de idade alcançou, no ano de 2019, o patamar de 6,6%, o que equivale aproximadamente a 11 milhões de analfabetos no Brasil. A pesquisa também revelou que, levando-se em consideração todo o quantitativo de jovens de 14 a 29 anos no Brasil, equivalente a 50 milhões de pessoas, 20,2% não completaram o ensino médio, ou por terem abandonado a escola antes do término desta etapa, ou por nunca tê-la frequentado. Neste ponto, é importante mencionar que a alfabetização não diz respeito somente as competências básicas para a escrita e leitura, mas principalmente significa um desenvolvimento nas dimensões sociais, econômicas e políticas do país, de forma a obstar a exclusão social, cultural e econômica dos indivíduos.

Os dados apresentados acima suscitam uma grande preocupação para o tema do direito ao desenvolvimento. Isto porque a educação é um direito essencial para o desenvolvimento integral do ser humano. Nesta senda, destaca Carla Rister que[22]:

> É bastante estreita a relação entre educação e desenvolvimento, numa associação de causa e efeito recíproca, na medida em que, à semelhança dos outros direitos sociais, a educação pode ser considerada como o principal modo de atingir o desenvolvimento, mas, também, integra o próprio conceito, compondo a sua vertente social.

De fato, uma educação de qualidade possui o condão de fornecer aos indivíduos o conhecimento e habilidades necessárias para uma participação efetiva na sociedade, melhorando a qualidade de vida das pessoas em áreas como saúde, interesse político e felicidade. Na verdade, a educação, além de promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida, prepara os

<https:// biblioteca.ibge.gov.br/visualização/livros/liv101736_informativo .pdf>. Acesso em: 01 set. 2021.

[22] RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 402.

indivíduos para serem sujeitos autônomos, capazes de gerir a própria história na busca de conhecimento e desenvolvimento pessoal.

No momento em que os índices de qualidade da educação brasileira não são positivos, uma parcela do desenvolvimento do país resta prejudicada. Por essa razão, como lembra Lilia Schwarcz[23], quando a educação não é adequadamente efetivada, tem-se "colaborado para preservar e até acirrar desigualdades econômicas, sociais e culturais. O déficit educacional é histórico e estrutural por aqui, e continua sendo um dos elementos que mais reproduzem e fazem crescer os gaps sociais no país."

Assim como no subíndice educação, a realidade brasileira no que diz respeito ao quesito saúde do IDH, também é desanimadora em muitos aspectos. Tal conclusão pode ser retirada da simples observação de fatos do cotidiano brasileiro como por exemplo a superlotação de hospitais, longas filas de espera, falta de leitos, número reduzido de profissionais da saúde, debilidade das estruturas físicas, deficiências nos planos de saúde, dificuldades de gestão e financiamento do sistema público de saúde, alguns atendimentos de má qualidade (decorrentes, por exemplo, de consultas rápidas ou da falta de respeito com os pacientes), insuficiência de insumos e medicamentos, assim como falhas de aquisição, armazenagem e distribuição destes fármacos, dentre tantos outros fatos relacionados à saúde no Brasil.

De acordo com um estudo realizado pela OCDE, os gastos *per capita* na área da saúde no Brasil, no ano de 2018, estavam entre os mais baixos entre 44 países mais desenvolvidos do mundo. Neste sentido, destaca-se que os investimentos públicos nesta área alcançavam apenas 4% do PIB. Além disso, o estudo referido revelou também que, apesar de ter ocorrido uma melhora considerável nas últimas décadas, a expectativa de vida dos brasileiros permanecia na faixa de apenas 75 anos. De igual modo, o estudo divulgado apontou que a taxa de mortalidade

[23] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro.* São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2019, p. 150.

infantil no Brasil era ainda de 13,2 para cada mil nascimentos, uma das piores taxas dos países da OCDE[24].

Ainda no quesito saúde, é pertinente mencionar que durante a pandemia do Coronavírus (COVID-19) a situação da saúde no Brasil foi agravada. Até o presente momento[25], o Brasil atingiu a marca de mais de 663 mil mortes ocasionadas pelo vírus, ficando em 3º lugar no *ranking* mundial de países com mais mortes.

Neste ponto, convém salientar que o quesito saúde é extremamente importante no que diz respeito ao tema do direito ao desenvolvimento. De fato, a saúde, enquanto instrumento que possibilita vida saudável e digna, ultrapassa os limites fisiológicos humanos, permitindo o desenvolvimento da personalidade humana de forma integral. Sem uma saúde adequada, as pessoas não poderão usufruir aos demais benefícios gerados pela efetivação do direito do desenvolvimento. Entre estes aspectos, encontram-se o direito ao trabalho, a educação, ao lazer, etc.

Por fim, o último quesito do IDH a ser analisado é o quesito renda. Assim como nos subíndices educação e saúde, no tocante à renda a situação brasileira também é desafiadora. De acordo com harmonização de dados feita pelo Banco Mundial (*World Bank*)[26], o Brasil está entre os dez países mais desiguais

[24] OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Heath at a Glance 2019.* Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2019_4dd50c09-en>. Acesso em: 11 set. 2021.

[25] 28 de abril de 2022.

[26] O Banco Mundial trouxe estimativas baseadas no Coeficiente de Gini, instrumento criado pelo matemático italiano Conrado Gini para medir o grau de concentração de renda. Nesse sentido, a variação numérica é de zero a um, sendo zero quando todas as pessoas possuem a mesma renda e um representando o contrário. No ano de 2018, o Brasil apresentou 0,539 no índice de Gini, sendo o único país latino-americano na lista onde predominam os países africanos. PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2020: A próxima fronteira O desenvolvimento humano e o Antropoceno.* Brasília: PNUD, 2020.

do mundo, possuindo o segundo maior índice de concentração de renda no *ranking* mundial. Isso se deve ao fato de que, no Brasil, 40% das pessoas mais pobres recebem o equivalente ao que ganham 1% dos mais ricos, sendo que estes detêm 28,3% da renda do país, quase um terço do total. A desigualdade econômica também fica evidente quando se toma por base o valor do salário mínimo, que é referência nacional de padrão mínimo de vida para a população. Neste linear, conforme pesquisa realizada pelo IBGE, 11,8% da população brasileira, no ano de 2019, viviam com até o valor de ¼ de salário mínimo *per capita* mensal (cerca de R$ 250,00) e quase 30% com até ½ salário mínimo *per capita* (cerca de R$ 499,00), na região Nordeste do país, quase metade da população tinha até esse último patamar de renda mensal[27].

Com relação ao fator renda, não há como deixar de lado ainda os problemas gerados pelo desemprego. Consoante dados do IBGE[28] (2021), a taxa de desemprego no Brasil, em maio de 2021, atingiu o índice de 14,6% (o que significa 14,76 milhões de pessoas desempregadas). Esta foi a segunda maior taxa de desemprego da série histórica, iniciada no ano de 2012. A pesquisa também revelou que, ao lado do crescimento da taxa de desemprego, teve um aumento significativo o número de trabalhadores informais - aqueles que não possuem nenhum tipo de vínculo de trabalho ou CNPJ. Este grupo de trabalhadores alcançou o índice 39,8% (ou seja, 34,2 milhões de brasileiros). Desde então esses índices não tem melhorado muito e o quadro é desalentador.

Estes dados demonstram o quanto o Brasil é um país desigual e, em consequência, um país injusto. Este fato torna

---

Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2020_overview_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

[27] IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2020.* Rio de Janeiro: 2020, p.59. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

[28] Idem, ibidem, p. 66.

mais difícil a efetivação do direito ao desenvolvimento e mantém excluídos da sociedade um conjunto significativo de grupos sociais, perpetuando a fome e a pobreza extrema. Em consequência, o Brasil possui dificuldades de crescimento econômico e de distribuição de renda. Isto impede que muito brasileiros tenham acesso a serviços básicos, ampliando o cenário de desalento.

Em síntese, os dados apresentados acima tornam a possibilidade de realização do direito ao desenvolvimento um objetivo distante. Assim, é fundamental enfrentar esta dura realidade e construir alternativas que permitam a superação deste quadro. Neste sentido, é importante lembrar as palavras de Lilia M. Schwarcz que afirmam que "toda crise pode ser deletéria quando produz um déficit não só econômico como social, político e cultural. Mas toda crise é também capaz de abrir uma fresta, pequena que seja, de esperança."[29] O fortalecimento da fraternidade pode ser a alternativa.

A FRATERNIDADE ENQUANTO CATEGORIA JURÍDICA

Mas, porque o fortalecimento da fraternidade é relevante no enfrentamento deste desafio? Por muito fatores. O mais importante é por que ao referirmos o termo "fraternidade" logo emerge a noção de sentimento, de amor ao próximo ou convivência entre irmãos. Neste rumo, Frade[30] assevera que:

> [...] a palavra latina *frater* significa irmão e sua derivação *fraternitas* ou *fraternitatis* é substantivo feminino que pode significar: a convivência harmoniosa e afetiva entre as pessoas; b. relação

[29] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro.* São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2019, p. 237.

[30] FRADE, Amarah Farage. *Constituição e Fraternidade: Cultura, Doutrina e Jurisprudência de um novo Paradigma Constitucional.* Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Porto. Porto, 2013, p. 19.

> de parentesco entre irmãos – irmandade; c. amor ao próximo; d. associação ou comunidade com propósito específico, de cunho religioso, social, cultural ou político. Também é comum seu entendimento por paz, concórdia, harmonia e união.

Este é um ponto inicial importante. No entanto, é possível e necessário irmos além. Isto significa que devemos trabalhar com a ideia da fraternidade[31] além do âmbito subjetivo individual e existencial e torná-la um conceito objetivo e uma categoria jurídica prática e funcional. Mas, como fazer isto? O ponto de partida talvez seja o reconhecimento de que fraternidade foi um princípio esquecido, mantendo-se inédita e irresolvida[32]. Neste sentido, é preciso reconhecer que, como bem lembra Eligio Resta[33], a fraternidade foi considerada, por um longo período, a "prima pobre, prima do interior, em relação aos temas mais nobres e urgentes da igualdade e, depois da liberdade." Estando nesta condição, ela não foi valorizada pelos juristas.

Isto deve ser rapidamente alterado. A forma de fazer isto é transformar a fraternidade num pressuposto fundamental da luta pela concretização de direitos. Isso é possível, em parte, porque a fraternidade possui a característica de horizontalidade entre os sujeitos, o que pressupõe um dever de cooperação mútua, uma união de esforços para a harmonização da vida em sociedade.

[31] É importante realizar a distinção entre fraternidade e solidariedade. Muito embora geralmente sejam empregues pelos sistemas jurídicos de forma indistinta, fraternidade e solidariedade possuem algumas especificidades. Enquanto a fraternidade pressupõe uma relação horizontal (isto é, em condições de igualdade) entre as pessoas, a solidariedade está muito mais relacionada com a ideia de relação entre um ente considerado "superior" que teria deveres de prestação para com o ente considerado "subordinado". Assim, pode-se afirmar que a fraternidade parte de um ponto de vista em que um está ao lado do outro. Por essa razão, não se pode confundir fraternidade com solidariedade ou até mesmo com assistencialismo ou mera caridade.

[32] RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. [recurso eletrônico]. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 11.

[33] Idem, ibidem.

Dito de outra forma, a fraternidade tem de ser resgatada, nos termos do que assevera Jaborandy[34], como um princípio estruturante do Estado Constitucional Democrático "pautado no fundamento da dignidade humana, a fim de redimensionar a teoria dos direitos fundamentais e garantir a efetivação de interesses transindividuais, [como o direito ao desenvolvimento]".

O reconhecimento jurídico da fraternidade só ganhou destaque com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), mais especificamente em seu artigo 1º que preceitua que todos os seres humanos devem agir em relação uns aos outros em espírito de fraternidade. A partir deste momento histórico houve a internacionalização da fraternidade e dos direitos humanos correlatos, vinculando, no âmbito do direito internacional, Estados e indivíduos[35].

No âmbito do direito interno, vários países incorporaram a fraternidade em suas constituições. Na Constituição Brasileira, por exemplo, embora não figure expressamente na parte dogmática, o termo "sociedade fraterna" é referenciado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, revelando, assim, um comprometimento com a DUDH e com a construção de um Estado Fraternal.

A partir do preâmbulo, é possível, portanto, extrairmos a juridicidade desta categoria e sua incidência sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro.[36] Por este ângulo, Josiane

[34] JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.* Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia. 2016, p. 109.

[35] Idem, ibidem, p. 109.

[36] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal.* Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2014, p. 173. Disponível em: <https://sapientia.pucsp .br/handle/handle/6436>. Acesso em: 15 set. 2021.

Veronese[37], conferindo contornos formais à fraternidade enquanto categoria jurídica, afirma que:

> [...] seguindo a premissa da fraternidade, tomada no contexto da ciência jurídica, alguns aspectos cobram esclarecimentos e precisam ser suficientemente erigidos: uma fraternidade que recorrente na história universal ascende na atualidade, portanto, uma característica até então não reconhecida: uma tal qualidade jurídica que decorre de sua origem; do fato de constar nas declarações, especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948; e, também, de uma especial situação, que a traduz singularmente e indiscutivelmente jurídica – ao fornecer inspiração e constar do texto constitucional brasileiro, a fraternidade reveste-se da dimensão jurídica e tal condição a torna plena de juridicidade. Deste modo, antes de um princípio, uma categoria, uma experiência, é a sua linha jurídica, sobretudo sua capacidade de portar uma condição normativa, que fornecerá uma certificação a sua característica: um intento que poderá resultar em um prestimoso contributo, hábil em aparelhar a ciência jurídica do múnus necessário à interpretação e resolução das situações jurídicas.

Não obstante a importância da fraternidade enquanto categoria jurídica, é pertinente esclarecer que esta não pode ser compreendida somente no espaço da lei em si, mas para a sua real eficácia é necessário que ela invada o "mundo da vida" de modo a constituir-se em um paradigma. Nesse sentido, conforme

[37] VERONESE, Josiane Rose Petry. *O Direito no século XXI: o que a Fraternidade tem a dizer*. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Orgs.). O Direito no século XXI: o que a Fraternidade tem a dizer: Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2016, p. 34.

proposição de Veronese[38], para a constituição de um paradigma, de um modelo fraterno, é fundamental a observância de três suportes. Tais suportes dizem respeito: a fraternidade como categoria jurídica presente nas normas (as legislações devem prever, explícita ou implicitamente, a fraternidade), como já ocorre com a DUDH que tem de servir como modelo normativo universal; a fraternidade enquanto uma categoria a ser aprimorada em termos científicos, o que equivale afirmar, uma séria construção teórica-doutrinária, de caráter interdisciplinar e que contenha uma linguagem laica; e, por fim, a fraternidade como práticas cotidianas concretas, que incidam no modo como percebemos e nos relacionamos com o outro, uma fraternidade que permita condutas comprometidas com as gerações presentes e futuras em uma relação de responsabilidade de uns para com os outros.

Ao se analisar os três suportes da fraternidade enquanto categoria jurídica, é perceptível que na realidade brasileira já existe, ainda que de forma tímida, um processo de consolidação destes elementos. É possível fazer esta afirmação devido ao fato, como visto, que a própria Constituição Federal de 1988 faz em seu preâmbulo menção direta à fraternidade. Além disso, nas relações entre indivíduos, a fraternidade ocupa um lugar fundamental no reconhecimento do bem comum. Por fim, já existe também uma vasta produção teórica sobre o tema[39] e também há jurisprudência consolidada dos tribunais brasileiros sobre o tema. É, portanto, um avanço significativo.

Sob esta perspectiva, o próximo item vai abordar alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que contemplam, expressa ou implicitamente, o conteúdo jurídico da fraternidade com o fim de justificar as decisões em prol da concretização do direito ao desenvolvimento em suas diversas dimensões.

[38] Idem, ibidem, p. 35.

[39] Nesse sentido, pode-se destacar os trabalhos desenvolvidos por Sandra Regina Martini Vial, Ildete Regina Vale da Silva, Carlos Augusto Alcântara Machado, Josiane Veronese, Clara Jaborandy, Charlise Paula Colet Gimenez.

A APLICAÇÃO DA CATEGORIA JURÍDICA DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal com fundamento na fraternidade ocorreu em 26 de maio de 2004 quando do julgamento da ADI 3.128/7/DF que decidiu pela constitucionalidade da contribuição previdenciária instituída pela EC 41/03 devida por servidores públicos inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em caráter de solidariedade. Muito embora não tenha seguido a tese de constitucionalidade de tal contribuição, o então Ministro Carlos Ayres Britto, quando de sua fundamentação, alegou que a solidariedade expressa no artigo 3º, I da Constituição como objetivo fundamental, na verdade, é fraternidade (sendo que ambos os termos não devem ser confundidos). Nas palavras do então Ministro, ao se falar em fraternidade quer se dizer que o Brasil necessita de uma sociedade que "evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados"[40]. Dessa decisão, colhe-se a função de reconhecimento de diversidades que é marca fundamental da fraternidade enquanto categoria jurídica.

Na mesma esteira, invoca-se o julgamento da ADI 3.768-4/DF (no ano de 2007) de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal se manifestou favorável à gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos idosos com idade superior a sessenta e cinco anos. Na ocasião, a relatora destacou a necessidade de vida digna para

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.128-7/DF*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27.08.2004, p. 49. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremotribunal.federal;plenario:acordao;adi:2020-06-24;3184-2212 582>. Acesso em: 14 out. 2021.

aqueles que não podem mais pagar ou já tenham colaborado com a sociedade em tempos pretéritos. Ainda, trouxe estudo realizado pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome em que foram divulgados indicativos de idosos de baixa renda no Brasil que utilizavam precipuamente o transporte coletivo gratuito. Também foi neste julgamento que o Ministro Carlos Ayres Britto sustentou que o parágrafo 2º do artigo 230 da CF/88 consiste em verdadeiro "direito fraternal" eis que, para ser efetivado, exige ações afirmativas em prol de grupos que possuem desvantagens históricas, tais como os negros, índios, mulheres, portadores de deficiências e os idosos[41].

No julgamento da ADI 2.649/DF em 08 de maio de 2008, também de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal analisou ação ajuizada pela Associação Brasileira de Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI) que alegava a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 8.899/94, que concedia passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual, às pessoas portadoras de deficiência. O Supremo Tribunal Federal registrou entendimento no sentido de que referida lei faz parte das políticas públicas para inserção das pessoas com deficiência na sociedade e tem como objetivo a igualdade de oportunidades, a humanização das relações sociais e a dignidade da pessoa humana. Ao fundamentar seu voto, a Ministra Cármen Lúcia invocou o preâmbulo da CF/88, alegando que não apenas o Estado haverá de ser convocado "para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.768-4/DF*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25.10 .2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 11 nov. 2021.

afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos"[42].

Em março de 2009, no julgamento da PET 3388 (que teve origem no ajuizamento de Ação Popular), o Supremo Tribunal Federal considerou válidos o decreto presidencial e a portaria que homologaram a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol localizada no Estado de Roraima. O relator Ministro Carlos Ayres Britto tratou o tema como verdadeiro capítulo do "constitucionalismo fraternal". De acordo com ele, os artigos 231 e 232 da CF/88 possuem finalidade fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional compensatória de desvantagens históricas sofridas por minorias. No referido julgado, elucidou-se que os povos indígenas tinham direito a desfrutar de um espaço de terra que lhes assegurasse meios dignos de subsistência econômica a fim de poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, ou seja, diversificar o potencial econômico do território. Ainda, discutiu-se na PET 3388 que não haveria incompatibilidade entre o direito ao desenvolvimento e a questão indígena.

Além da referida, outra decisão importante do Supremo Tribunal Federal relacionada à fraternidade e desenvolvimento foi o julgamento da ADI 4.277/DF que foi julgada em conjunto com a ADPF 132/RJ em 05 de maio de 2011. Tal decisão reconheceu o *status* jurídico-familiar da união homoafetiva. Neste caso, Carlos Ayres Britto fez uso do preâmbulo constitucional para afirmar que a proibição de preconceito é capítulo do constitucionalismo fraternal que se volta para a integração comunitária das pessoas[43] (BRASIL, 2011).

Nessa lógica, no julgamento da ADPF 186 MC/DF, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo

[42] Idem, ibidem, p. 14.

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Tribunal Federal considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes na Universidade de Brasília (UnB). Ao proferir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou a necessidade de resgate do valor da fraternidade, já que esta, segundo ele, "pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade." Em sua percepção, "no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção de minorias."[44]

Por derradeiro, no julgamento da ADI 5357/DF em 09 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal tratou novamente sobre a pessoa portadora de deficiência. Referida ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) a respeito da constitucionalidade do artigo 28, parágrafo 1º e do artigo 30 da Lei n.º 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). O questionamento girava em torno da obrigatoriedade de as escolas privadas oferecerem atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, sem que pudessem cobrar valores adicionais para cumprir tal atendimento constitucional. Um dos fundamentos da decisão foi a igualdade como reconhecimento e a necessidade de inclusão social da pessoa com deficiência. Nesta decisão também foi ressaltada a importância da "responsabilidade pela alteridade", o que é uma das características do Direito Fraterno[45].

Das referidas decisões, constatam-se alguns pontos comuns relevantes. O primeiro deles é que as questões

[44] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13.08.2010, p. 6-7. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 16 nov. 2021.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5357 MC/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09.06.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento /informativo829.htm>. Acesso em: 16 nov. 2021.

emblemáticas decididas pelo Supremo Tribunal Federal tiveram por fundamento constitucional a fraternidade. Tal fraternidade, extraída do preâmbulo da CF/88, foi abordada como uma categoria apta a reconhecer as diversidades, a promover a inclusão social, a dar dignidade aos seres humanos, sobretudo àquelas pessoas historicamente desfavorecidas como os indígenas, negros, mulheres, idosos e pessoas com deficiência. Evidenciou-se, assim, o reconhecimento, a alteridade e a intersubjetividade, aspectos estes integrantes da fraternidade.

Além disso, as decisões acima expostas revelaram que a fraternidade desempenha uma relevante função aos direitos fundamentais uma vez que pode ser utilizada como vetor interpretativo para a promoção e proteção destes direitos. Partindo disso, o último ponto observado nas decisões em questão, foi a associação entre a categoria jurídica da fraternidade e o direito ao desenvolvimento. Apesar de os referidos julgados não abordarem explicitamente o tema do direito ao desenvolvimento, o fizeram de forma implícita. Ao garantir direitos fundamentais de grupos desfavorecidos com base na categoria jurídica da fraternidade, foram ofertadas possibilidades de tais grupos alcançarem o seu desenvolvimento humano e integral. Por exemplo, ao se garantir a marcação de terra indígena (como no caso da PET 3388) além da inclusão deste povo, abre-se a possibilidade destes indivíduos explorarem um espaço de terra, a fim de preservarem a sua cultura e se desenvolverem economicamente. Da mesma forma, em outras decisões (a exemplo da ADPF 186 MC/DF e ADI 5357/DF) possibilitou-se o acesso à educação superior de qualidade à grupos étnicos e pessoas portadoras de deficiência, cumprindo com um dos quesitos do desenvolvimento que é a educação acessível a todas as pessoas. Neste cenário, faz-se pertinente a afirmação de Flávia Piovesan[46], para quem "a efetiva proteção

[46] PIOVESAN, Flávia. *Direito ao desenvolvimento.* Texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002, p. 8. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos

do direito ao desenvolvimento e dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas em favor de grupos socialmente vulneráveis."

De fato, todas as decisões apresentadas, com base na categoria jurídica da fraternidade, estão relacionadas com o pleno desenvolvimento do potencial humano, do senso de inclusão social e dignidade da pessoa humana. Melhor dizendo, tais decisões estão associadas às condições de os indivíduos ou grupos passarem a viver uma vida que se valoriza, com oportunidades reais para se desenvolverem (economicamente, socialmente, culturalmente, etc.) e realizarem-se enquanto pessoa. Assim, o direito ao desenvolvimento deve estar relacionado com a melhora das condições de vida que as pessoas levam, o que, no caso específico das decisões analisadas, foi possibilitado e permitiu avanços significativos.

Isto foi reforçado pela categoria da fraternidade. Não se pode deixar de mencionar que a fraternidade é fundamento do direito ao desenvolvimento, visto que tal categoria propõe uma transformação em prol da humanidade, auxiliando na promoção dos direitos humanos. A fraternidade, quando aplicada nas decisões judiciais, exerce um papel relevante no que concerne a uma maior concretização do direito ao desenvolvimento, em especial num país com as dificuldades do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao desenvolvimento encontra-se, atualmente, reconhecido pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 assim como na Constituição Federal de 1988. Este reconhecimento é fundamental e é um marco significativo da luta pela distribuição mais justa dos benefícios da riqueza produzida nas diversas regiões do mundo e por uma melhor qualidade de vida. O grande desafio que permanece é como tornar mais efetivo

/militantes/flaviapiovesan/piovesan_direito _ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

este direito. O presente texto buscou analisar como a categoria jurídica da fraternidade poderia auxiliar neste processo. Para isto, utilizou o método hipotético-dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

A análise do tema se preocupou em destacar a importância do direito ao desenvolvimento para a concretização dos demais direitos fundamentais e como ele está vinculado ao tema da fraternidade. Neste sentido, a ideia de fraternidade deve ser fortalecida e juridicamente consolidada. Para tanto, o texto lembrou que é necessário recolocá-la novamente na ordem do dia e destacar o conjunto das ideias que ela historicamente representou. Isto será fundamental para a efetivação do direito ao desenvolvimento e para a construção de um mundo melhor.

No caso brasileiro, esta alternativa deve ser rapidamente acolhida e fortalecida. É que as condições de vida no Brasil revelam a existência de uma realidade absolutamente adversa e níveis de pobreza e de exclusão social inaceitáveis. Estes dados desvendam a existência de uma sociedade injusta, marcada pela desigualdade e pela pobreza de setores imensos de seus grupos sociais. Isto ficou claro no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) alcançado pelo Brasil em 2019 e também pelos resultados específicos alcançados na educação, na saúde e no acesso a renda.

Portanto, é um quadro muito difícil. Mas, apesar disto, devemos manter a esperança e buscar construir alternativas. Neste quadro, tem um papel importante a fraternidade enquanto categoria jurídica. Nesta concepção, foram apresentados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que contemplam o conteúdo jurídico da fraternidade e do direito ao desenvolvimento (que representam grande avanços). De fato, as decisões revelaram que a fraternidade pode ser utilizada como vetor interpretativo para a promoção e proteção de direitos fundamentais, na qual é exemplo o direito ao desenvolvimento. Ao garantir direitos fundamentais de grupos desfavorecidos com base na categoria jurídica da fraternidade, foram ofertadas possibilidades de tais grupos alcançarem o seu desenvolvimento humano e integral, de modo a realizar-se enquanto pessoa.

Sob esta perspectiva, a categoria jurídica da fraternidade por possuir um caráter humanizante, permite a abertura de um novo horizonte de transformação tanto no mundo jurídico como no universo social, direcionando o caminho dos indivíduos para a construção de um mundo melhor e, por consequência, de um futuro melhor. Com efeito, a concretização do direito ao desenvolvimento por intermédio da categoria jurídica da fraternidade pode ser uma luz no fim do túnel da busca pela consolidação de uma sociedade mais justa, igualitária, fraterna e desenvolvida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.076/AC**. Relator: Ministro Carlos Veloso. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 08/08/2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc ID=375324>. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.649-6/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17/10/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador .jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.128-7/DF**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27.08.2004. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo .tribunal.federal; plenario:acordao;adi:2020-06-24;3184-2212582>. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.768-4/DF.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25.10 .2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=AC&docID=491812>. Acesso em: 11 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5357 MC/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09.06.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento /informativo829.htm>. Acesso em: 16 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ.** Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=AC&docID=628633>. Acesso em: 11 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13.08.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Direitos Humanos e Desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento.** Desenvolvimento em questão. Editora Unijuí. Ano 1. n. 1. jan./jun. 2003. p. 123-149.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização: Paradoxos e Desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FRADE, Amarah Farage. **Constituição e Fraternidade: Cultura, Doutrina e Jurisprudência de um novo Paradigma Constitucional**. Dissertação de Mestrado . Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Porto. Porto, 2013.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domícilios Contínua – Educação 2019.** Disponível em: <https:// biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo. pdf>. Acesso em: 01 set. 2021.

_____. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2020**. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf> . Acesso em: 12 set. 2021.

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb): resultados de 2019.** Brasília: 2019. Disponível em: <https://download.inep.gov.br/educacao_basica /portal_ideb/documentos/2020/ApresentacaoColetiva_Imprensa_ Saeb_2019.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021.

_____. **Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa).** Brasília: 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa>. Acesso em: 24 ago. 2021.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.** Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia. 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp .br/handle/handle/6436>. Acesso em: 15 set. 2021.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. **Heath at a Glance 2019.** Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2019_4dd50c09-en>. Acesso em: 11 set. 2021. ~

_____. **Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA): Resultados do PISA 2018.** 2019. Disponível em: <https://download.inep.gov.br/acoes_internacionais

/pisa/resultados/2018/pisa_2018_brazil_prt.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento**. Texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_direito _ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2020: A próxima fronteira O desenvolvimento humano e o Antropoceno**. Brasília: PNUD, 2020. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2020_overview_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. [recurso eletrônico]. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2019.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Constitucionalismo Brasileiro Tardio**. Brasília : ESMPU, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Direito no século XXI: o que a Fraternidade tem a dizer.** In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Orgs.). O Direito no século XXI: o que a Fraternidade tem a dizer: Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2016.

O RECONHECIMENTO DA MEDIAÇÃO E SUA (DES)INSTITUCIONALIZAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

Charlise Paula Colet Gimenez[1]

INTRODUÇÃO

O Estado não pode ser compreendido como um modelo de organização política ultrapassada, mesmo confrontando novos dados que modificam o contexto de suas ações, sofrendo, notadamente, a pressão exercida pela globalização, pois ele ainda se mostra como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local onde são formadas as identidades coletivas, permanecendo, igualmente, como o elo essencial em torno do qual se organiza a vida internacional.

A globalização se converteu como a ideologia do domínio do mercado mundial ou a ideologia do liberalismo, reduzindo a mundialização à perspectiva econômica. Junto com o imperialismo econômico, surgem riscos que estão associados à universalização de tecnologias, globalização da economia, da informação, os quais se caracterizam pela potencial universalização de suas consequências.

[1] Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Vice Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br.

Assim, a sociedade pós-moderna, uma sociedade de risco, tem constantemente, como já se viu, observado o surgimento de novos riscos, relacionados às ciências e às técnicas, criando um contexto de incerteza estrutural, fazendo com que os riscos antigos (catástrofes, poluição, risco nuclear) adquiram uma nova dimensão, a fragilidade, a vulnerabilidade, incrementada pela globalização que favorece a propagação dos efeitos, e gerando efeitos em cadeia. Nesse ínterim, "a emergência desses novos riscos, imprevisíveis, não calculáveis e envolvendo consequências irreversíveis, somente pode ressaltar as falhas dos sistemas de proteção existentes e ampliar o sentimento de insegurança" (CHEVALLIER, 2009, p. 68).

Portanto, estima-se que com o auxílio da globalização, embora esteja preconizada nas Constituições e tratados de direitos à igualdade entre as pessoas, elas se revelam cada vez mais distantes, mais desiguais. Assim, defende-se a necessidade de proteção aos direitos fundamentais da pessoa pela paz em um tecido social pluralista e democrático, o qual permita a reestruturação do sistema de administração da justiça sob a ótica da humanização.

No entanto, como pressuposto desta mudança, primeiro faz-se necessária a manutenção do Estado e o restabelecimento da primazia da política sobre a economia, visto que a crise do Direito pauta-se na incapacidade de produção de regras a altura dos novos desafios trazidos pela globalização (CEPEDA, 2007). Neste rumo, percebe-se que o "Estado é obrigado a reconstruir um tecido social que a dinâmica da evolução das sociedades contemporâneas tende permanentemente a dilacerar" (CHEVALLIER, 2009, p. 69).

Novas práticas de justiça devem ser realizadas a fim de retirar das pessoas a sensação de alienação social operada pelos poderes do Estado e, em especial, por seus representantes. Nessa ótica, verifica-se que a revolução democrática da justiça[2] deve

[2] O direito somente pode ser emancipatório diante de uma revolução democrática da justiça, a qual se fundamenta na valorização da diversidade

superar primeiramente o distanciamento da justiça das pessoas, estabelecendo um elo sólido e permanente, atendendo à sua função social de garantir e concretizar a cidadania de forma que cada um seja mais consciente de seu papel na sociedade, bem como participe direta e efetivamente do desenvolvimento social, político, econômico e cultural do seu espaço, pois sem direitos de cidadania efetivos, a democracia traduz-se em uma ditadura mal disfarçada. O exercício concreto da cidadania requer um empoderamento das pessoas, capazes de lidar com o seu próprio conflito e de gerir sua própria vida, razão pela qual o estudo dos meios complementares de tratamento de conflitos realiza esse objetivo.

Assim, o capítulo que ora se apresenta, utilizando o método de abordagem hipotético-dedutivo, e o método de procedimento bibliográfico, objetiva apresentar a experiência brasileira no desenvolvimento do instituto da mediação por meio dos dispositivos legais vigentes no país, observando-se se houve reconhecimento do instituto ou instituticionalização da mediação.

O estudo aborda os métodos de tratamento de conflito, compostos pela negociação, conciliação e arbitragem e analisa a mediação e seu desenvolvimento por intermédio dos dispositivos legais. O tema é significativo e justificável por tratar de uma instituição que possui indeterminações e imprecisões acerca do modo como está sendo inserida no âmbito jurídico, sendo capaz de comprometer a sua efetividade.

jurídica do mundo como mola propulsora do pensamento jurídico crítico (SANTOS, 2011).

OS MÉTODOS COMPLEMENTARES[3] DE TRATAMENTO DE CONFLITOS AO MODELO GANHA-PERDE DA JURISDIÇÃO TRADICIONAL

Qualquer comportamento, inconsciente ou não, pode dar ensejo a uma ação judicial. Abre-se o jornal e lê-se sobre uma bomba que mata dezenas de pessoas inocentes; liga-se a televisão e o noticiário informa que uma bala perdida atingiu uma criança enquanto estava na escola; conecta-se na *internet* e surgem notícias de atos bárbaros cometidos por funcionários contra patrões; liga-se o rádio e ouve-se que pais disputam acirradamente a guarda dos seus filhos. Todas as situações diárias com que se depara espelham várias formas de conflitos: social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou nações, étnico, religioso, ou de valores e princípios morais (SPENGLER, 2010, p. 241-242).

O processo de beligerância no qual a sociedade atualmente está inserida faz com que as pessoas se tratem enquanto adversárias e inimigas, e qualquer ação possa ser justificativa para o ajuizamento de uma demanda judicial, exemplo do que ocorre nos EUA, quando filhos processam seus pais; cônjuges processam-se mutuamente; membros de paróquias processam seus pastores; advogados processam juízes, e vice versa. "Não faz muito tempo que um grupo de pais processou um juiz de futebol por um erro cometido em um jogo entre escolas de segundo grau" (AUERBACH, 2007, p. 54).

A justiça no século XXI é vendida a um preço determinado: "e assim um cartunista bem coloca a situação: um

[3] Adota-se o termo "complementar" por compreender-se que os métodos de tratamento de conflitos não excluem um ao outro, mas todos se complementam, em especial, complementam o judicial. Por essa razão, defende-se a maior adequação de complementar ao invés de alternativo, conforme explicação em nota a seguir. Para aprofundar sobre o tema, indica-se CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015; SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

advogado tranquiliza seu cliente, que está ansioso sobre os méritos de seu caso, mas pergunta: 'quanta justiça o senhor pode pagar?'" (AUERBACH, 2007, p. 49).

O litígio judicial é somente uma opção dentre várias possibilidades que incluem desde ignorar o conflito até o uso da violência[4]. Todas as sociedades possuem um leque de alternativas para o tratamento de conflitos, as quais decorrem dos ideais que as pessoas defendem, suas percepções sobre si mesmas e a qualidade do relacionamento que possuem com as demais, indicando que as pessoas tem pré-disposição para evitar ou encorajar o conflito, reprimi-lo ou resolvê-lo amistosamente. "No fim das contas, os mais básicos valores de uma sociedade são revelados em seus processos de resolução de disputas" (AUERBACH, 2007, p. 44).

O movimento denominado *Alternative Dispute Resolution*[5] (ADR)[6] iniciou no final da década de 1960[7] como

[4] Ao discutir-se sobre possíveis soluções de conflito, importa, antes, abordar a trilogia que as classifica em autotutela, autocomposição e processo. Assim, "[…] o método da autotutela, em geral, é a força, a astúcia ou a esperteza. A jurisdição dispõe de legislação própria e é exercida mediante um método ordenado e regulado, com técnicas determinadas (processo). O mesmo não acontece com a autocomposição, em que não há método único e formalmente regulamentado para sua obtenção. A autocomposição se obtém por simples diálogo entre as partes ou por alguma forma de auxílio proporcionado por terceiro, que pode atuar de forma livre e informal ou adotar algum método previamente elaborado. Neste ultimo caso, o terceiro pode agir só ou fazer parte de alguma entidade pública ou privada previamente estruturada com objetivo (único ou não) de auxiliar na obtenção da autocomposição" (CALMON, 2015, p. 84).

[5] Tradução livre: "Resolução Alternativa de Conflitos".

[6] No presente trabalho, opta-se pelo uso de Tratamento Adequado de Conflitos ao invés do termo "alternativo", pois consoante Spengler (2010, p. 295) sustenta, a palavra alternativa significa "sucessão de duas coisas mutuamente exclusivas, explicaria a opção por outro mecanismo". No entanto, a ADR não apresenta outro método, mas vários, o que indica a impropriedade do termo. No mesmo sentido, Shamir (2003, p. 02) refere que "Alternative Dispute Resolution (ADR, sometimes also called "Appropriate Dispute Resolution") is a general term, used to define a set of approaches and techniques aimed at resolving disputes in a non-confrontational way". Tradução livre: "Resolução

uma tentativa de devolver aos conflitantes o gerenciamento do seu próprio conflito, substituindo, portanto, a demanda judicial. Dessa forma, acreditava-se que os processos mediativos proporcionados pela ADRs alcançavam resultados mais apropriados, satisfatórios e contribuíam de forma mais efetiva à manutenção das relações entre as pessoas a longo termo. Nos anos de 1970, os métodos de ADRs foram inseridos nos Tribunais como um mecanismo de eficiência e substituto à adjudicação, desenvolvido para dar celeridade ao trâmite processual e diminuir seus custos. Mais recentemente, uma terceira forma de utilização da ADR foi recepcionada no cenário jurídico – a contratação de institutos privados para tratamento de conflito envolvendo relações comerciais, trabalhistas e empresariais (HENSLER, 1991, pp. 178-179).

Por essa razão, o movimento que inicialmente germinou nos Estados Unidos da América como resposta mais eficiente e eficaz[8] ao processo judicial, atualmente espalhou-se pelo mundo

---

Alternativa de Conflitos (ADR, às vezes denominada de "Resolução Adequada de Conflitos"), é um termo geral utilizado para definir um conjunto de abordagens e técnicas com o objetivo de resolver conflitos de forma consensual".

[7] Consoante manifestam Alfini, Press e Stulberg (ALFINI; PRESS; STULBERG, 2013, p. 02), "but mediation's prominence and expanded use emerged in the United States in the late 1960s as part of the "movement" known as "Alternative Dispute Resolution" (ADR). ADR proponents advocated using such dispute resolution procedures as negotiation, arbitration, elections, summary jury trials – that is, "alternatives" to traditional trials and accompanying litigation processes – to resolve disputes for which the traditional court procedures appeared ill-suited or ineffective". Tradução livre: "mas o uso proeminente e expandido da mediação surgiu nos Estados Unidos da América na década de 1960 como parte do "movimento" conhecido como "Resolução Alternativa de Conflitos" (ADR). Os proponentes da ADR defenderam o uso de tais procedimentos de resolução de conflitos como a arbitragem, negociação, eleições, *summary jury trials* - isto é, "alternativas" para julgamentos tradicionais e acompanhamento de processos contenciosos - para resolver as disputas para os quais os procedimentos judiciais tradicionais apareceram mal adaptados ou ineficazes".

[8] Nesse sentido, Barrett e Barrett (BARRETT; BARRETT, 2004, p. 267) relatam que "Benjamin Franklin created the first fire department on December

por ter provado, de múltiplas formas, ser a forma mais adequada[9] de tratar conflitos (SHAMIR, 2015, p. 04-05), pois "the ADR movement focused attention on these processes, thereby creating more interest in alternatives to litigation. Rather than viewing each dispute resolution process in isolation, the processes began to be thought of as an array of processes" (FREY, 2003, p. 23)[10].

Apresentam-se, assim, os mecanismos consensuais de tratamento de conflito, os quais, ao invés de delegar o poder da resposta, aproximam os envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, ausência ou

7, 1736, "which made Philadelphia. So far as fire was concerned, one of the safest cities in the world". At the time, people resisted Franklin's idea because they felt it would make people careless in handling fire; others felt it should be available only to those who paid a fee (Van Doren, 1938, p. 130). Today, the idea of living without a fire department is unthinkable, a risk we do not face because fire departments are universal. ADR will have arrived when its availability and acceptance are that universal. At that point, information on ADR will surround citizens like this example". Tradução livre: "Benjamin Franklin criou o primeiro Corpo de Bombeiros em 07 de Dezembro de 1736, "o qual foi instalado em Filadélfia. Considerado o fogo uma preocupação, era uma das cidades mais seguras do mundo". Naquele tempo, as pessoas resistiram à ideia de Franklin porque faria com que tivessem menos cuidados com o fogo; outras pensavam que somente deveria ser disponível para quem pagasse uma taxa (Van Doren, 1938, p. 130). Hoje, a ideia de viver sem um Corpo de Bombeiros é impensável, um risco que não corremos porque o serviço é universal. A ADR chegará quando sua disponibilidade e aceite forem universais. Nesse momento, as informações sobre ADR alcançarão as pessoas como esse exemplo".

[9] Spengler (2010, p. 295) sustenta, nessa linha, que "as práticas de ADR apresentam inúmeros pontos positivos, dentre os quais aliviar o congestionamento do Judiciário, diminuendo os custos e a demora no trâmite dos casos, facilitando o acesso à Justiça; incentivando o desenvolvimento da comunidade no tratamento de conflitos e disputas; e, principalmente, possibilitando um tratamento qualitativamente melhor dos conflitos, residindo aí a sua importância".

[10] Tradução livre: "o movimento ADR foca sua atenção nesses processos, criando mais interesse em alternativas ao litígio judicial. Ao invés de considerar cada processo de resolução de conflito em separado, os processos são pensados em um conjunto".

redução de custos, rapidez e negociação (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 121).

São diversos os métodos que objetivam a autocomposição do conflito, dentre eles encontram-se a negociação; a mediação; e a conciliação. Além desses, outros mecanismos, a partir da experiência norte-americana, podem ser indicados: avaliação neutra prévia; avaliação neutra pericial; assistente neutro; esclarecedor de questões de fato (*fact-finder*); conselheiro especial (*special master*) e o julgamento simulado (*mini-trial*), dentre outros. No entanto, nem todos os meios adequados de tratamento de conflitos são autocompositivos. Há, nesse sentido, a arbitragem, método heterocompositivo, com diversas variações: mediação/arbitragem; arbitragem/mediação; *high-low*; perícia arbitral e *rent a judge* (CALMON, 2015, p. 86).

No presente tópico, abordar-se-ão a negociação, a conciliação e a arbitragem como expressões do movimento ADR[11]. Por sua vez, à mediação dedicar-se-á no próximo ponto.

A negociação[12], considerada como o primeiro método de tratamento de conflito, caracteriza-se por permitir que as próprias partes envolvidas no conflito alcancem a solução, sem o auxílio de uma terceira pessoa (LUCHIARI, 2012, p. 12). "Na negociação, [...], apenas as partes em conflito buscam, por elas mesmas, a solução da dissidência" (SALES, 2004, p. 36). O

[11] Na seara penal, apresenta-se a Justiça Restaurativa como instrumento de tratamento de conflitos, cujo conceito, consoante dispõem Costa e Porto (COSTA; PORTO, 2013, p. 155), "[…] fala da justiça como valor e não apenas como instituição, e tem o foco nas necessidades determinantes e emergentes do conflito, de forma a aproximar e corresponsabilizar todos os participantes, com um plano de ações que objetiva restaurar laços familiares e sociais, compensar danos e gerar compromissos futuros mais harmônicos e uma sociedade mais segura. Baseia-se numa ética de inclusão e de responsabilidade social, no conceito de responsabilidade ativa".

[12] Consoante estabelece Garcez (GARCEZ, 2013, p. 29), "a palavra "negociação" é associada às vezes a "negócio" da qual seria derivada. Etimologicamente, porém, *neg otium* não designa especificamente o comércio, mas sim o conceito de atividade, utilidade, a negação do ócio, da desocupação ou inatividade".

método[13] ora em estudo deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; da mesma forma, deve ser eficiente e deve aprimorar o relacionamento entre as partes (FISCHER, 1994, p. 22). O cumprimento do acordo não é obrigatório e as partes são livres para firmá-lo. No entanto, se for eficaz, por conseguinte, será naturalmente cumprido (SALES, 2004, p. 37).

Trata-se de uma atividade inerente à condição de ser humano, a qual pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência no tecido social. Consiste em um método direto e eficiente porque preserva a autoria das partes que por meio do diálogo objetivam alcançar um decisão conjunta (GARCEZ, 2013, p. 29-31).

A partir dos estudos de negociação desenvolvidos pela Faculdade de Direito da Universidade de Harvard (*Program on Mediation*), compreende-se que uma boa negociação requer: a) a separação das pessoas do problema; b) a concentração nos interesses e não nas posições que ocupam ou se encontram; c) a criação de uma variedade de possibilidades antes da decisão padrão; e d) um objetivo que dê sustentação ao resultado (SALES, 2004, p. 37)[14]. Da mesma forma, há três modelos de negociação. A negociação distributiva ou "barganha de posições" se baseia nas posições apresentadas pelas partes, as quais fazem concessões a partir delas que permitem a obtenção de um acordo.

Por sua vez, a negociação integrativa considera a ampliação dos ganhos possíveis, razão pela qual se aplica em casos com mais de um objetivo a alcançar. A seu turno, a negociação por princípios, cooperativa ou colaborativa, modelo

[13] Para Calmon (CALMON, 2015, p. 105), "negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador".

[14] Nesse rumo, adicionam Fisher, Ury e Patton (FISCHER; URY; PATTON, 1994, p. 58-59) que o "problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. […] seus interesses são aquilo que fez com que você decidisse dessa forma".

proposto pela Universidade de Harvard, realiza a negociação a partir dos reais interesses das partes, tratando o processo como uma experiência colaborativa para a solução comum (LUCHIARI, 2012, p. 12). Ou seja, é definida como um "meio básico de conseguir o que você necessita de outras pessoas ou como um processo de comunicação de ida e volta com o propósito de chegar a uma decisão conjunta" (CALMON, 2015, p. 108).

A negociação traduz-se na habilidade fundamental para a implantação bem sucedida da maioria dos métodos complementares de tratamento de conflitos, e o seu conhecimento prático-teórico, aumenta a eficiência na operacionalidade do processo, dos procedimentos, das normas éticas e do comportamento (KEPPEN, 2009, p. 81).

Por sua vez, a conciliação[15], enquanto método autocompositivo, apresenta-se como a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar as pessoas em conflito – partes – a chegarem a um acordo, a partir da postura ativa do conciliador, o qual manifesta sua opinião e faz proposições para alcançar os termos do acordo[16] (CALMON, 2015, p. 138-140). Significa, portanto, que o conciliador[17] não se limita apenas a

[15] Para Luchiari (LUCHIARI, 2012, p. 15), "a conciliação é o método de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial, que domina a escuta, sem forçar as vontades dos participantes, investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando-os à celebração de um acordo". Já Morais e Spengler (2012, p. 173) conceituam conciliação como "um instituto que tem por objetivo chegar voluntariamente a um acordo neutro e conta com a participação de um terceiro – conciliador – que intervém, podendo inclusive sugerir propostas para fins de dirigir a discussão".

[16] Para Calmon (CALMON, 2015, p. 142-143), a conciliação classifica-se em pré-processual ou processual. Considera-se pré-processual aquela que ocorre sem a existência de um processo judicial prévio, mas realizada no âmbito do Poder Judiciário, a fim de evitar o ajuizamento de uma demanda. A conciliação processual, por outro lado, ocorre concomitantemente ao processo e é desenvolvida no ambiente judicial, pelo próprio juiz da causa ou por um conciliador.

[17] De acordo com Cahali (CAHALI, 2012, p. 40), "[…] a criatividade deve ser um dos principais atributos do conciliador; dele espera-se talento na condução

auxiliar as partes a chegarem, por si próprias, a um acordo, mas aconselha e busca conduzi-las para chegar ao resultado, fazendo-as divisar seus direitos de forma que possam decidir com maior celeridade[18].

Na conciliação o objetivo está no acordo, ou seja, as partes, enquanto adversárias no conflito, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial ou, se já ajuizado, o seu trâmite. O conflito resolvido é aquele exposto, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade (SALES, 2004, p. 38-39). Por isso, compreende-se que a conciliação não trabalha o litígio entre as pessoas, ignorando-o e, portanto, não o transforma, pois o conciliador exerce a função de negociador, reduzindo a relação entre as partes, a qual está em meio a uma disputa, a uma mercadoria. Assim, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado (WARAT, 2001, p. 80).

Nos casos em que não existe um relacionamento duradouro e continuado entre as partes, tendo o objeto do litígio exclusivamente material, ainda que o acordo não atinja todos os seus interesses e necessidades, a técnica de tratamento de conflitos mais adequada é a conciliação (LUCHIARI, 2012, p. 35). Nessa ótica, quando não há relacionamento entre as partes ou em relacionamentos circunstanciais (por exemplo, compra e venda casual), a conciliação apresenta-se como meio satisfatório para o tratamento do conflito (SALES, 2004, p. 40).

Em alguns países como, por exemplo, nos EUA, a conciliação tem sido absorvida pela mediação, o que contribui para a dificuldade de separação entre os dois métodos

---

das tratativas na oferta de diversas opções de composição equilibrada, para as partes escolherem, dentre aquelas propostas, a mais atraente à solução do conflito. Destaque-se, portanto, que o conciliador efetivamente faz propostas de composição, objetivando a aceitação pelas partes e a celebração do acordo. A apresentação de propostas e a finalidade de obter o acordo são, pois, duas características fundamentais da conciliação".

[18] GARCEZ, 2013, p. 98.

autocompositivos (LUCHIARI, 2012, p. 15). Ademais, percebe-se a carência na distinção entre ambas na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, a qual implantou a política nacional de tratamento de conflitos, introduzindo a mediação e a conciliação como métodos adequados e complementares ao tratamento do conflito, porém deixou de diferenciá-los, provocando, na prática, a confusão entre os dois institutos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

No Brasil, a conciliação tem previsão legal nos artigos 125, inciso IV[19], e 447 ao 449[20], todos do Código de Processo Civil de 1973 (vigente até 17 de março de 2016), determinando a busca pela conciliação em todas as demandas judiciais[21]. Por outro lado, tem-se o conciliador privado, cuja previsão reside na Lei nº 9.958/00, sendo eleito pelos trabalhadores das empresas para compor comissões intersindicais de conciliação, com a finalidade de conciliar previamente os conflitos individuais do

[19] Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
[…]
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

[20] Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.
Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.
Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.
Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

[21] A Lei nº 13.105/05, a qual instituiu o Novo Código de Processo Civil, com entrada em vigor a partir de 18 de março de 2016, estabelece em seu artigo 165 que: "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. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem".

trabalho. Os Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei nº 9.099/95, têm por objetivo a conciliação em causas com valor não superior a 40 salários mínimos (causas de menor complexidade), estabelecendo o artigo 21 da referida lei que após a aberta a sessão da audiência, o juiz togado ou leigo esclarecerá as vantagens da conciliação, e mostrará os riscos e as consequências do litígio (GARCEZ, 2013, p. 99).

Contemporaneamente, tem-se visualizado a busca incessante do Poder Judiciário pela conciliação, o que se faz a partir da Semana "Conciliar é Legal", a qual envolve um grande número de magistrados e servidores, traduzindo-se em um custo elevado e acúmulo de processos para movimentação nas semanas que antecedem, os quais, em razão da conciliação, deixam de realizar sua atividade natural, a de julgar.

Ainda, verifica-se, a partir dos dados divulgados pelo CNJ, a cada ano um percentual considerável de audiências não realizadas[22], o que demonstra um dispêndio de tempo e valor desnecessário, deixando de realizar um possível acordo em outro processo não submetido à conciliação. Em adição, percebe-se que o número de acordos[23] poderia ser maior em razão da mobilização efetuada, do aparato judicial e dos custos (SPENGLER, 2014, p. 36-42).

A seu turno, a abordagem da arbitragem enquanto estratégia de controvérsias requer um resgate de suas origens no processo civil romano da época pré-clássica, pois o árbitro moderno remonta ao juiz privado romano (*iudex*) e o compromisso arbitral a *litis contestatio*. A história revela que a arbitragem tem registros desde a Antiguidade, encontrando-se sua presença nos povos gregos (Tratado de Paz entre Esparta e Atenas de 445 a.C.) e nos povos romanos, os quais empregavam

[22] Para ilustrar, no ano de 2012, foram marcadas 336.123 audiências na Justiça Estadual; 11.446 na Justiça Federal; e 71.462 na Justiça do Trabalho. Destas, somente 295.175, 7.624, e 49.099 audiências foram realizadas, respectivamente (SPENGLER, 2014, p. 39-40).

[23] Em 2012, de 351.898 audiências realizadas, 175.173 acordos foram alcançados (SPENGLER, 2014, p. 40).

nas relações particulares. A arbitragem romana tem grande semelhança com os princípios constantes nas leis-padrão no instituto atual.

Por sua vez, o Brasil tem a arbitragem legalmente instituída desde a colonização portuguesa, sendo primeiramente prevista nas Ordenações Filipinas, seguida pelo Código Comercial Brasileiro de 1850, Lei nº 1.350/1866 e Código Civil de 1916. Ainda, destaca-se a presença da arbitragem nos Códigos de Processo Civil de 1939; 1973 e 2015, estando atualmente concretizada na Lei nº 9.307/96 (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 213-214).

Na Carta Magna brasileira, o instituto da arbitragem consagrou-se inicialmente na Constituição de 1946, sendo repetido na de 1967; EC 1969, e atualmente na de 1988. No plano internacional, verifica-se um crescimento decorrente da globalização econômica, o que contribuiu para revestir de importância os juízos arbitrais. Assim, a arbitragem teve como marco a aderência aos tratados e convenções internacionais, e a partir disso o Brasil se tornou mais receptivo ao instituto.

A Lei nº 9.307/97[24], portanto, substituiu o ineficiente modelo de "juízo arbitral", revestindo-o de caráter atual, disciplinando a convenção de arbitragem, a manifestação de vontade, adaptou o novo diploma aos textos legais conexos, explicitou o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados, a eficácia dos tratados internacionais e a postura ética dos árbitros. Destaca-se que a entrada em vigor da referida lei representou uma transformação que adveio em grande parte da

[24] O Projeto de Lei nº 7108/14, de autoria do Senador Renan Calheiros, transformado em Lei Ordinário nº 13.129/15, "altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996" (BRASIL, LEI 13.129/15).

sua importância diante das relações comerciais internacionais, modificadas pelo cenário mundial econômico, particularmente pela transnacionalização da economia e pela construção de blocos supranacionais[25].

Nesse rumo, a arbitragem constitui-se em uma estratégia de extrema importância, para a qual o Estado confere "faculdades jurisdicionais", como outorgar às decisões arbitrais força de coisa julgada, sem a necessidade de homologação das mesmas pelos tribunais estaduais[26] (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 214-218). No entanto, destaca-se que embora a arbitragem seja um instrumento particular para tratamento do conflito, desenhada para satisfazer aos interesses das partes, ela "[...] contains the essential elements of court adjudication – proofs and arguments are submitted to a neutral third party who has the power to issue a binding decision"[27] (GOLDBERG; SANDER; ROGERS; COLE, 2012, p. 303).

---

[25] Nessa mesma linha, Gabbay, Faleck e Tartuce (GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 92-93) assinalam que a Lei da Arbitragem trouxe significativas vantagens como: "(i) o reconhecimento da eficácia vinculante da convenção de arbitragem, ou seja, uma vez escolhida a arbitragem, não se pode ignorar a cláusula e levar o litígio ao Judiciário, sob pena de extinção do processo judicial, sem julgamento do mérito; (ii) a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, sem a necessidade de posterior homologação judicial da sentença proferida pelos árbitros. O julgamento na arbitragem não pode ser revisto pelo Judiciário".

[26] Nesse sentido, Keppen e Martins (KEPPEN; MARTINS, 2009, p. 96) afirmam que "o modelo tradicional de arbitragem considera processo voluntário aquele em que as partes submetem um conflito a uma terceira pessoa imparcial que tomará a decisão. Este modelo é o resultado de um arranjo contratual selado antes do início da controvérsia, ou após o surgimento da mesma, onde a arbitragem será substituída pelos procedimentos judiciais formais".

[27] Adicionam, ainda, Goldberg; Sander; Rogers; e Cole (2012, p. 304) que "arbitration differs from court adjudication, however, in that, unless the parties agree otherwise, the only pretrial discovery will be that mandated by the arbitrator. Additionally, the hearing is usually more informal than a court hearing, and the rules of evidence are not strictly applied". Tradução livre: "a arbitragem se diferencia da adjudicação judicial que a única descoberta pré-julgamento será determinada pelo árbitro, exceto se as partes pactuarem de

Apontam-se os fatores gerais que inspiraram o despertar do interesse no instituto da arbitragem[28]: a) vícios da via judiciária – o afogamento do Poder Judiciário somado à morosidade desestimulam a resolução de conflitos perante a Justiça tradicional; b) crescente complexidade dos negócios – reflexo da complexidade das relações sociais, o que exige/requer possibilidade/necessidade de utilização de pessoal técnico que desfrute de idoneidade profissional, como perito árbitros; c) natureza do procedimento arbitral – diverso do Poder Judiciário, não sobre as suas inconveniências, o que lhe confere, em tese, rapidez, neutralidade, especialização, confidência, flexibilidade e baixo custo; d) certeza da aplicação da norma desejada – em decorrência de que as partes acordam acerca do direito aplicável; e) crescente facilidade da execução das sentenças arbitrais.

Conceitua-se arbitragem como o meio pelo qual o Estado, ao invés de interferir diretamente nos conflitos de interesses, impondo a sua decisão, permite que uma terceira pessoa o faça, a partir de um procedimento e da observação de regras mínimas, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. Dessa forma, as partes, ao optarem pela arbitragem, afastam a jurisdição estatal, e substituem por outra estratégia de tratamento de conflitos, reconhecida e regulada pelo Estado, permitindo a execução das decisões proferidas, bem como sejam anuladas aquelas que não tenham observado um mínimo de

forma contraria. Em adição, a audiência é geralmente mais informação do que a judicial, e as regras no tocante às evidências/provas não são estritamente aplicadas".

[28] Para Goldberg; Sander; Rogers; e Cole (GOLDBERG; SANDER; ROGERS; COLE, 2012, p. 214) destacam-se como vantagens da arbitragem em relação ao processo judicial: "[…] expertise of the decision maker; […] finality of the decision; […] privacy of the proceedings; […] procedural informality; […] speed" (Tradução livre: "especialização do tomador de decisões; finalidade da decisão; privacidade do procedimento; informalidade e celeridade"). As mesmas vantagens também são indicadas por Scavone Junior (2010, p. 17-18), quais sejam: a) especialização; rapidez; irrecorribilidade; informalidade; e confiabilidade.

regras exigidas pelo legislador[29] (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 222-224).

O terceiro, denominado de árbitro[30], o qual deverá ser um técnico ou especialista no assunto em conflito para exarar parecer e decidir a controvérsia, tem total confiança das partes, recebendo delas autoridade suficiente para impor uma solução satisfatória. O árbitro é o juiz de fato e de direito, e a decisão por ele proferida – a qual é soberana – não está sujeita a homologação ou passível de recurso no Poder Judiciário (SALES, 2004, p. 42).

Indicam-se as seguintes características para a arbitragem: a) ampla liberdade de contratação – as partes definem o objeto de litígio e podem escolher até mesmo as regras de direito substantivo e adjetivo aplicável a ele; b) pode ser usada em qualquer controvérsia que envolva direito patrimonial disponível – tendo os envolvidos capacidade civil, podendo escolher livremente os árbitros a quem confiem para que deem tratamento ao litígio; c) permite ao árbitro disciplinar o procedimento caso não haja convenção neste sentido – permite uma maior celeridade no tratamento dos conflitos, bem como a exigência do sigilo do procedimento arbitral; d) transforma a sentença arbitral em título executivo judicial – o que a torna eficaz como sentença declaratória ou constitutiva (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 224-225).

Para levar a efeito a arbitragem, as partes podem escolher uma entidade em funcionamento, dedicada à atividade arbitral, ou

[29] Para Luchiari (LUCHIARI, 2012, p. 16), "a arbitragem é uma técnica de solução de conflitos que pode ser utilizada apenas quando o litígio versa sobre direitos patrimoniais disponíveis. E se trata de um método heterocompositivo, pois nele, um terceiro imparcial (o árbitro ou um tribunal arbitral), escolhido pelas partes (pessoas físicas ou jurídicas), profere uma decisão, que vincula as mesmas".

[30] De acordo com Morais e Spengler (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 242), o árbitro é toda pessoa maior e capaz que estando investido da confiança das partes é nomeado para tratar de um litígio prolatando uma decisão que permita a continuidade da relação entre as partes após o procedimento arbitral. A escolha do árbitro deve ser pautada pela imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

escolher um árbitro independente de uma instituição. Surge, portanto, a arbitragem avulsa ou *ad hoc* e a arbitragem institucional ou administrada – no modelo *ad hoc*, as partes definem o desenvolvimento da arbitragem, o qual poderá ser de direito ou de equidade, inclusive na escolha do árbitro para o caso; por sua vez, na arbitragem institucional, há uma instituição especializada em mediar e arbitrar litígios, com regulamento próprio e lista de árbitros, de conhecimento prévio das partes[31] (CAHALI, 2012, p. 102-107).

Assim, de um lado, a arbitragem tem como vantagens: a) maior celeridade e menor custo em comparação ao processo judicial; b) execução do laudo arbitral fácil; possibilidade de continuar executando o objeto do litígio enquanto se busca uma solução à controvérsia; c) desejo de manter as relações cordiais e de colaboração entre as partes, bem como a confidencialidade ou privacidade da controvérsia; d) facilitação da transação; e) evitar a submissão a tribunais estrangeiros, no caso da arbitragem internacional (GARCEZ, 2013, p. 120-135).

Por outro lado, elencam-se as seguintes desvantagens: a) pode ser mais moroso que a via judiciária; b) há a iminência de intervenção judiciária; c) em casos litigiosos de entendimentos extensivos, a arbitragem não é indicada; d) a carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos e imorais; e) ausência de neutralidade; e f) preexistência de ressentimentos entre as partes pode ser inconveniente diante da

[31] Morais e Spengler (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 225-227) apresentam outras espécies de arbitragem: 1) arbitragem de direito público e de direito privado – na primeira, a arbitragem é realizada entre estados, enquanto que na segunda os envolvidos são particulares; 2) arbitragem obrigatória e arbitragem voluntária – a diferenciação decorre da imposição ou não da arbitragem pelo Judiciário, o que não admite exceção; 3) arbitragem equitativa e arbitragem de direito – na primeira os árbitros são livres para decidir o litígio a eles submetido de acordo com o sentido comum, sem ter de manter-se unicamente na aplicação do direito, enquanto que na segunda há a previsão de que os árbitros decidirão em conformidade com os princípios estritamente jurídicos, julgando a partir do direito positivo; 4) arbitragem internacional e arbitragem nacional.

flexibilidade da arbitragem (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 246).

No Brasil, ainda há a necessidade de concretizar o instituto da arbitragem enquanto meio complementar de tratamento de conflito, o qual, embora tenha sido instituído por lei muito mais tarde que nos demais países que utilizam o referido método, e recentemente sofrido alterações, ainda é muito lenta a concretização da arbitragem no cenário comercial/empresarial, ficando restrita a sua utilização no âmbito internacional e grandes empresas nacionais. Apesar de apresentar vantagens de celeridade, liberdade das partes, sigilo e confiança na escolha do árbitro, a arbitragem não se destina a todo e qualquer conflito. Deve ser visualizada enquanto meio complementar a ser somado à mediação, à conciliação e aos demais que têm por escopo o adequado tratamento do conflito.

O NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DAS FORMAS COMPLEMENTARES DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: O ESTUDO DA MEDIAÇÃO COMO MEIO AUTOCOMPOSITIVO

Diante do aniquilamento do sujeito, da submissão ao poder, a da criação do inimigo, do estrangeiro e do aumento dos excluídos, a melhor resposta é a cooperação. A classe de cooperação substituindo a noção de classe operária, o devir cooperativo encarregado de produzir estilos de vida. O devir cooperativo é um ator social ativo, uma multiplicidade que atua diretamente, por fora de toda a ideia de representação. É um devir-auto-organizativo na resolução de seus conflitos comunitários. O devir cooperativo[32] não é representável e sua

[32] Adiciona, ainda, Warat (WARAT, 2010, p. 15-17), que a expectativa social se encontra a deriva. A exclusão social também está mundializada e, ao invés de desenvolvidos, estão todos envolvidos. A proposta é uma eco-política do desejo, ou seja, uma política da alteridade. Assim, deve-se apostar uma cultura de paz, de alteridade, de mediação, de amor. Em uma cultura que não alimente a soberba que logo vira estátua; uma cultura onde as estátuas tenham serventia

política é constituinte da democracia solidária, cooperativa direta, não limitada por nenhum princípio externo, por nenhuma transcendência, por nenhuma soberania que não seja coincidente com as próprias ações do devir cooperativo (WARAT, 2010, p. 35).

O que se deve fazer é construir algo diferente, cooperativo. Algo que tem que ser construído com as ferramentas do século XXI; novas condições de trabalho, novos papéis da política transformadora, revolucionária. Desterritorializar para voltar a territorializar. Deve-se buscar um denominador comum; atuar e intervir no conflito pelo diálogo. Assim, defende-se atuar e mediar, ou seja, atuar e produzir a constituição da comunidade, a qual produz a substância da dignidade humana e da vida.

Na mediação, a verdade do conflito é uma aposta em comum, uma verdade é uma ação cooperativa, pois as pessoas se transformam juntas dentro de seus próprios conflitos. Cabe ao mediador auxiliar as pessoas a redescobrir a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar-em-comum. A modernidade impôs às pessoas a necessidade de fazer tudo sozinhos, e agora o ser humano necessita aprender a fazer tudo em comum (WARAT, 2010, p. 37-39).

A mediação deve ser pensada não apenas como meio de acesso à justiça, o qual aproxima o cidadão e "desafoga" o Poder Judiciário. Deve ser compreendida enquanto meio de tratamento de conflitos não somente quantitativos, mas qualitativos, ou seja, um meio eficaz, cujo objetivo é proporcionar aos conflitantes uma reaproximação do problema, organizando o "tempo" e as "práticas" do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis (SPENGLER, 2010, p. 313).

Ao falar-se em mediação, deve-se compreender como um estar no meio entre dois polos diferentes, mas cúmplices e rivais

apenas para os pássaros; uma cultura de um pluralismo de resistências; e a resistência pode começar a ser exitosa quando as pessoas começarem a tomar conta de seus próprios conflitos, e de seus próprios desejos.

nos quais um depende do outro. Dessa forma, mediação indica um complexo de atividades voltado a ligar dois termos distantes, mas conexos entre si. Mediar significa religar aquilo que está desconexo justamente pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa (RESTA, 2014, p. 26).

Por essa razão, a mediação deve ser compreendida como ética da alteridade, a qual reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro, ou seja, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que rechaça o mínimo de movimento invasor em relação ao outro. Nessa ótica, "começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão", pois "cada um é interdependente e produto forçado de interações". E, "a sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos" (WARAT, 2004, p. 54-55).

A palavra mediação decorre do latim *mediare*, o que remete à ideia de mediar, dividir ao meio ou intervir (SALES, 2004, p. 24). Por conseguinte, mediação significa centro, meio, equilíbrio, traduzindo-se na ideia de uma terceira pessoa que se encontra entre as partes, não sobre, mas entre elas[33] (SPENGLER, 2010, p. 318). Nesse sentido, a mediação constitui-se em uma forma amigável e colaborativa de tratamento de conflitos que busca a resposta mais adequada ao conflito das partes. Ademais, "[...] é considerada um processo complexo que transcende o conflito a ser resolvido. Ela não apenas enquadra o conflito nas normas de direito preexistentes, mas também orienta as partes para a criação de normas relevantes e adequadas" (SALES, 2004, p. 24-25).

Portanto, a mediação é a arte da interpretação por excelência, preside a decifração das mensagens, decide sobre a compatibilidade linguística, significando a tradução de uma

[33] Conforme definem Goldberg, Sander, Rogers e Cole (2012, p. 121), "mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party". Tradução livre: "a mediação é uma negociação com o auxílio de uma terceira pessoa".

língua para a outra (RESTA, 2014, p. 28). Assim, para se falar em mediação, deve-se introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica, pois quando se aborda um conflito sob o viés jurídico, consideram-se seus efeitos jurídicos. "Desse modo o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro" (WARAT, 2001, p. 75-76).

A meta de mediação consiste em responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do seu litígio, unindo-os a partir de uma ética da alteridade; encontrar, com a atuação de um mediador, a garantia do sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e alcançando um consenso que atenda aos interesses de cada envolvido e conduza à paz social (SPENGLER, 2010, p. 322). Assim, "com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória" (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 132).

Por isso, tem-se como objetivos da mediação a solução dos problemas (aqui compreendida como tratamento do conflito); prevenção dos conflitos; inclusão social; e paz social. O tratamento do conflito se dá por meio do diálogo, no qual as partes interagem na busca de um acordo/resultado[34] satisfatório para ambas, possibilitando uma boa administração da dificuldade que existe para cada uma; a prevenção, por sua vez, ocorre diante do restabelecimento das ligações entre as pessoas ou criando vínculos até então não existentes, os quais impedirão a má administração de conflitos futuros.

Já a inclusão social por meio da mediação ocorre pela responsabilização das partes acerca de seus deveres e conscientização de seus direitos, permitindo e possibilitando uma

[34] Embora tenha-se o acordo como objetivo da mediação, deve-se salientar que a inexistência do acordo não significa que o processo de mediação restou inexitoso, pois consoante Keppen e Martins (KEPPEN; MARTINS, 2009, p. 84) destacam, "mesmo sem acordo ou reconciliação, a mediação ainda deve ser considerada um sucesso se ela causar crescimento moral, autoconhecimento e reconhecimento do outro".

maior participação de todos na sociedade e na realização de escolhas para a sua vida; e, a seu turno, a paz social é alcançada pela mediação por ser alternativa à violência e atingir o seu objetivo a partir do consenso e do atendimento das necessidades de cada envolvido no conflito (SALES, 2004, p. 27-34).

O conflito, pela utilização da mediação, pode ser tratado a partir do uso de uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia, motivo pelo qual Calmon (2015, p. 111) sustenta que "sem negociação não pode haver mediação". Ademais, afirma-se que a mediação eficaz se apoia nos princípios da negociação, considerada a primeira enquanto uma negociação assistida por um terceiro, denominado de mediador (MARTÍN, 2001, p. 326).

Da mesma forma, a mediação é passível de ser aplicada em diversos contextos[35]: mediação judicial; mediação no Direito do Trabalho; Direito de Família, em conflitos escolares, dentre outros, pois tem como norte restabelecer uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento (SPENGLER, 2010, p. 319). Nessa mesma linha, afirma-se que a mediação tem como ponto positivo a sua flexibilidade e a aplicação em uma variedade de tipos de conflitos, incluindo desde conflitos internacionais até opções de mediação formais em relações industriais, conflitos de vizinhança, etc. (KEPPEN, 2009, p. 83).

O procedimento da mediação caracteriza-se pela: a) privacidade – é desenvolvido em um ambiente secreto e somente será divulgado se for de vontade das partes; b) economia

[35] Pinho (2011, p. 278) sustenta que "a mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual é importante, sempre que possível, tentar a combinação de métodos". E, complementa, ao referir que "temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente, para os relacionamentos interpessoais continuados. Em outras palavras; havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (*business to business* – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (*business to person* – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (*person to person* – P2P)".

financeira e de tempo[36] – os conflitos tratados pela mediação tendem a alcançar um resultado em menor tempo do que se tivessem um trâmite judicial regular, o que, indiretamente, acarreta na diminuição dos custos; c) oralidade – a mediação constitui-se em um procedimento informal, no qual as partes têm espaço para dialogar e debater a fim de que juntas encontrem a melhor resposta ao seu conflito; d) reaproximação das partes – a partir de práticas dialogadas e consensuais, trabalha-se o conflito, restaurando as relações entre as partes e, por conseguinte, as reaproximando; e) autonomia das decisões: as decisões tomadas pelas partes, a quem compete a decisão, não necessitam de homologação judicial; f) equilíbrio das relações entre as partes – confere-se a todos os envolvidos igual oportunidade de fala e garante-se a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 132-135).

Os modelos de mediação apresentam diferenças específicas de estilos e técnicas, variando de acordo com o seu desenvolvimento para a realização dos objetivos e da obtenção do acordo[37] (GOLDBERG; SANDER; ROGERS; COLE, 2012, p. 122).

Diante disso, algumas escolas de mediação surgiram, cujas características de uma complementam a de outra. O primeiro modelo, denominado de método de Harvard, ou,

[36] Consoante afirma Kressel (KRESSEL, 2014, p. 819), “the record is more equivocal for mediation as an instrument for saving time and money. A few studies report appreciable savings for mediation compared to more adversarial methods, and mediation has been found to reduce court dockets and case overload for government agencies”. Tradução livre: “" O registro é mais ambíguo para a mediação como instrumento de economia de tempo e dinheiro. Alguns estudos relatam uma economia significativa para a mediação em comparação com métodos mais contraditórios, e a mediação reduziu súmulas judiciais e sobrecarga de processos para as agências governamentais".

[37] “Mediators’ strategies vary widely even if their goal for the mediation is the same – assisting the parties in reaching settlement (and their goals sometimes differ […]). Despite differences in approach or emphasis, experienced mediators tend to employ similar practices” (GOLDBERG; SANDER; ROGERS; COLE, 2012, p. 122-123).

também, de modelo tradicional, tem origem na Escola de Direito de Harvard e consiste em um terceiro que auxilia as partes a descobrirem os seus interesses, alcançando uma solução de ganhos mútuos (LUCHIARI, 2012, p. 24).

Suas principais características são: "a) diferenciar as pessoas do problema; b) direcionar focos nos interesses que estão ocultos por trás das posições; c) inventariar posições para benefício mútuo; d) criar critérios objetivos; e) eleger a melhor alternativa ao acordo feito" (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 143-144). Neste modelo, o mediador atua como facilitador de uma comunicação cujo objetivo é um acordo a partir da colaboração das partes, da integração de seus interesses e do seu comprometimento com o mesmo (GARCEZ, 2013, p. 59-62; LUCHIARI, 2012, p. 24).

No modelo transformativo, idealizado por Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, em 1994, "a mediação é um processo de intervenção que capta o potencial transformador do conflito e, desse modo, está a serviço de valores próprios de uma perspectiva relacional da sociedade" (LUCHIARI, 2012, p. 26). Seu foco está, portanto, no esforço de revalorização pessoal e reconhecimento do outro, a partir do auxílio aos conflitantes a obter o seu empoderamento – capacidade de administrar os seus próprios conflitos – e a sensibilidade mútua (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 143). O modelo de Sara Cobb, denominado de modelo circular narrativo, por sua vez, tem a comunicação como seu elemento chave, compreendida como um todo no qual estão duas ou mais pessoas e a mensagem que se transmite. O conflito é visualizado enquanto um descompasso entre as narrativas das partes, sendo objetivo da mediação desconstruir as velhas narrativas e permitir que novas possam ser construídas, com a obtenção, ou não, do acordo (LUCHIARI, 2012, p. 27).

A seu turno, o modelo avaliativo, apresentado por Kimberlee K. Kovach, utilizado nos EUA, deixa de centrar em técnicas de aproximação dos conflitantes, o que exige do mediador habilidades de comunicação e negociação, para se transformar em um procedimento com a matéria de fundo da

discussão, razão pela qual o mediador deve possuir conhecimento e experiência acerca do tema debatido (LUCHIARI, 2012, p. 29; CALMON, 2015, p. 125-127).

Esse modelo apresenta nove estágios básicos e outros quatro opcionais, quais sejam: a) arranjos preliminares – é o momento de preparo da sessão da mediação, quando devem ser feitos os acertos gerais como, por exemplo, a seleção do mediador, o procedimento adotado, as regras, o pagamento dos honorários e a forma de custeio pelos mediandos, cronograma das atividades, a coleta de informações das partes pelo mediador, bem como é a oportunidade para explicar como funcionará a mediação e esclarecer o objetivo do instituto; b) introdução do mediador – apresentação do mediador às partes, oportunizando, também, que as partes e seus procuradores o façam.

Posteriormente, deve ser descrito o procedimento detalhadamente para que todos conheçam o assunto discutido, bem como seja esclarecido o papel do mediador; c) depoimentos iniciais pelas partes – momento das partes para apresentarem, sem interrupções, os motivos que as trouxeram a situação, devendo, ainda, expressar argumentos em favor do seu ponto de vista. Trata-se da exposição livre das razões dos envolvidos, os quais são estimulados a apresentarem com tranquilidade seus problemas, aspirações e eventuais soluções já projetadas para o conflito; d) arejamento – oportunidade dada às partes para que possam expressar seus sentimentos ao grupo, aliviando frustrações e raivas, o que auxiliará na construção da resposta conjunta; e) obtenção de informações – em caso de insuficiência de informações prestadas pelas partes no estágio anterior, deve o mediador buscar as informações adicionais necessárias para que todos os envolvidos possam ter consciência do problemas e dos motivos que os levaram ao processo; f) identificação da causa – trata-se do reconhecimento, pelo mediador, do real motivo pelo qual as partes se encontram em conflito, o que possibilitará o avanço da mediação; g) acerto do cronograma – as partes ou o mediador podem optar por elaborar um novo cronograma de trabalho para as novas etapas; h) reuniões – além das sessões

conjuntas, podem ser realizadas sessões individuais com cada uma das partes; i) criação de opções – é o período no qual são formadas as ideias, opções e alternativas para responder ao conflito das partes; j) teste de realidade – simulação das opções propostas a fim de verificar o seu êxito; k) barganha e negociação – compete às partes alcançar a uma solução final do problema traduzido, o que se dá por meio da negociação; l) acordo – quando do sucesso do diálogo das partes, firma-se o acordo, a partir de um termo escrito, com o objeto do acordo e assinado pelas partes; m) fechamento – é a conclusão do procedimento a fim de simbolizar o término do conflito vivido pelas partes (MOORE, 2014, p. 197-215; GOLDBERG; SANDER; ROGERS; COLE, 2012, p. 123-128; MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 139-141; LUCHIARI, 2012, p. 32-35; SALES, 2004, p. 61-64; GARCEZ, 2013, p. 62-66).

Dessa forma, a mediação pode ser visualizada a partir de cinco estágios. O primeiro consiste na orientação dada aos envolvidos partes e na organização do espaço de reuniões. O segundo, por sua vez, consiste na reunião de abertura, com a identificação dos mediandos e na apresentação da mediação e do seu procedimento. O terceiro estágio ocorre após a definição do conflito, permitindo que reuniões privadas sejam realizadas. A seu turno, o quarto estágio compreende reuniões coletivas e privadas com o escopo de discutir avanços e possíveis propostas de resposta ao conflito. Por fim, o quinto estágio prevê o encerramento do processo de uma maneira positiva, resultando na redação do acordo, se exitosa a mediação (SPENGLER, 2016, p. 36-44).

A mediação, portanto, configura-se em um espaço de reencontro e possibilita uma resposta inovadora para a sociedade contemporânea, visando a autocomposição do conflito e o empoderamento das partes com a continuidade das relações que se prolongam no tempo[38]. No entanto, suscita resistência quanto a

[38] Kressel (2014, p. 819) observa que na mediação, "the most positive results are in terms of client satisfaction, settlement rates, and compliance. Thus, on the order of 70 to 90 percent of disputing parties who have tried mediation say

sua utilização e tem sido alvo de críticas pelos operadores do direito por ser um procedimento relativamente novo; por ser uma técnica não disciplinada por lei em alguns países; e, ainda, porque a verdade consensual se opõe à verdade processual, ou seja, trata-se de uma escolha das partes, com a ausência do juiz, na presença do mediador (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 149).

No Brasil, com a Resolução nº 125, instituiu-se a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, inserindo-se a mediação como método complementar. Entretanto, considera-se o marco legal da mediação no Brasil, a partir da compilação dos Projetos de Lei nº 517/11; 434/11; e 405/11, a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabelecendo, em seus 48 artigos, o procedimento de mediação, a mediação judicial e a extrajudicial, além da função do mediador e a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Conforme observado anteriormente, a legislação ora analisada corrobora com a mediação enquanto método complementar de tratamento de conflito, preservando suas características, o que era inexistente no ordenamento jurídico pátrio. A Lei nº 13.140/15 tem dois grandes avanços: o primeiro se refere à substituição da palavra "alternativo" por "adequado",

---

they were pleased with the process, and for those who fail to reach agreement in mediation, the satisfaction rate is tipically above 75 percent. These results compare favorably with public satisfaction with kindred services, such as the use of attorneys (66 percent) and the role of the courts (40 to 50 percent)". Tradução livre: "os resultados mais positivos são em termos de satisfação do cliente, as taxas de liquidação e cumprimento. Assim, na ordem de 70 a 90 por cento das partes que tentaram mediação dizem que estavam satisfeitas com o processo, e para aqueles que não conseguiram chegar a um acordo na mediação, o índice de satisfação é tipicamente acima de 75 por cento. Estes resultados se comparam favoravelmente com a satisfação do público com serviços afins, tais como o uso de advogados (66 por cento) e o papel dos Tribunais (40 a 50 por cento)".

evitando a confusão de termos, tendo em vista que alternativo pode confundir com "justiça alternativa" e não ser compreendida enquanto "alternativa" para a jurisdição, sinônimo de outra estratégia/possibilidade/opção para abordar o conflito na atualidade. Como segundo avanço, destaca-se a proposição da mediação entre particulares e composição de conflitos no âmbito da administração pública, o que diferencia a mediação da conciliação, negociação e demais institutos (SPENGLER, 2016, p. 123-124).

Nesse sentido, a nova lei, pela primeira vez, define a mediação, trazendo o conceito no parágrafo único do artigo 1º, como "[…] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia". Por sua vez, o artigo 2º estabelece que a mediação será orientada pelos princípios da: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; e VIII - boa-fé. Ademais, a consensualidade da mediação resta clara no parágrafo segundo do mesmo artigo, ao esclarecer que "ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação" (BRASIL, 2015).

A Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, a qual institui o CPC, com vigência a partir de 2016, trouxe, também, em seu texto legal, meios consensuais de tratamento de conflitos. Tem, em seu artigo 2º, nos parágrafos 2º e 3º, que "§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos", e, "§ 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". Da leitura dos parágrafos acima, compreende-se que "a proposta do novo CPC não é tornar obrigatória a mediação ou a conciliação, mas estimulá-la. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo quando já ajuizada a ação" (SPENGLER,

2016, p. 103).

O CPC reserva atenção aos institutos da conciliação e da mediação, nos artigos 165 a 175. No tocante à mediação, volta-se, de forma especial, para a atividade praticada dentro do Poder Judiciário, o que não exclui a mediação prévia ou, ainda, a possibilidade de utilização de outros métodos de tratamento de conflitos, assim como a conciliação ou mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por meio de profissionais independentes (PINHO; PAUMGARTTEN, 2015, p. 23-24). Para isso, estabelece em seu artigo 165 que "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" (BRASIL, 2015).

O artigo 165, em seus parágrafos[39], traz, de forma inovadora, a diferenciação da atividade do conciliador e do mediador, o que auxilia na divulgação de ambos; delimita o papel desempenhado por mediadores e conciliadores, que sofre confusão e mau uso pelas pessoas quanto ao método adequado; e, ainda, determinada a gama de conflitos que podem ser tratados por cada instituto, bem como as melhores técnicas para serem utilizadas (SPENGLER, 2016, p. 105).

No entanto, embora tenham avanços, há ressalvas, pois embora a mediação seja uma ferramenta útil, a sua aproximação com o Direito, acarreta, por conseguinte, no afastamento da sua essência, pois "se torna instrumento a compatibilizar o dogma da

[39] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

efetividade da atividade jurisdicional, e passa a ter o dever de funcionar direcionada à justiça" (PINHO; PAUMGARTTEN, 2015, p. 28).

Por isso, em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, compreende-se, consoante discorre Warat (2001, p. 88), que a mediação é a sua melhor forma de realização, pois as suas práticas configuram-se em um instrumento de exercício de cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a tomar decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. A autonomia, a democracia e a cidadania estão presentes na capacidade das pessoas de se autodeterminarem em relação aos outros; autodeterminarem-se na produção da diferença[40]. A mediação, portanto, tem a capacidade de promoção humana, de tornar o ser humano cada vez mais humano[41] (KEPPEN; MARTINS, 2009, p. 84).

Trata-se de um procedimento que se realiza com o terceiro catalisador do conflito, comprometido com a pacificação social e

[40] Nessa ótica, adiciona Martín (2011, p. 351) que "a mediação nos permite melhorar nossa própria formação integral (intrapessoal) de vez que se converte em um mecanismo interrelacional (interpessoal, intragrupal e intergrupal), desembocando em uma cultura social que aspira a incorporar a dimensão relacional entre pessoas, grupos e comunidades".

[41] Como salienta Kovach (2005, p. 305), "mediation offers a number of potential benefits that are unavailable in traditional methods of dispute resolution. Mediation's relatively informal and flexible process allows the mediator and participants to take different approaches to creative problem solving. In providing an accelerated resolution, mediation quite often saves parties time and money. Moreover, in reaching a resolution, mediation parties can often avoid much of the emotional drain from engagement in continual conflict". Tradução livre: "a mediação oferece um número potencial de benefícios que são indisponíveis para os métodos tradicionais de resolução de conflitos. O processo relativamente informal e flexível da mediação permite ao mediador e aos participantes diferentes abordagens para soluções criativas ao problema. Ao possibilitar uma resposta mais rápida ao problema, geralmente a mediação economiza tempo e dinheiro das partes. Ademais, ao alcançar uma solução, as partes podem evitar o desgaste emocional de um conflito a longo prazo".

a busca consensual da resposta ao conflito por meio do diálogo das partes, o que requer seja observado quando da implementação de políticas públicas, como o caso brasileiro.

CONCLUSÃO

O tratamento do conflito tem um papel, inclusive em zonas de guerra, de construção e solidificação da paz em comunidades divididas, como elemento essencial do engajamento humanitário. Igualmente, configura-se em uma ferramenta de desenvolvimento, justiça social e transformação social, pois permite a evolução do ser humano quando compreendido e administrado o conflito. Por outro lado, quando não gerenciado devido à má compreensão de seus limites e da existência do outro – ausência da alteridade, instrumentos de tratamento de conflitos devem ser utilizados a fim de possibilitar que esse encontro de ideias, valores e interesses possa transformar as estruturas sensíveis às dinâmicas das relações humanas.

No conflito institucionalizado, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, decidi-lo, seja por meio de uma sentença, prolatada por um magistrado ou, como é o caso da abordagem ora realizada, de meios complementares que atendam às especificidades do litígio apresentado. Assim, o surgimento das formas de tratamento dos conflitos decorre não somente da busca por alternativas à incerteza do direito, à lentidão/morosidade do processo e aos altos custos, mas, principalmente, em satisfazer aos interesses e necessidades daqueles que se encontram em situação conflituosa. No Brasil, esse reconhecimento é verificado na política pública judiciária – Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça –, instituindo a mediação e a conciliação como métodos voluntários e autocompositivos. Insere-se, também, a Lei nº 13.105/2015, a qual instituiu o novo Código de Processo Civil e disciplinou a mediação dentro do processo civil –, disposta em 19 artigos, cujo escopo é introduzir a mediação e a conciliação como meios autocompositivos de acesso a uma ordem jurídica justa e eficaz,

dedicada à prevenção e solução pacífica dos conflitos, bem como a Lei nº 13.140/2015, a qual disciplina a mediação judicial, a mediação extrajudicial e introduz a mediação na Administração Pública.

A mediação, enquanto política pública de tratamento do conflito mais ajustado às partes interessadas, cumpre seu papel a partir de um mediador que exerça sua função em conflitos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em debate, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, construir, por si próprios, respostas consensuais que gerem benefícios mútuos, motivo pelo qual o reconhecimento dos interesses envolvidos e das relações entre as partes realizada pela mediação satisfaz adequadamente a resposta ao conflito, empoderando e resgatando a autonomia das pessoas nele envolvidas.

Verifica-se, com o estudo e com as experiências iniciadas no Brasil em 2010 e solidificadas a partir de 2015 com os dois instrumentos legais mencionados anteriormente, que a institucionalização de métodos de tratamento de conflito acarreta na possibilidade de engessamento do processo, que se desenvolve de forma espontânea e que é buscado voluntariamente pelas partes interessadas. Além disso, há o receio de que o procedimento obrigatório não atenda aos interesses das partes, mas sim, única e exclusivamente, corresponda aos interesses dos Tribunais em reduzir seu volume de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALFINI, James J.; PRESS, Sharon B.; STULBERG, Joseph B. **Mediation Theory and Practice**. Danvers: LexisNexis, 2013.

AUERBACH, Jerold S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma de Azevedo; Ivan Machado Barbosa (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, v. 4. pp. 43-64.

BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Josesph P. **A History of Alternative Dispute Resolution.** The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

BRASIL. **Lei 13105 de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. **Lei 13140 de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem.** 2 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La Seguridad como Fundamento de la Deriva del Derecho Penal Postmoderno.** Madrid, Iustel, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 25 ago. 2014.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. Justiça Restaurativa: um descobramento do Direito Fraterno na comunidade. **In: Mediação de Conflitos & Justiça**

Restaurativa. (Orgs.) Fabiana Marion Spengler e Marli Marlene Moraes da Costa. Curitiba: Multideia, 2013. pp. 153-168.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim.** Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FREY, Martin A. **Alternative Methods of Dispute Resolution**. New York: Delmar Cengage Learning, 2003.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios Alterativos de solução de conflitos.** Rio de Janeiro: editora FGV, 2013.

GARCEZ, José Maria Rossani. *ADRS:* **Métodos Alternativos de Solução de Conflitos:** análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and other Processes.** 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2012.

HENSLER, Deborah R. Science in the Court: is there a role for alternative dispute resolution? **In: Law and Contemporary Problems**. Summer 1991. pp. 171-193.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos.** Negociação, Mediação, Levantamento de Fatos, Avaliação Técnica Independente... Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

KOVACH, Kimberlee K. Mediation. **In: The Handbook of Dispute Resolution.** (Orgs.) Michael L. Moffitt; Robert C. Bordone. San Francisco: Jossy-Bass, 2005.

KRESSEL, Kenneth. The Mediation of Conflict: context, cognition and practice. **In: The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice.** (Orgs.) Peter T. Coleman; Morton Deutsch; Eric C. Marcus. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial.** Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Ana Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MARTÍN, Nuria Belloso. A Mediação: a melhor resposta ao conflito? **In: Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. (Orgs.) Fabiana Marion Spengler e Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí, 2011. pp. 317-355.

MOORE, Christopher W. **The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict.** San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem.** Alternativas à Jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. **In: Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais.** (Orgs.) Fabiana Marion Spengler e Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí, 2011. pp.267-296.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Desafios para a Integração entre o sistema

jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a Justiça Brasileira? *In:* **A Mediação no Novo Código de Processo Civil.** (Coords.) Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja; Samantha Pelajo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 4 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.

SHAMIR, Yona. Alternative Dispute Resolution Approaches and Their Application. *In: UNESCO* – **Technical Documents in Hydrology**. N. 7. 2003. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001332/133287e.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**. Por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos da Mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos:** da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador.** V. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OS CONFLITOS INTERNACIONAIS E A CRIAÇÃO DA LIGA DAS NAÇÕES: UM ESTUDO SOBRE A PRIMEIRA TENTATIVA MUNDIAL DE LIMITAR O FENÔMENO DA GUERRA

Gilmar Antonio Bedin[259]
Aline Michele Pedron Leves[260]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade internacional moderna, nascida com a assinatura dos Tratados da Paz de Westfália, em 1648, adquiriu contornos mais nítidos a partir da segunda metade do século XIX. Neste sentido, pode-se afirmar que foi a partir desse momento histórico que as noções relativas à autonomia e à soberania absoluta dos Estados se consolidaram e alcançaram, no âmbito das relações exteriores, sua forma mais ilimitada, equivalente à liberdade anárquica e conflituosa do estado de natureza. De fato, foi naquele período histórico-social que o poder dos Estados demonstrou claramente toda a sua força e, em consequência,

[259] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com Pós-Doutorado pelo Instituto de Estudios Avanzados da Universidade de Santiago de Chile (IDEA/USACH). Professor dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) e da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (*Mundus*). E-mail: gilmarb@san.uri.br;

[260] Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. Bolsista Integral de Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (*Mundus*). Advogada (OAB/RS). E-mail: aline.leves@sou.unijui.edu.br.

provocou uma série de disputas entre os grandes impérios. Estas controvérsias envolviam tanto a conquista de territórios como a expansão do poder de influência sobre o mundo. O resultado de tal processo foi, justamente, a deflagração da Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

Entender esse processo é fundamental. O ponto de partida foi a afirmação da noção de soberania. Neste sentido, deve-se reconhecer que, no mundo moderno, esse é o elemento central. Isso, pois, desde a Paz de Westfália, a sociedade internacional passou a ser constituída pelo poder de diversos Estados soberanos e, portanto, por um conjunto de centros de poder. O desfecho foi a consolidação de um quadro de disputa permanente e tendente à violência e à guerra de forma constante. Com efeito, o conflito que eclodiu em 1914 – a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) – assinalou a dissolução do equilíbrio de poder entre as potências europeias e trouxe consigo uma série de consequências que dificultaram a manutenção da paz e da segurança na sociedade internacional moderna. Nesse mesmo período, ocorreu uma verdadeira estagnação dos processos de internacionalização da economia ou da primeira onda da globalização, iniciada em 1870[261].

A Primeira Guerra Mundial foi um acontecimento importante desse processo de ruptura econômica. É que, desde 1870, o significativo avanço do comércio entre as diversas regiões do mundo, em virtude da criação do navio a vapor e do telégrafo, tornou-se relevante. Essa transformação impulsionou, então, a competição entre os grandes impérios pelo mercado mundial e, por conseguinte, provocou constantes disputas por poder e riqueza. São essas rivalidades que conduziram o mundo para a Primeira Grande Guerra. O resultado desse megaconflito bélico foi muita destruição, a perda significativa de vidas humanas, bem como uma economia fragilizada e voltada para o

[261] Talvez seja mais adequado denominar esse primeiro ciclo de expansão econômica como internacionalização da economia. Mas também é possível nomeá-lo como primeira onda da globalização (BANCO MUNDIAL, 2003).

protecionismo. Isso acarretou uma grande crise econômica e, na sequência, a grande depressão de 1929. Assim, estavam dispostas as condições políticas e econômicas para o renascimento do nacionalismo na Europa. A expressão mais radical deste recuo nacionalista foi a afirmação do fascismo e do nazismo.

Compreender essa grande regressão é um passo fundamental para a compreensão do modelo clássico da sociedade internacional. Isso porque foi um período histórico marcado pelas formas mais expressivas do poder dos Estados soberanos, livres de qualquer mediação institucional[262] nos moldes atuais da ONU. Essa conformação teve início em 1648, com a chamada Paz de Westfália, e chegou até 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas. Nesse sentido, o presente artigo estuda a formação da sociedade internacional moderna, seu período mais violento e destaca, por fim, os limites da possibilidade de construção de instituições mediadoras de conflitos e da afirmação do Direito Internacional. Nesse sentido, a investigação tem como problema o questionamento: por que o Direito Internacional Moderno falhou no estabelecimento efetivo de uma paz duradoura no contexto social após a Primeira Guerra Mundial? A hipótese central da pesquisa reside no fato de que em um quadro marcado pelo livre exercício das soberanias estatais absolutas não é possível conter a guerra de forma duradora. Esse é um dos elementos estruturais que levaram ao fracasso da criação da Liga das Nações (LDN), assim como as grandes ausências de Estados importantes na sua composição, a falta de mecanismos de sanção na estrutura institucional da LDN e o seu caráter não universal.

[262] Em 1865, por exemplo, já havia uma das mais antigas Organizações Internacionais (OI): a União Internacional de Telecomunicações. Além disso, também houveram conferências internacionais ao longo do século XIX que, embora não representassem uma institucionalidade concreta no que se refere a constituírem uma OI, eram um embrião do regime jurídico internacional em diferentes matérias, como as Conferências de Haia sobre meios pacíficos de solução de controvérsias de 1889 e 1907. Contudo, neste período histórico se verifica uma ausência de institucionalidade universal, nos moldes da ONU, capaz de mediar os conflitos entre os Estados soberanos.

O presente artigo científico está estruturado em duas seções e tem como objetivo geral discutir os limites e as causas de a Liga das Nações não ter prosperado, na sociedade internacional moderna, para estabelecer um cenário de paz mundial. Especificamente, a primeira seção objetiva analisar alguns aspectos históricos da afirmação dos Estados soberanos, as relações típicas da era moderna e os mecanismos que contribuíram para a deflagração da Primeira Grande Guerra. A segunda seção, por sua vez, visa abordar as consequências do confronto armado típico da era moderna, demonstrando as limitações desse período histórico, dominado por soberanias absolutas, e a busca pela concretização de uma ordem mundial pacífica e duradoura por meio da criação da Liga das Nações.

Justifica-se que a temática apresentada neste estudo é relevante para o debate acadêmico, uma vez que a teoria histórica do Direito Internacional e, em especial, das instituições internacionais são centrais para a compreensão de como as relações interestatais da sociedade contemporânea funcionam e avançam cooperativamente na busca pela paz mundial e para a superação dos desafios nesse sentido. Além do mais, o histórico das relações internacionais modernas deve ser tema de permanente investigação, por ser a principal fonte das abordagens teóricas que dão pretensão acadêmico-científica ao campo de análise. Metodologicamente, neste trabalho exploratório e de abordagem qualitativa, foram empregados o método científico hipotético-dedutivo, com o procedimento da técnica de pesquisa bibliográfica, pois propõe uma revisão literária pertinente ao tema proposto.

A SOCIEDADE INTERNACIONAL MODERNA E A PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

A forma de organização da sociedade internacional moderna (ou clássica) remonta à origem do Estado e se fundamenta, primordialmente, no conceito de soberania. Para Raphael Carvalho de Vasconcelos “a concepção atual de direito

internacional se configurou a partir da modernidade e sua compreensão se relaciona intimamente com a estrutura europeia de Estados"[263]. Desse modo, o início da era moderna e a afirmação da igualdade jurídica interestatal, diante da consolidação do princípio da soberania, foram marcados pela assinatura dos tratados internacionais da Paz de Westfália[264] que encerraram a Guerra dos Trinta Anos[265], a qual perdurou de 1618

[263] VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ciência Política e o Direito Internacional Contemporâneo: entre compreender e modular. *In*: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - SBDI.* Ano CV, jul./dez. 2019, nº 146-150, v. 107. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI, 2019. p. 17-18.

[264] A Paz de Westfália (1648), composta por um conjunto de tratados, configura-se como o primeiro acordo internacional que afirmou a centralidade política do Estado moderno e estabeleceu os princípios norteadores da soberania estatal, da não intervenção e da separação entre as ordens políticas e religiosas. A partir deste grande marco histórico divisor de águas entre a Idade Média e a Modernidade, ocorreu o reconhecimento da pluralidade de Estados nacionais e independentes situados na Europa, livres de quaisquer vínculos de dependência ou de subordinação. Portanto, os tratados westfalianos, que solaparam o medievalismo e negaram a supremacia do império da Igreja, se configuram como os pilares de sedimentação do Direito Internacional Moderno enquanto um sistema jurídico baseado na soberania absoluta e indivisível dos Estados, os quais assumem o centro da articulação política da sociedade internacional moderna (BEDIN, 2001, p. 159-162; MENEZES, 2005, p. 38).

[265] Foi uma das mais longas e cruéis guerras centradas na Europa e que envolveu praticamente todos os Estados europeus em um conflito dinástico-religioso, travado por exércitos providos de poderes devastadores. Em princípio, a Guerra dos Trinta Anos localizou-se na parte central europeia, mais especificamente, no território do Império Alemão. Essa guerra, iniciada em 1618, foi a consequência direta do episódio em que o Sacro Império Romano-Germânico tentou aniquilar com os protestantes da Boêmia. Pouco a pouco, o conflito foi se generalizando em virtude de uma série de disputas de ordem econômica, territorial, política e religiosa. Com o término do conflito bélico, em 1648, saíram vitoriosos: a França, a Suécia e os Estados protestantes, e perderam a guerra: a Espanha, o Sacro Império Romano-Germânico e a Santa Sé. Evidencia-se que houve um longo período de negociações diplomáticas entre os Estados soberanos que protagonizaram a guerra, durante o qual os conflitos assumiram uma dimensão ainda mais intensa, visto que cada nação buscava uma melhoria de condições. Por fim, a

a 1648 e dizimou milhares de pessoas em virtude das rivalidades dinásticas, religiosas, territoriais e comerciais entre as diversas nações europeias. De acordo com Philip Bobbitt, "da anarquia que caracterizou os derradeiros estágios da Guerra dos Trinta Anos, emergiu uma sociedade de Estados dotada de maior solidez e coerência"[266], visto que o escopo principal dos tratados westfalianos consistia no estabelecimento, mesmo que de forma bastante conservadora, de uma paz duradoura no panorama das relações internacionais, a qual se concretizava, inicialmente, por meio das sistemáticas formas de atividades estatais bélicas ou diplomáticas.

A lógica moderna de Westfália, assentada sobre os pressupostos da soberania absoluta e indivisível dos Estados independentes que se consolidavam livres de qualquer subordinação, não conferia igualdade aos povos e, consequentemente, guiava-se por um conjunto de normas de mútua abstenção do Direito Internacional, formalizadas em 1648, as quais se pautavam nas razões de Estado e no sistema de equilíbrio de poder. Nessa conjuntura, os interesses estatais deveriam sempre prevalecer em relação àqueles de outras entidades políticas ou grupos, sendo o emprego da violência um recurso legítimo para assegurá-los. Então, enquanto os Estados se afirmavam como unidades políticas centrais da sociedade internacional, as disputas interestatais passaram a ser resolvidas através do uso da força, isso porque inexistia um poder soberano superior comum capaz de solucionar pacificamente ou de mediar as relações anárquicas e conflituosas inerentes da modernidade. Foi justamente por isso que esse momento histórico se configurou como uma espécie de selva, onde todos os Estados detinham

Guerra dos Trinta Anos culminou com a assinatura da Paz de Westfália (BEDIN, 2001, p. 167-171).

[266] BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna:* o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 477.

plena liberdade para fazer aquilo que julgavam ser verdadeiramente mais favorável aos seus interesses[267].

Em decorrência desse fato, Bedin observa que, na sociedade internacional moderna, "o único recurso aceito pelos Estados soberanos como legítimo para o estabelecimento de um cenário de paz duradoura era o sistema de equilíbrio ou balança de poder"[268], por meio do qual o poder de cada nação acabava por limitar a força das demais, estabilizando, de certo modo, as relações internacionais "como um substituto de uma autoridade supranacional inexistente"[269]. O equilíbrio de poder era, pois, a única estratégia possível para buscar estabelecer um cenário de paz, ainda que de forma precária. Mas sempre gerava descontentamentos e, portanto, novos conflitos e nova guerras[270].

Desse modo, os conflitos se renovavam na medida em que os Estados se fortaleciam e a busca pelo poder se projetava sobre outros territórios e povos vizinhos. Essa foi uma estratégia bastante presente no decorrer da história civilizacional. Diante desse fato, pode-se afirmar que a natureza humana tem uma propensão não apenas voltada para uma vida pacifica, mas, inclusive, para o uso da violência e para a realização de atos de conquista. Esse é, também, um elemento muito presente na sociedade internacional moderna. Por isso, a livre convivência

---

[267] BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica:* aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 57. / LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *In*: MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012. p. 247.

[268] BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 352.

[269] MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais.* Lisboa: Almedina, 1996. p. 62.

[270] É exatamente por isso que o equilíbrio de poder esteve sempre em constante movimento. No período da Sociedade Internacional Clássica ou Moderna (1648-1945) existiu, pelo menos, quatro momentos políticos em que foi possível constatar o sistema de equilíbrio de poder, quais sejam: o Sistema de Westfália, o Sistema de Viena, o Sistema de Versalhes e o Sistema de Yalta (BEDIN, 2011, p. 58).

das soberanias produz, em um certo sentido, uma luta constante pelo poder e, com isso, algo que Hobbes definiu como um cenário de "guerra de todos contra todos"[271].

Esse panorama consiste em uma marca fundante da sociedade internacional moderna. Isso justifica sua instabilidade e sua propensão para o conflito, pois, em sua estrutura, inexistiam instituições comuns acima dos Estados nacionais. Neste sentido, a sociedade internacional moderna é composta por um verdadeiro mar de grandes *leviatãs*, permanentemente predispostos à guerra[272]. Diante disso, destaca-se, também, a propensão dos Estados em defender os interesses nacionais. Assim, o único recurso disponível para a produção da paz nessa sociedade internacional era o sistema de equilíbrio de poder. Tais fatos permitem a caracterização da sociedade internacional desse momento como um hipotético período de guerra permanente e no qual seus dirigentes devem permanecer em uma "contínua postura de vigília, com as armas em punho, com as fronteiras fortificadas, os canhões apontados para todos os países que os cercam e dispostos a ampliar seu território e a se apossar dos bens dos demais Estados sempre que possível"[273].

Isso significa que, durante a sociedade internacional moderna, as relações entre os Estados apresentaram particularidades típicas de uma estrutura anárquica, repleta de potências soberanas absolutas, que detêm enormes dificuldades para estabelecer um conjunto de regras jurídicas capazes de organizar uma convivência pautada no direito e em sistemas políticos de referências comuns. Com efeito, esse cenário

[271] HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2019. p. 47.
[272] HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2019. p. 50.
[273] BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 161.

formado por Estados soberanos independentes demonstra que a recorrência à guerra consiste em um instrumento legítimo das relações políticas entre as unidades centrais da modernidade, caracterizando-se por ser o "único meio pelo qual cada [um deles] pode, em última instância, defender os seus interesses vitais"[274]. Neste sentido, é coerente a afirmação de Carl Von Clausewitz de que a guerra consiste em um instrumento político, ou seja, na realização das relações políticas por outros meios, que se traduz através do exercício da violência armada para eliminar a vida humana e qualquer outra forma de resistência[275].

Além disso, pode-se afirmar que, nesse panorama, a convicção de que os fins justificam os meios, elaborada a partir da obra "*O Príncipe*"[276], de Nicolau Maquiavel, tem uma grande relevância, levou os governantes a pautar suas ações pelas razões do Estado. Essa condição levou a humanidade a presenciar situações de extrema violência e de crimes considerados como bárbaros. Tal possibilidade foi ampliada com as transformações dos meios de produção, de comunicação e de transporte pela Revolução Industrial. De fato, essas mudanças geraram mais riqueza e poder para os Estados do continente Europeu, o que permitiu o estabelecimento de Impérios com alcance verdadeiramente mundial.

Tem origem, então, uma nova forma de conflitos. É que a busca competitiva dos Estados pelos novos mercados em formação se dava de modo bastante desordenado e sem limites. Assim, as disputas passaram a incorporar, de forma mais clara, fluxos comerciais, migratórios e de capitais. Essa é uma mudança significativa e que deu origem ao primeiro processo de internacionalização da economia ou, também conhecido como, a primeira onda da globalização. Isso porque, conforme as

[274] WIGHT, Martin. *A política de poder*. Tradução de Carlos Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1985. p. 84.

[275] CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. Tradução de Maria Tereza Ramos. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

[276] MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2013.

estatísticas do Banco Mundial, "antes de 1870, nenhum desses fluxos era grande o suficiente para justificar o termo globalização"[277] e, portanto, um novo horizonte de possibilidades foi inaugurado. Então, o que até naquele momento se caracterizava como um conjunto de economias separadas, começou a se integrar. Por conseguinte, ao passo em que o estímulo dos custos decrescentes dos transportes tornava-se expressivo com a substituição do barco à vela pelos navios a vapor e com a expressiva redução das barreiras tarifárias, a economia se globalizava.

Esse processo perdurou de 1870 a 1914 e, além das novas técnicas de produção, se alicerçava no cultivo de produtos agrícolas em terras abundantes e no transporte de produtos entre longas distâncias. Neste contexto, destaca-se que a produção de *commodities*[278] exigia um elevado número de trabalhadores e que isto levou a migração de sessenta milhões de pessoas do continente europeu para a América e a Austrália. Com esse movimento, a renda *per capita* mundial praticamente dobrou, mas acabou se concentrando nos países mais voltados para a produção industrial[279]. Foram estes países que se tornaram grandes Impérios e acabaram entrando em conflitos e lutando a Primeira Guerra Mundial (1914-1918)[280].

---

[277] BANCO MUNDIAL. *Globalização, Crescimento e Pobreza:* a visão do Banco Mundial sobre os efeitos da globalização. São Paulo: Futura, 2003. p. 45.

[278] Termo proveniente da língua inglesa que, originariamente, remetia-se a qualquer mercadoria. No entanto, essa expressão passou a ser utilizada para referir-se às transações econômicas e comerciais dos produtos de ordem primária na bolsa de valores.

[279] BANCO MUNDIAL. *Globalização, Crescimento e Pobreza:* a visão do Banco Mundial sobre os efeitos da globalização. São Paulo: Futura, 2003.

[280] De fato, os Estados iniciaram a guerra eram grandes Impérios. De um lado, os aliados ou Tríplice Entente, composto pelo Império Britânico, pelo Império Russo e pela França. De outro, estavam o Império Austro-Húngaro, o Império Alemão e o Reino da Itália (que depois acabou mudando de lado) e, ainda, estes países contavam com o apoio do Império Turco Otomano, aliado à Alemanha contra a Rússia.

O núcleo do conflito foi, com efeito, a necessidade de alguns Estados soberanos – principalmente da França, da Alemanha e da Áustria – de superar o quadro existente de estagnação econômica interna por meio das conquistas imperialistas externas. Essa conquista visava, principalmente, ocupar os territórios das colônias ricas em matérias-primas e, com isto, impulsionar o seu desenvolvimento econômico, militar, industrial e comercial. Apesar de não ter sido uma guerra longa, a Primeira Guerra Mundial modificou, significativamente, as noções cartográficas e o destino de vários países da Europa. Além disso, destruiu vários Impérios e levou à morte de aproximadamente 10 milhões de pessoas. A quantidade de vítimas se deve às novas tecnologias empregadas – aviões, tanques, metralhadoras, submarinos – e sua forma: uma guerra que envolveu também a população civil sem qualquer tipo de restrições[281]. Além disso, pode-se dizer que de 1914 a 1918 a guerra foi reinventada, pois foi uma das primeiras vezes que um conflito bélico envolveu civis. Nesse sentido, conforme destaca o historiador Martin Gilbert, houve duas guerras:

> A primeira foi uma guerra de tropas de Infantaria, Marinha e Força Aérea, de marinheiros e de populações civis sob ocupação, em que o sofrimento individual e a angústia atingiram uma escala enorme, em particular nas trincheiras da linha de frente. A segunda foi uma guerra de gabinetes de guerra e de soberanos, de propagandistas e idealistas, repleta de ambições e ideais políticos e territoriais, que determinaram o futuro dos impérios, nações e povos, de modo tão contundente quanto no campo de batalha. Houve momentos, particularmente em 1917 e 1918, em que a combinação da guerra dos exércitos com guerras das ideologias conduziu à revolução, à

[281] GILBERT, Martin. *A Primeira Guerra Mundial:* os 1.590 dias que transformaram o mundo. Tradução de Francisco Paiva Boléo. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2017. p. 76.

> capitulação e à emergência de novas forças nacionais e políticas.[282]

Assim, a guerra ganhou novos contornos e foi suficiente para inspirar, confundir e perturbar o início do século XX. Com isto, estavam estabelecidas algumas condições fundamentais para a geração de novas formas massificadas do uso da violência e a emergência de nacionalismos extremados. No coração deste processo estavam os novos meios de produção e as inovadoras tecnologias de guerra. A principal disputa era por matéria-prima necessária para a revolução em andamento e, portanto, pela busca de ampliação das fronteiras geográficas e do aumento do poder. Essas competições se mantiveram nos próximos vinte anos e, por isso, a instabilidade foi permanente. Neste período, os Estados acumularam poder e se prepararam para uma nova guerra. Com esse cenário consolidado, novas tecnologias foram desenvolvidas e o poder destrutivo das nações foi ampliado como em nenhum outro momento da história. O resultado foi, justamente, um quadro crescente de tensionamento e a Segunda Guerra Mundial.

A LIGA DAS NAÇÕES E A BUSCA PELA MANUTENÇÃO DA PAZ

A Primeira Guerra Mundial durou quatro anos e seu fim começou a ser negociado com o armistício entre as alianças opostas em 11 de novembro de 1918. As negociações foram longas e somente concluídas em 1919, com a assinatura do Tratado de Versalhes, em 28 de junho daquele ano. Esse tratado foi imposto à Alemanha, vencida na guerra, e regulou importantes questões de ordens econômico-financeiras, militares e territoriais[283]. O Tratado de Versalhes pôs fim à Primeira

[282] GILBERT, Martin. *A Primeira Guerra Mundial:* os 1.590 dias que transformaram o mundo. Tradução de Francisco Paiva Boléo. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2017. p. 11.

[283] O Tratado de Versalhes foi o resultado de um ultimato dado pelos Aliados no sentido de que ou a Alemanha acatava as condições estabelecidas pelo

Guerra Mundial e determinou, em seu artigo 231, que a recém proclamada República Weimar deveria assumir todas as responsabilidades por ter ocasionado a referida guerra[284].

Neste sentido, o tratado impôs, por exemplo, o pagamento de extraordinárias indenizações econômico-financeiras aos países Aliados. Estima-se que o valor da dívida alcançou a cifra de aproximadamente 442 bilhões de dólares, que se destinava a ressarcir os países Aliados dos prejuízos causados pela guerra. Além disso, fixou-se que a Alemanha ficava obrigada a se desarmar, a limitar o tamanho do seu exército a cem mil homens e da marinha a quinze mil – o que seria suficiente apenas para a resolução de questões internas –, a abolir o recrutamento compulsório, a reduzir o número de policiais e foi proibida, inclusive, da fabricação de armas, tanques de guerra, aviões militares, submarinos e da venda ou compra de armamentos bélicos. Também, o Tratado de Versalhes exigia a concessão e a devolução de territórios[285], redefinindo os limites das fronteiras alemãs, retirando implacavelmente da República Weimar cerca de 65 mil km² – que englobavam as suas colônias, 75% das reservas de ferro e 26% de carvão –, e restringindo a sua população em sete milhões de pessoas.

---

tratado, ou os seus exércitos invadiriam o país em até vinte e quatro horas, recomeçando, portanto, a guerra (ARARIPE, 2012, p. 176-188; BLANC, 2015, p. 68).

[284] Juntamente com a Áustria e a Hungria.

[285] A Alemanha foi obrigada a devolver todas as colônias situadas na África, na Oceania e as áreas que foram conquistadas por meio da assinatura do Tratado Brest-Litovsk (1918) com a Rússia; foi impelida a ceder o controle das áreas de Eupen-Malmedy e de Moresnet para a Bélgica e da região da Alsácia-Lorena, anexada pelo Império Alemão no decurso da Guerra Franco-Prussiana (1870-1871), para a França. Os alemães também perderam território para a Checoslováquia e para a Polônia, ao reconhecer a independência desses Estados e renunciar os direitos que detinham sobre seus territórios. Além disso, a Alemanha cedeu para a Polônia as áreas de Soldau e da Pomerânia, de tal modo que esse novo Estado tivesse acesso ao mar. Por fim, a cidade de Danzig (denominada atualmente de Gdansk e situada na Polônia) foi cedida para a Liga das Nações estabelecer a Cidade Livre de Danzig (ARARIPE, 2012, p. 186; BLANC, 2015, p. 69).

Essas foram as obrigações impostas para a Alemanha. Mas, deve-se lembrar que além do Tratado de Versalhes, ao final da guerra, foram celebrados mais quatro outros tratados[286]. Estes outros tratados foram firmados com os demais Estados envolvidos e que levaram à desintegração dos impérios austro-húngaro e turco otomano, os quais fixaram uma série de medidas

[286] O Tratado de Saint Germain, assinado no dia 10 de setembro de 1919, regulamentou a dissolução do Império Austro-Húngaro. A partir desse tratado, o território austríaco foi restringido a 84 mil km² (sem acesso ao mar) e a sua população reduziu-se a seis milhões de habitantes. Além disso, foram estabelecidas indenizações monetárias (não pagas), ficou plenamente proibida a união com a Alemanha e o seu exército foi limitado ao número de quinze mil homens, os quais não poderiam utilizar artilharia de guerra e aviões. No mesmo ano, em 27 de novembro de 1919, foi firmado o Tratado de Neuilly-sur-Seine. Com a perspectiva de que as condições de paz seriam menos severas, o Rei Fernando da Bulgária se rendeu e, consequentemente, se enganou com as expectativas, uma vez que o seu país perdeu parte do território para Iugoslávia, Grécia e Romênia, cedeu o seu acesso ao mar e teve o seu exército restrito ao número de vinte mil homens. Posteriormente, foi assinado o Tratado de Trianon, no dia 4 de junho de 1920, quase um ano depois de Saint Germain, quando se continuou o desmantelamento do Império Austro-Húngaro. A paz da Hungria foi assentada a partir da incorporação de territórios do antigo império à Checoslováquia, à Polônia e à Romênia, da restrição do exército húngaro a quinze mil homens e do pagamento de reparações estipuladas em 200 mil coroas de ouro (suspenso, em seguida, por falta de fundos). Por fim, foi assinado o Tratado de Sèvres, em 10 de agosto de 1920, entre o Império Otomano e os Aliados (com exceção da Rússia e dos Estados Unidos da América). A desintegração do Império Otomano ocorreu com uma diminuta da Turquia, que cedeu a Trácia Oriental e o porto de Smirna à Grécia, bem como a região de Rodes à Itália, e teve o seu exército limitado ao número de cinquenta mil homens. Mediante o acordo Sykes-Picot, os territórios da Armênia, do Curdistão, do Hedjaz (Arábia), da Palestina e do Iraque passaram para o domínio da Grã-Bretanha. A região da Síria, por sua vez, ficou sob o comando da França. O não reconhecimento do Tratado de Sèvres pelos movimentos nacionalistas chefiados por Mustafá Kemal Atatürk, o qual reuniu um exército turco para derrotar e expulsar as forças de ocupação estrangeiras do território, estabeleceu condições para negociar e exigir um novo tratado de paz ao fim da vitoriosa guerra de independência turca (1919-1922). Assim, em 24 de julho de 1923, o Tratado de Lausanne anulou o de Sèvres, de tal modo que a Turquia conseguiu recuperar a soberania integral sobre os territórios e a capitulação do Império Otomano foi anulada (ARARIPE, 2012, p. 190-192).

restritivas e de reparações de guerra[287]. À vista disso, evidencia-se que os encargos das nações vencidas eram enormes, uma vez que precisavam "fazer renascer economias destruídas pela guerra, manter a moral nacional em face do estigma da derrota, do crescente fardo da 'culpa da guerra', do desejo de recuperar territórios e a confiança que tinham sido tirados"[288].

Desta forma, pode-se dizer que o Tratado de Paz de Versalhes provocou uma expressiva e relevante humilhação à população alemã da época, isso porque, muitos indivíduos condenavam a ratificação do acordo como uma espécie de golpe que levou o país, cuja infraestrutura já se encontrava destruída pelo conflito armado, a enfrentar um significativo agravamento do desemprego e uma hiperinflação – de 29,5 mil por cento ao mês – que ocasionaram uma vasta crise econômica sem precedentes históricos. Nesse viés, Luiz de Alencar Araripe destaca que:

> Versalhes foi um frágil compromisso entre a utopia americana e a paranoia europeia, cercado de um número demasiado de condições para satisfazer os sonhos dos primeiros, e de caráter excessivamente experimental para aliviar os receios dos últimos. Descartado o equilíbrio de poder, não foi apresentado um princípio alternativo para organizar a ordem mundial. A maior fraqueza de Versalhes [...] foi de natureza psicológica: a maioria dos Estados que deveria defender o Tratado considerava-o, de alguma forma, injusto.[289]

[287] ARARIPE, Luiz de Alencar. Tratado de Versalhes (1919). *In*: MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012. p. 188. / BLANC, Claudio. *Primeira Guerra Mundial - 100 Anos:* uma história em imagens. São Paulo: Online, 2015. p. 69.

[288] GILBERT, Martin. *A Primeira Guerra Mundial:* os 1.590 dias que transformaram o mundo. Tradução de Francisco Paiva Boléo. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2017. p. 668.

[289] ARARIPE, Luiz de Alencar. Tratado de Versalhes (1919). *In*: MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012. p. 193.

Certo é que a realização da guerra demonstrou que o sistema de equilíbrio de poder era muito frágil e que o cenário de paz que este conseguia estabelecer era, portanto, precário e instável. Por isso, as principais lideranças do período começaram a dialogar acerca da construção de uma alternativa institucional. Esse diálogo levou à discussão sobre a viabilidade de constituir uma Organização Internacional para tratar do tema da paz. Daí surgiu, então, a ideia da criação de uma Sociedade (ou Liga) das Nações. Nesse contexto, foi reforçada a noção de que os tratados, as rígidas responsabilidades impostas à Alemanha, o desarmamento e a criação da Liga das Nações (LDN), em 1919, constituíam uma nova forma eficiente de limitar a guerra, instituindo um cenário de paz alicerçado no Direito Internacional.

Esta inclinação foi impulsionada por um conjunto de ideias que tinham origens mais antigas (século XVIII) e que, posteriormente, seriam denominadas como idealismo político[290]. O principal responsável pela formulação inicial dessas ideias foi o filósofo alemão Immanuel Kant[291]. De fato, o autor em questão defendia a construção de um cenário de paz "perpétua" e pressupunha a superação do estado de natureza existente na sociedade internacional moderna, o que poderia ser feito

[290] O paradigma idealista, principal modelo teórico alternativo do mundo moderno – que prevaleceu no período entre guerras mundiais do século XX –, fundamenta-se na possibilidade de estruturar as relações internacionais a partir de padrões éticos de conduta e de um conjunto de normas jurídicas universais. Os pressupostos do idealismo baseiam-se, sobretudo, no questionamento acerca da inevitabilidade dos conflitos, isso porque, essa teoria procura encontrar os pontos de convergência interestatais, mediante os quais torna-se possível instituir regras viabilizadoras de um comportamento estável pautado na bondade humana. Portanto, os defensores do idealismo não admitem a noção de poder dos Estados para a articulação do sistema internacional, mas propõem ideais voltados para a superação do estado de natureza a partir de instituições jurídicas e sociais que estabeleçam formas sólidas de contenção do poder estatal, tanto interna como externamente (BEDIN, 2001; BEDIN [*et. al.*], 2011).

[291] KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795).* Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008.

mediante o estabelecimento de um contrato entre as nações. Por meio de tal contrato, segundo defendia o filósofo, seria criada "uma espécie particular de liga, [...] que se distinguiria do *pacto de paz* pelo fato de que este procura acabar apenas com *uma* guerra, enquanto aquela procura acabar com todas as guerras"[292].

As reflexões kantianas, desde suas origens, são consideradas essenciais para o desenvolvimento de projetos voltados para a pacificação mundial e para a garantia da segurança coletiva diante da constante luta pelo poder, em um contexto anárquico interestatal. Desse modo, sob a liderança do presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, foi criada a Liga das Nações (LDN), que se destinava a reunir todos os países civilizados do mundo e a assegurar a resolução dos problemas de segurança nas relações interestatais de forma pacífica. Assim, pode-se afirmar que os 30 artigos do Pacto da Liga, constitutivos da primeira parte do Tratado de Versalhes, estruturaram-se a partir de alguns pressupostos, os quais determinavam que para o desenvolvimento de uma verdadeira cooperação entre as nações mundiais e para a garantia de uma paz efetivamente duradoura na sociedade internacional, seria necessário que os Estados soberanos: a) obrigatoriamente, não recorressem à guerra; b) conservassem as relações interestatais fundadas sobre os princípios de justiça e honra; c) observassem as prescrições do direito internacional como normas efetivas; d) respeitassem a justiça e todas as obrigações estabelecidas pelos tratados internacionais firmados entre os povos[293].

Nesse sentido, como a primeira organização de caráter universal instituída em bases permanentes, a LDN apresentava estratégias voltadas às políticas de desarmamento, ao desaparecimento dos entraves econômicos e à mútua assistência

[292] KANT, Immanuel. Para a paz perpétua, um esboço filosófico. *In*: GUINSBURG, J. [*et al*]. *A paz perpétua, um projeto para hoje.* São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 48, grifo do autor.

[293] BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 233.

entre os Estados. Logo, o seu objetivo era que o estabelecimento gradativo da paz mundial e a garantia de integração territorial, bem como de independência política, pudessem ser atingidas quando fundamentadas nos preceitos da justiça e do direito. Dessa forma, a construção da Liga das Nações consistia na esperança de diversos países, com destaque para aqueles que estavam envolvidos na Primeira Grande Guerra, de conseguir corrigir as falhas do sistema de equilíbrio de poder e, com isto, assegurar a existência de um sistema internacional pacífico e cooperativo[294]. Assim, a criação da LDN "representava as mais elevadas aspirações dos vencedores no que dizia respeito a construir e manter um novo mundo [...]"[295].

Acreditava-se, então, que a LDN estabeleceria os pilares fundantes da paz e reorganizaria as relações internacionais, fornecendo uma solução para todos os dilemas da segurança coletiva e procurando resolver as disputas de ordem política, econômica, social e cultural, sem a necessidade de recorrer à guerra. Mas, logo no início, essa organização universal já apresentava inúmeros problemas e ficava claro que uma "agitação criada por quatro anos de guerra não poderia diluir-se facilmente"[296]. O primeiro problema surgiu de uma grande ausência, isto é, com a recusa do Congresso dos Estados Unidos da América (EUA) em ratificar o ingresso do País na LDN. É que os EUA, como uma potência mundial, seria o principal membro impulsionador das suas ações e, portanto, esse fato foi um revés fundamental. Além disso, destaca-se que, sem a presença da Rússia e da Alemanha e com o protesto da China – devido a

[294] ARARIPE, Luiz de Alencar. Tratado de Versalhes (1919). *In*: MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012. p. 187.

[295] GILBERT, Martin. *A Primeira Guerra Mundial:* os 1.590 dias que transformaram o mundo. Tradução de Francisco Paiva Boléo. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2017. p. 691.

[296] GILBERT, Martin. *A Primeira Guerra Mundial:* os 1.590 dias que transformaram o mundo. Tradução de Francisco Paiva Boléo. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2017. p. 691.

anexação pelo Japão da província de Shandong –, a Liga das Nações não conseguiu conter o progressivo aumento da violência internacional, as reações de recuo ao nacionalismo e, tampouco, instituir a paz pelo direito, já que ela não previa, em sua estrutura institucional, mecanismos de sanções aos Estados membros.

Desse modo, o quadro da sociedade internacional moderna se tornou novamente instável e a LDN teve enormes dificuldades. Por isso, como lembra Flávio Rocha de Oliveira o panorama era adverso e os acordos de paz

> [...] que impuseram uma carga desproporcional à Alemanha, lançaram as sementes de um futuro conflito. O Japão invadiu a China e, após ser advertido pela Liga, retirou-se da instituição. Nas poucas vezes em que a Liga das Nações funcionou, percebe-se que isto ocorria porque determinados países tiveram interesses nacionais em garantir certas situações. Deste modo, apesar de agir em determinados momentos, sob a bandeira da Liga, Estados como a Grã-Bretanha e a França apresentavam discrepâncias e tratavam de defender seus interesses.[297]

Como é possível constatar, outro problema desta Organização estava no fato de que ela era muito centrada nos países da Europa, sem um caráter efetivamente universal, ainda que se propusesse a isso. Dessa forma, o cenário de paz mundial tornou-se novamente improvável e as hostilidades entre os Estados se tornaram crescentes. Por conseguinte, o fracasso da primeira Organização Internacional criada sob a égide de uma aliança de paz foi progressivo e inevitável. De acordo com o entendimento do crítico-teórico e realista político, Edward Hallett Carr[298], a Liga das Nações teve inúmeras dificuldades para se

[297] OLIVEIRA, Flávio Rocha de. A ONU e a Segurança Internacional. *In*: RODRIGUES, Thiago; ROMÃO, Wagner de Melo (Orgs.). *A ONU no século XXI:* perspectivas. São Paulo: Desatino, 2006. p. 117.

[298] CARR, Edward Hallett. *Vinte anos de crise:* 1919-1939. Tradução de Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: UNB, 2001. p. 31.

consolidar porque foi idealizada como uma abstração perfeita que não se alicerçava na realidade da época, período esse em que a política internacional se caracterizava por ser intrinsicamente conflituosa. Ademais, outro fato ajuda a esclarecer as dificuldades da LDN e o progressivo desrespeito ao Direito Internacional em sua época de atuação. Esse fato consiste na assinatura do chamado Pacto Kellogg-Briand, em 1928, também conhecido como Pacto de Paris. O respectivo tratado internacional estipulou a renúncia à guerra como instrumento de política nacional[299]. Apesar de não ter feito jus ao seu objetivo principal de acabar com a guerra entre os Estados, o pacto foi concluído fora da Liga e ratificado, inclusive, por países que não faziam parte dela – como os EUA. Isso demonstra uma falta de credibilidade da Organização.

Neste contexto, é importante lembrar, como faz Javier Rodrigo Maidana "que no Pacto da Liga das Nações a guerra ainda era considerada um recurso legítimo à disposição dos Estados, sinal de sua soberania"[300], isso significa que o Pacto introduziu apenas uma ideia de prazo moratório, ou seja, "a guerra era uma opção legal para dirimir controvérsias, mas não deveria ser preferida"[301]. Como forma mais ampla, a guerra passou a ser um ilícito internacional anos mais tarde, apenas com a assinatura da Carta de São Francisco que criou a ONU, em 1945, ainda que esse documento tolere duas exceções: legítima

[299] MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012.
[300] MAIDANA, Javier Rodrigo. Reflexões pontuais acerca da guerra, da paz e da manutenção da paz: experiências da comunidade internacional. *In:* MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional:* anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Vol. XXI. Curitiba: Juruá, 2011. p. 531.
[301] MAIDANA, Javier Rodrigo. Reflexões pontuais acerca da guerra, da paz e da manutenção da paz: experiências da comunidade internacional. *In:* MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional:* anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Vol. XXI. Curitiba: Juruá, 2011. p. 531.

defesa proporcional e resolução do Conselho de Segurança[302]. O consequente colapso dos ideais de cooperação e de harmonização dos poderes entre os Estados soberanos, bem como da tentativa de estabelecer um conjunto de recursos institucionais voltados para a mediação e a solução pacífica dos conflitos de interesses, demonstrou que uma organização de caráter universal apenas consegue funcionar plenamente quando detém o apoio de todas as grandes potências mundiais. Assim, pode-se afirmar que o entre guerras conduziu a sociedade internacional a um clímax de crise que arruinou com as esperanças idealistas e produziu um cenário de infinitas incertezas e de consequências desastrosas, as quais corroboram com a afirmativa de Norberto Bobbio, no sentido de que a "guerra, é bem verdade, sempre chama a paz. Mas a paz continua a ser, como sempre foi, uma trégua entre duas guerras"[303].

Notadamente, restou evidente que a impossibilidade de construção de um cenário de paz duradoura foi a característica mais marcante da sociedade internacional moderna (1648-1945). O motivo é claramente a impossibilidade de limitação institucional do exercício da soberania e da defesa unilateral dos interesses nacionais. Este fato desencadeou a luta constante pelo poder e impediu a efetivação da criação de qualquer alternativa que viabilizasse "a construção de uma ordem internacional articulada a partir de valores éticos e das normas e instituições jurídicas."[304]. Dito de outra forma, tal estrutura impediu que fosse

[302] NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas (1945).* Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) - UNIC, 2021. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2021-08/A-Carta-das-Nacoes-Unidas.pdf. Acesso em: 29 mar. 2022.

[303] BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz.* Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003. p. 12.

[304] BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 231.

ultrapassada a lógica hobbesiana do estado de natureza[305] e, em consequência, que se pudesse ir além do sistema de equilíbrio de poder (como foi a pretensão de criação da Liga das Nações)[306]. Mas, apesar da experiência da Liga não ter alcançado seu principal objetivo (manter a paz internacional), a sua experiência foi fundamental "como uma incubadora para as ideias e diretivas adotadas posteriormente com o surgimento das Nações Unidas"[307].

Resta claro, desse modo, que o projeto de construção da Liga das Nações não poderia ir muito longe. Esta organização, de fato, logo se tornou inviável e a esperança de construção de um cenário de paz duradoura transformou-se em um projeto novamente utópico. Além disso, se mostrou impossível a limitação do exercício dos poderes, o abandono da realização de

[305] HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2019.

[306] Daí, portanto, também predominou durante o período da sociedade internacional moderna o chamado paradigma do realismo político. Esse paradigma foi o principal modelo teórico tradicional ou clássico – que teve uma hegemonia praticamente absoluta a partir da consolidação do Estado soberano – e que se fundamentava no sistema de equilíbrio de poder entre as nações, uma vez que considerava a relação interestatal como anárquica e conflituosa em razão das forças inerentes à natureza humana, as quais produziam um verdadeiro estado de natureza desordenado. Antagonicamente aos idealistas, os defensores do realismo político argumentavam que as unidades estatais do sistema internacional jamais abririam mão da sua soberania absoluta em prol de um pacto que instituiria uma organização supranacional capaz de mediar os conflitos entre as nações. Assim sendo, verifica-se que no sistema anárquico das relações internacionais, a única maneira possível de evitar a deflagração das guerras seria através do equilíbrio do poder e de uma paz negativa, caracterizados pela ausência da violência em um contexto onde o poder de cada Estado autolimitava-se reciprocamente (BEDIN, 2001, p. 223; HOBBES, 2019, p. 47; MORGENTHAU, 1986, p. 11).

[307] MAIDANA, Javier Rodrigo. Reflexões pontuais acerca da guerra, da paz e da manutenção da paz: experiências da comunidade internacional. *In:* MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional:* anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Vol. XXI. Curitiba: Juruá, 2011. p. 530.

tratados secretos e a relativização dos recursos estatais voltados à violência e à guerra. Ao contrário, o fracasso da Liga, dentre outros fatores, colocou na ordem do dia a desconfiança recíproca entre os Estados e fortaleceu os nacionalismos exacerbados. O resultado disso foi, justamente, uma crescente disputa entre os Estados considerados mais fortes e uma corrida armamentista gigantesca. Assim, estavam dadas as condições para a deflagração da Segunda Guerra Mundial, a qual perdurou de 1939 até 1945. Com efeito, o maior conflito bélico da história civilizacional logo começou a ser desenhado e o desrespeito ao Direito Internacional Moderno se tornou evidente por meio da realização de uma guerra de vastas proporções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão feita no presente artigo demonstra como a sociedade internacional moderna, devido à existência de poderes soberanos absolutos, não conseguiu estabelecer efetivamente uma paz duradoura no contexto daquele período. Para tanto, analisaram-se as relações estatais típicas do mundo moderno, as quais partiram da afirmação do conceito de soberania instituído com a assinatura da Paz de Westfália, em 1648. O cenário desse momento histórico-político, que perdurou até meados do século XX, demonstrou que o sistema de equilíbrio (ou de balança) de poder – o qual ordenava as interações entre os Estados soberanos e independentes – estruturava uma conjuntura interestatal anárquica e conflituosa – com base teórica-conceitual no realismo estrutural clássico –, ou seja, um verdadeiro estado de natureza de guerra de todos contra todos, incapaz de manter a tão almejada paz duradoura no seio da sociabilidade mundial.

A recorrência à guerra consistia em um instrumento legítimo das relações políticas e que poderia ser utilizado pelas soberanias estatais mais poderosas. No entanto, essa condição estabelecida pelos Estados *Leviatãs* acarretou consequências de vastas dimensões para a humanidade, pois geraram constantes instabilidades e guerras de proporções gigantescas (seja em

perdas de vidas ou de destruição material). Isso ficou ainda mais acentuado no fim do século XIX e início do século XX, com a utilização de novas técnicas de produção e de novos artefatos tecnológico-militares. O maior exemplo ocorreu com deflagração da Primeira Guerra Mundial. Esse megaconflito bélico consolidou a noção de guerra moderna que provocou um recuo para o nacionalismo extremado. Daí se deu a emergência do fascismo e do nazismo.

Desta forma, a busca pela construção de um cenário de paz duradoura na sociedade internacional moderna foi inviável. Isto não aconteceu mesmo, por exemplo, com a criação da Liga das Nações (LDN). Com efeito, ainda no início de suas atividades, essa Organização Internacional começou a enfrentar enormes desafios para manter a paz mundial, especialmente em razão das soberanias estatais absolutas. Mas as soberanias, por si só, não são a única causa do insucesso da Liga das Nações, visto que também se constatou a falta de apoio de grandes potências, a ausência de previsões de sanções aos membros da sociedade internacional e o seu caráter centrado nos países europeus – sem uma dimensão universal empírica e, portanto, além da intenção. Todos esses fatores contribuíram para a sua progressiva fragilização e o seu insucesso. Assim, num quadro em que a política mundial se caracterizava como estruturalmente conflituosa e institucionalmente não ordenada, a LDN, como organização internacional precursora do Direito Internacional Moderno, não conseguiu ser efetiva na função de contenção do aumento da violência, das reações nacionalistas e, tampouco, conseguiu instituir um cenário de paz mundial. Isso deixou evidente que a sociedade internacional moderna teve enormes dificuldades de ir além do precário sistema de equilíbrio de poder e de buscar a solucionar pacificamente os conflitos por meio do direito.

Nesse contexto, a possibilidade de uma nova guerra se tornou cada dia mais provável. Esta se materializou em 1939, ano de início da Segunda Guerra Mundial. As perdas materiais e humanas com este segundo grande conflito bélico foram

extraordinárias, mas, ela trouxe também um conjunto significativo de aprendizados com suas trágicas consequências. O principal foi o fato de que não havia mais como manter as soberanias estatais livres de qualquer limite e, por isso, foi novamente proposta a criação de uma Organização Internacional de alcance mundial. Tal instituição foi criada e denominada de Organização das Nações Unidas (ONU). Este foi um passo extraordinário da humanidade. Contudo, os desafios para a construção de um cenário pacífico na sociedade internacional contemporânea (pós-1945) ainda são enormes e exigem dos Estados nacionais um processo de constante vigilância. Assim, a luta pela paz duradoura consiste em uma tarefa sempre atual e relevante para o Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

ARARIPE, Luiz de Alencar. Tratado de Versalhes (1919). *In*: MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012. p. 175-198.

BANCO MUNDIAL. *Globalização, Crescimento e Pobreza:* a visão do Banco Mundial sobre os efeitos da globalização. São Paulo: Futura, 2003.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica:* aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2011.

BEDIN, Gilmar Antonio [*et. al*]. *Paradigmas das relações internacionais.* Ijuí: Unijuí, 2011.

BLANC, Claudio. *Primeira Guerra Mundial - 100 Anos:* uma história em imagens. São Paulo: Online, 2015.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz.* Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003.

BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna:* o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

CARR, Edward Hallett. *Vinte anos de crise:* 1919-1939. Tradução de Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: UNB, 2001.

CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. Tradução de Maria Tereza Ramos. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GILBERT, Martin. *A Primeira Guerra Mundial:* os 1.590 dias que transformaram o mundo. Tradução de Francisco Paiva Boléo. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2017.

HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2019.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795).* Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

KANT, Immanuel. Para a paz perpétua, um esboço filosófico. *In*: GUINSBURG, J. [*et al*]. *A paz perpétua, um projeto para hoje.* São Paulo: Perspectiva, 2004.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *In*: MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os

tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012. p. 247-274.

MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da Paz:* os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012.

MAIDANA, Javier Rodrigo. Reflexões pontuais acerca da guerra, da paz e da manutenção da paz: experiências da comunidade internacional. *In:* MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional:* anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Vol. XXI. Curitiba: Juruá, 2011. p. 525-534.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2013.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade.* Ijuí: Unijuí, 2005.

MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais.* Lisboa: Almedina, 1996.

MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones:* la lucha por el poder y la paz. Tradução de Heber W. Oliveira. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 1986.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas (1945).* Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) - UNIC, 2021. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2021-08/A-Carta-das-Nacoes-Unidas.pdf. Acesso em: 29 mar. 2022.

OLIVEIRA, Flávio Rocha de. A ONU e a Segurança Internacional. *In*: RODRIGUES, Thiago; ROMÃO, Wagner de Melo (Orgs.). *A ONU no século XXI:* perspectivas. São Paulo: Desatino, 2006. p. 115-134.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ciência Política e o Direito Internacional Contemporâneo: entre compreender e modular. *In*: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - SBDI.* Ano CV, jul./dez. 2019, nº 146-150, v. 107. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI, 2019. p. 15-28.

WIGHT, Martin. *A política de poder*. Tradução de Carlos Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1985.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM MEIO ADEQUADO PARA TRATAMENTO DOS CONFLITOS NA ESFERA CRIMINAL[308]

Jaime Roberto Amaral dos Santos[309]
José Alcebiades de Oliveira Junior[310]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atual justiça criminal, vista como uma forma de recompensar, por meio da penalização, quem tenha sido prejudicado por algum crime e também como meio de punição ao infrator da lei, reconhecida como Justiça Retributiva, apresenta-se ineficiente na forma de realização da justiça, uma vez que não consegue alcançar os objetivos propostos, como a recuperação do ofensor e a diminuição da violência e da criminalidade.

O foco determinante do processo criminal gira em torno do ofensor, onde o Estado, que detém o monopólio da justiça, preocupa-se com a apuração da culpa e a imposição da dor, por

[308]Esse artigo contempla parte da Dissertação de Mestrado deste autor, apresentada em fevereiro do ano de 2017, vinculado ao PPG- Doutorado e Mestrado em Direito da URI – *Campus* Santo Ângelo (RS), associada a linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos. O assunto contempla o artigo apresentado na XXI Mostra de Regional de Trabalhos Jurídicos da URI Santo Ângelo.

[309]Doutorando em Direito pela URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - *Campus* Santo Ângelo – Programa de Pós Graduação Doutorado e Mestrado em Direito – Linha de pesquisa: Políticas de cidadania e resolução de conflitos; Bolsista do Programa PROSUC. Mestre em Direito pela mesmo universidade (2017). Especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Anhanguera/LFG (2016). Bacharel em Direito pela URI *Campus* Santo Ângelo – RS (2013). Policial Militar (RS) – Instrutor do Proerd. E-mail: jaime_ras@yahoo.com.br

[310]Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador 1D CNPq. Professor titular do Programa de Pós Graduação em Direito da URI - *campus* Santo Ângelo. Professor convidado PPG em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

meio da penalização. A vítima, por sua vez, permanece afastada do processo, sendo negligenciada em seus direitos, necessidades e anseios, contribuindo para o desejo de vingança o que pode, de certa forma, estar alimentando a reprodução da violência e da criminalidade. Sob esse aspecto, a busca da vítima por um terceiro para realização da justiça tornou-se uma questão, mesmo que legítima, cultural, pois as pessoas, pautadas constitucionalmente no princípio do amplo acesso à justiça, buscam o judiciário para resolver todo e qualquer tipo de demanda por menor que ela seja.

A modernidade trouxe consigo a expansão e a transformação dos conflitos na sociedade, ao passo que, o direito como norma reguladora da condição de coexistência social, tenta estabelecer as regras de convivência pacífica, que quando violadas geram o direito de se recorrer ao Estado clamando por justiça, visto este deter o monopólio das decisões de situações conflituosas que chegam à sua porta.

A esse ponto, hodiernamente, verifica-se que a forma tradicional de imposição de resolução de conflito deferidas pelo Estado, não atinge as necessidades da vítima, não oferece uma resposta que possa proporcionar uma mudança nas atitudes do agressor e não transforma as relações conflituosas.

Nessa ótica, a Justiça Restaurativa, vista como uma forma de complemento ao atual sistema de justiça criminal, visa modificar o foco do processo, passando do ofensor e da materialidade do delito à vítima e a reparação dos danos, onde por meio do diálogo pacífico entre os participantes, possa se estabelecer um entendimento mútuo com o objetivo de quebrar o ciclo da violência, conscientizar o infrator, empoderar a vítima, promover a paz social e moldar a cultura de um novo paradigma de justiça criminal.

A proposta desse trabalho é justamente investigar de que forma a Justiça Restaurativa, vista como uma nova forma de tratamento de conflitos pode colaborar com o sistema de justiça criminal possibilitando a construção de uma nova cultura pela realização da justiça, uma vez que, a terceirizar da solução dos

conflitos, além de ter se tornado uma ação legítima do Estado, tornou-se uma questão cultural na busca da efetivação do direito.

Aplica-se ao trabalho o método dedutivo com pesquisas bibliográficas em livros, periódicos e meios eletrônicos. A pesquisa vincula-se a linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos do PPG - Mestrado e Doutorado da URI *campus* Santo Ângelo (RS).

JUSTIÇA CRIMINAL E O ABANDONO DA VÍTIMA

A justiça criminal moldou-se ao longo dos anos como produto de uma construção histórica com raízes no Direito Romano, apresentando-se, assim, como Justiça Retributiva, ou justiça da retribuição, onde o foco de todo o processo é o ofensor, a imposição da culpa e da dor, por meio da aplicação da pena.

Na Justiça Retributiva, a vítima, além de sofrer com a ação delituosa e com os traumas advindos do crime, sofre também com o abandono do Estado e da sociedade, pois aquele assume o lugar da vítima e passa a negligenciar seus direitos, anseios e necessidades, uma vez que a mantém de fora do processo, onde participa apenas como mera informante dos fatos.

Nesse modelo de justiça criminal o ofensor é considerado, na esfera judicial, o centro das atenções, pois aos olhos da justiça tradicional o crime é concebido como uma violação da lei e por consequência uma violação ao Estado, que tem como objetivo principal a correção de atitudes por meio da aplicação da punição ao ofensor como forma de retribuição ao mal que tenha praticado. Neste formato de justiça, a pena de prisão consolidou-se como sendo o ápice da sanção penal imposta pelo Poder Judiciário, e que, com o tempo, se tornou a forma mais humana de correção a quem desrespeitar os preceitos legais, isso porque, em outrora, as penas eram corpóreas e horrendas.

Os grandes acontecimentos históricos que ocorreram a partir do século XVIII, como a Revolução Francesa e consequentemente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foram muito importantes na criação do modelo

de Justiça Retributiva e do pensamento garantista no Direito e Processo Penal (GAGLIETTI; BERTASO, 2011, p. 8), pois os reformadores da época preocupavam-se em proporcionar novos fundamentos e justificativas para administração da dor e dos mecanismos de aplicação das punições.

Crespo assevera que o movimento de codificação das leis, inspirado na relação de poder entre classes dominantes e dominadas, fez com que o Estado, em nome da garantia dos diretos naturais do cidadão, demonstrasse seu papel garantidor de direitos, onde a lei, além desses referidos direitos, ditasse também as condutas contrárias ao bom convívio em sociedade, por meio, inclusive, de um sistema penal punitivo (2009, p. 65).

A esse ponto, a pena de prisão fora concebida como forma mais humana de castigo, frente aos horrores que eram praticados. Anteriormente, a prisão era um lugar de custódia provisória, até o julgamento, que certamente resultaria na pena de morte ou penas corporais. Assim, o Estado começou a administrar a dor às portas fechadas nas prisões, sendo que, conforme a gravidade da ofensa seria a pena de privação de liberdade. Dessa forma, o Estado monopolizou todo o procedimento judiciário, o sistema de justiça e o poder de punir, passando as comunidades a se submeterem ao *jus puniendi* dessa administração, conforme Garcia-Pablos de Molina, Bianchini e Gomes manifestam[311].

A procura da vítima por um terceiro para dar solução ao seu problema, mesmo que dotado de ação legítima e legal, onde o

[311]A autoafirmação do Estado moderno como máxima instância política frente às restantes instituições sociais foi produto de um lento processo histórico paralelo ao da concentração do *jus puniendi* em suas mãos. Numa sociedade conflitiva, pluralista e democrática (tal como há do nosso tempo) o *jus puniendi* estatal pode se apresentar como instância pública capaz de resolver o conflito criminal – e as expectativas que ele gera – de forma pacífica e institucional, de forma racional e previsível, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Só o *jus puniendi* estatal encontra-se em condições de assegurar a justa tutela dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência privada assim como a autodefesa (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; BIANCHINI; GOMES, 2009, p. 209).

Estado como detentor do monopólio do poder de julgar e punir tornou-se uma questão cultural, pois todo e qualquer tipo de demanda, por menor que seja, acaba por chegar ao judiciário para que esse aplique a lei, passando antes pelos registros policiais. Isso demonstra que nem nos pequenos casos as pessoas conseguem ter um mínimo de diálogo que possa solucionar os conflitos.

Acerca da cultura, Laraia (2001, p. 30-31) expõe que o "homem é resultado do meio cultural em que foi socializado", que reflete uma mistura de conhecimento e experiências, onde a cultura, para além de uma herança genética, determina o comportamento do homem e justifica suas realizações agindo de acordo com os padrões culturais. Laraia ainda acrescenta que a cultura é um processo cumulativo resultante da experiência histórica das gerações, o que pode limitar ou amplia o processo criativo do cidadão (2001, p. 33).

Verifica-se que a cultura é determinante nas sociedades e vincula-se a forma de como os povos vivem em sociações e como se subordinam as regras pré-existentes para que o convívio seja harmônico, e quando essa harmonia deixa de prevalecer, se busca em um terceiro, formas de se alcançar as pretensões desejadas conforme a violação sofrida.

Nas comunidades mais primitivas, como os Azande do norte da África, os processos de resolução de litígios eram resolvidos por meio da consulta ao oráculo benge[312], o oráculo do

[312]Amplamente difundido na cultura Azande, único povo do Sudão anglo-egípcio a empregá-lo como meio de resolução de litígios e pacificação social. Por meio deste ordálio do veneno, os Azande obtêm respostas às questões cotidianas da vida social que são postas diante do oráculo, estando o resultado atrelado à morte ou à sobrevivência das aves, meio através do qual o Benge se manifesta. O veneno consiste em uma pasta feita de água e de uma substância produzida por uma trepadeira da floresta, ministrada às aves durante o ritual de submissão das questões ao oráculo. Uma primeira dose de veneno é ministrada à ave e o interrogador se dirige ao oráculo dando início à exposição dos fatos – momento em que o interrogador costuma gesticular bastante, como se estivesse expondo-os diante de uma corte judicial. Quando a segunda dose de veneno é ministrada, o interrogador mantém a sustentação oral perante o oráculo

veneno, onde o rito processual se delineava pelo resultado da submissão de um veneno a uma ave (pinto) e que a morte dessa ave dava a respostas as controvérsias. (CHASE, 2014. p. 38). Destaca-se aqui a questão cultural e a crença nos meios resolutivos de conflitos.

Segundo Azevedo (2005, p. 212-241), o Estado Democrático de Direito insurgiu-se positivamente também em relação ao sistema de justiça penal, pois os elementos que compõem o sistema (instituições de administração da justiça, e os princípios que o sustentam, como da legalidade, culpabilidade, inocência, devido processo legal, humanidade, eficiência e moderação, acesso à justiça, independência do Poder Judiciário, entre outros), auxiliaram o Direito e o Processo Penal no sentido de "minimizar e controlar o poder punitivo estatal, assegurando, dessa forma, os direitos fundamentais do cidadão contra a arbitrariedade e abusos no uso da força por parte do Estado".

Pela justiça criminal punitiva o ofensor ao cometer um delito previamente constituído como crime ou contravenção, será responsabilizado pelo ato cometido por meio da pena, que poderá ser a de privação da liberdade, a qual servirá como forma de castigá-lo e desestimulá-lo da prática de novos delitos (assim como desestimular a todas as pessoas que não estejam envolvidas). Nesta senda, o sistema de justiça criminal tratou de neutralizar o ofensor penalizando-o com sua retirada do meio social (caso a pena seja de privação da liberdade), para tratá-lo e recuperá-lo, e devolvê-lo para conviver em sociedade.

A teoria criminológica do *labelling approach*[313] ou do etiquetamento, pela via radical, afirma Baratta que "o crime é

fazendo as perguntas de forma diferente, embora mantendo o mesmo "refrão": "se este é o caso, oráculo do veneno, mate a ave", "se este é o caso, oráculo do veneno, poupe a ave" (CHASE. 2014).

[313]Teoria que propôs um novo paradigma criminológico conhecido como paradigma da reação social, que observava o indivíduo como membro da sociedade e a possibilidade de ser considerado um desviante, onde o desvio e a criminalidade passam a ser considerados uma etiqueta, um rótulo, atribuído a certos indivíduos por meio de uma intervenção social, e não mais uma

uma construção arbitrária e fictícia", e assim, a transgressão da lei é produto da rotulação do próprio controle social, ou seja, o legislador, a polícia, promotor, juízes, etc. Essa rotulação da pessoa como "delinquente" pelos membros da justiça penal e pela sociedade, vem sendo imposta de cima pelos grupos que detém de poderes, onde fica evidente que os interesses de grupos minoritários e privilegiados se sobressaem aos interesses gerais da coletividade (BARATTA, 1987, p. 627).

O fato, para ser considerado um crime, deve ser devidamente e previamente estabelecido em lei, assim como formalmente pressuposto de uma pena, o que obriga o juiz a se submeter aos princípios da legalidade, da imparcialidade, e da reserva legal, onde o magistrado fica diretamente submetido à lei, não podendo qualificar como delito algo que considera imoral conforme sua consciência, ou merecedor de uma sanção, devendo agir com total ‘‘independência de sua valoração’’ (COPETTI, 2000, p. 111-112). Como manifesta o provérbio em latim: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, ou seja, não há crime, nem pena sem lei anterior que os defina.

A definição legal de crime encontra-se pré-estabelecida na Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei n. 3.914/41), que conforme Bitencourt (2010, p. 251) "considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isolada, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, [...]", assim, a lei preocupou-se apenas em distinguir crime de contravenção, não adentrando nas questões doutrinárias ou científicas, classificando-o como conduta típica, antijurídica e culpável.

A Justiça Retributiva é calcada na concepção de que o crime é compreendido como violação da lei e consequentemente uma violação ao Estado, onde este, como detentor do monopólio do poder de punir, passa a impor a culpabilidade e a estabelecer, por meio da sentença, a punição ao infrator da lei.

qualidade particular de cada conduta individual (SILVA, 2015). Ver em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo

A função da retribuição, continha, no tempo medieval, a ideia de compensação à vítima pelo mal sofrido, onde era estabelecida certa proporcionalidade a compensação da ofensa, o que exigia, de certa forma, uma negociação para se chegar a um acordo de responsabilidade, onde o ofensor compensava a vítima ou seus familiares (TIVERON, 2014, pp. 55-59). Para Zehr a retribuição possuía um caráter educativo, onde o ofensor era estimulado a assumir sua responsabilidade e obrigações[314].

A partir da modernidade, o Estado evocou para si o direito de punir e assim, monopolizou o uso da força frente a outras instituições, como explica Weber (1976, p. 75), o que vai lhe assegurar o exercício da política penal, assim como a elaboração das leis, caracterizando-se no Estado Moderno como "uma associação de domínio institucional", domínio esse que se tornou essencial à época, para garantir um processo de pacificação de uma sociedade que provinha de uma época de guerras e revoluções.

A Lei de Execução Penal, Lei nº. 7.210/84[315], já no artigo primeiro prevê como objetivo precípuo da execução da pena a reintegração social do condenado e do internado, porém a pena de privação da liberdade no regime fechado retira o condenado do convívio familiar e social, sendo que o Estado não consegue atender as necessidades nem garantir os direitos dos presos que cumprem a pena em estabelecimentos prisionais em situação desumana e degradante, onde todo tipo de violência acontece, inclusive por parte dos próprios agentes do Estado.

[314]O pagamento era uma forma de obter tal vindicação, mas a retribuição por vezes incluía também uma certa compensação moral. Em dadas situações a ameaça de retribuição servia como estimulo para que os ofensores assumissem essa responsabilidade publicamente. A ameaça da retribuição certamente existia, mas talvez ela tenha sido um meio, além de um fim em si mesmo. O significado e as funções da retribuição por vezes refletiam uma visão compensatória. O sistema repousava primordialmente na necessidade de compensar a perda das vítimas e reparar relacionamentos. Isto normalmente exigia negociações para se chegar a um acordo que reconhecesse a responsabilidade e obrigações do ofensor (ZEHR, 2008, p.99).

[315]Ver em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm

Beristain (2000, p. 184) expõe que a Justiça Retributiva trouxe um grande avanço em relação às sociedades primitivas, onde passou da vingança privada à justiça monopolizada pelo Estado por meio do processo penal, porém nesse modelo de justiça prevalecem as raízes do modelo antigo de inimizade entre a vítima e o ofensor, mantendo-os como adversários. Assim, o Estado despreza a vítima e ocupa seu lugar, e o Direito Penal, por sua vez, tornou-se instrumento de poder.

No passado, até o fim da Alta Idade Média, a vítima passou por um período que ficou conhecido como "Idade de Ouro" da vítima (OLIVEIRA, 1999, p. 19), onde viveu uma ascendência em sua valorização, pois nesta fase, e principalmente nas sociedades de tribos indígenas, prevalecia a vingança privada, onde as partes resolviam seus conflitos sem a participação direta da justiça, "ocorrendo um crime de pouca gravidade, a sanção restitutiva era suficiente" (OLIVEIRA, 1999, p. 20), restando a punição somente à agressão mais grave.

Na concepção jurídica de vítima pode-se dizer que é a pessoa que sofre prejuízo ou dano pela infração penal. Já a concepção criminológica entende a vítima como um sujeito de direitos que influencia substancialmente para o acontecimento do fenômeno delitivo. Esta última faz uma abordagem objetiva da vítima, diferentemente da primeira envolvendo uma análise mais profunda da vítima, tanto do ponto de vista biológico, psicológico ou sociológico.

Em um conceito descrito por Nordenstal (2008, p. 30), vítima é a pessoa que sofre a lesão ou ameaça de lesão, a um direito legalmente protegido ou que tenha sofrido as consequências da violação de uma norma penal (2008, p. 30).

A Organização das Nações Unidas (ONU) em sua resolução 40/34 de 1985 edita a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de

Abuso de Poder, que se tornou instrumento internacional de direitos humanos[316].

As vítimas de delitos penais tem experimentado, ao longo dos tempos, uma situação de abandono por parte do Estado, justamente nos momentos em que mais necessitam. Pois a vivência da ação criminosa, por mais brada que seja, deixa marcas profundas nas pessoas que se tornam vítimas, e na maioria das vezes, passam a desenvolver patologias como stress, ansiedade, e até mesmo quadros depressivos.

Importante destacar que o Estado, ao assumir o lugar da vítima no processo penal, acaba por prejudicá-la, uma vez que se apropria do seu conflito e não consegue oferecer uma solução adequada, pois o infrator, mesmo com a pena, não se recupera, tão pouco considera os interesses da vítima, assim como os danos não são reparados, o que faz da vítima duplamente perdedora, primeiro com a lesão da ação do delito e depois com sua despersonalização do conflito[317].

Gomes e Garcia-Pablos de Molina (2000, p. 73) afirmam que, quanto ao abandono da vítima, há uma interdisciplinaridade, pois não se trata somente do Direito Penal, mas também a Política

[316]Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder (ONU, 1985).

[317]No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papéis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papéis que desempenham em cada cenário da vida, e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais (OLIVEIRA, 1999, p. 109).

Criminal, a Política Social e a própria ciência criminológica, todos negligenciam a vítima e sua situação, assim como o Direito Penal, encontra-se voltado unicamente para a pessoa do autor do fato, o infrator da lei, demonstrando que o enfoque principal é de fato a violação da lei, ou seja, a violação do Estado.

A soma de todos os mecanismos de negligência aos sentimentos, necessidades e anseios da vítima, como o despreparo dos agentes do estado, a sobre culpa na vítima pelo fato ocorrido, e o desamparo da legislação, fazem com que a vítima ainda passe por transtornos psicológicos que na maioria das vezes torna-se um trauma para sua vida, como afirma Gomes e Garcia-Pablos de Molina[318]

Cabe ressaltar, ainda, que a vítima sofre também o processo de vitimização, que pode ser compreendido como efeito ou ação desencadeado em uma pessoa ou grupo de pessoas que de alguma forma tornou-se vítima de algum delito, ofensa ou conduta praticada por um terceiro, por si mesmo ou por algum fator natural, que segundo Manzanera (1990, p. 73) pode ser classificada em três níveis de vitimização: primária; secundária ou terciária[319].

Todo esse processo traumático gerado na vítima a partir da ação delituosa e acrescido da vitimização é resultado de um Direito que ao longo dos tempos se preocupou mais com o autor e com a violação da lei do que com quem teve o prejuízo da ação, a vítima, como até aqui demonstrado. Mesmo com a edição de

[318]A vítima sofre, com frequência, um severo impacto "psicológico" que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua. A impotência frente ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc. A tudo isso se acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou autoculpabilização, os complexos etc. (GOMES E GARCIA-PABLOS DE MILINA, 2000, p. 93).

[319]Vitimização primária: é aquela dirigida diretamente contra uma pessoa em particular; b) vitimização secundária; atinge grupos específicos ou determinada parte da população; c) vitimização terciária: pode ser compreendida quando toda a população é atingida

alguns instrumentos legais de proteção, como a Lei 13.340 de 2006 (Maria da Penha); Lei 8.069 de 1990 (ECA) e Lei 9.099 de 1995 (Juizados Especiais); Lei 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso), não foram o bastante para colocar a vítima em uma posição de vantagem e empoderamento em relação ao conflito.

JUSTIÇA RESTAURATIVA – O EMPODERAMENTO DA VÍTIMA NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS

A cultura da Justiça Restaurativa começou a ser desenvolvida na década de 70 em países como o Canadá, Nova Zelândia e Austrália, e vem ganhando espaço em âmbito mundial tanto em nível comunitário como judicial, tornando-se um meio positivo de tratamento aos conflitos de ordem jurídico/penal, por se diferenciar dos meios tradicionais de justiça (VASCONCELOS, 2012, p. 179-180).

Essa forma restaurativa de justiça entende o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, diferentemente da forma tradicional, criando uma obrigação de corrigir os erros, reparar os danos, reestabelecer o vínculo social entre os atores, promover a paz, humanizar o direito, encorajando os envolvidos (vítima, ofensor e comunidade) a construírem juntos e pacificamente, uma solução adequada ao conflito, empoderando a vítima para que participe ativamente do processo e possa alcançar a cura ao trauma causado pela ação delituosa.

Para Howard Zehr Justiça Restaurativa pode ser compreendida como um processo participativo e colaborativo entre os participantes no conflito ou crime e aqueles que tenham interesse na demanda[320].

Colet e Martins (2012, p. 44) afirmam que Justiça Restaurativa é um modelo de justiça que instrumentaliza a paz

[320]Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível (ZEHR, 2012, p. 49).

social no tratamento de conflitos, por meio de uma nova filosofia e cultura, “eis que cada um é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes, opondo-se ao etiquetamento social”, rompendo, assim, com a seletividade que o sistema de justiça tradicional produz.

O modelo de Justiça Restaurativa pode ser historicamente compreendido como um processo muito antigo de realização de justiça ou de tratamento de conflitos, principalmente em casos de reparo dos males e no reconhecimento dos erros nas comunidades antigas, sendo que até hoje são praticadas entre povos indígenas (PRANIS, 2010), onde o objetivo era o restabelecimento dos efeitos negativos causados pelo delito.

Assim, o reconhecimento entre os participantes e também do Estado da necessidade do diálogo entre os envolvidos, torna-se importante do ponto de vista da maneira de se ver e enfrentar o conflito ou o crime, pois o processo restaurativo apresenta-se como uma forma mais justa de realização da justiça, lutando contra as injustiças e contra a estigmatização, onde a reparação consciente dos danos pelo ofensor e o reconhecimento do mal causado à vítima, fazem parte do processo como aspecto de grande importância para a não propagação da violência.

A Justiça Restaurativa baseia-se em princípios similares aos princípios da Mediação, uma vez que também é considerada uma forma alternativa ou complementar de tratamento dos conflitos, por utilizar-se de recursos mais humanitários para o seu desenvolvimento, denominada em alguns países por Mediação Penal.

Os métodos empregados para o desenvolvimento dos encontros restaurativos entre vítima e ofensor, seja a comunicação não violenta, escuta ativa, resgate do empoderamento, não estigmatização e reconhecimento do outro, fazem com que os participantes colaborem entre si para a construção de um resultado diferente dos até hoje apresentados, onde se possa alcançar um entendimento mútuo e com ele a responsabilização consciente do ofensor, assim como a reparação

dos danos, o arrependimento, o perdão (se possível), a cura ao trauma sofrido pela vítima e o fim do ciclo da violência.

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla expressamente a utilização de meios restaurativos nos processos, mas existem determinados espaços normativos que podem ser utilizados para sua aplicação. Assim, alguns dispositivos da legislação colaboram para o desenvolvimento das práticas restaurativas como: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95 e Lei 10.259/2001), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), Crimes de Trânsito (Lei 9.503/97), Maria da Penha (Lei 11.340/2006), Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE - (Lei 12.594/2012), entre outros (PRUDENTE, 2011, p. 62).

Frente a essa perspectiva e as novas demandas no judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ - emitiu em 2016 a Resolução nº 225 que dispõe sobre a Política de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, sob os argumentos de que a complexidade com que os conflitos e a violência vêm se apresentando, devem ser levados em conta os aspectos comunitários e sociais de cada pessoa; Além de promover à ampliação do acesso à justiça, que implica na busca de soluções efetivas de conflitos, compreendendo os meios alternativos e consensuais adequados a alcançar a pacificação da disputa (CNJ, 2016).

Assim, os ensaios teóricos acerca da Justiça Restaurativa, alinham-se com possibilidades de respostas mais humanas àqueles envolvidos direta e indiretamente com o crime, para que possam, baseados na afirmação de igualdade e do respeitos aos direitos humanos, proporcionar uma mudança cultural no tocante a forma de realização da justiça, assim como construir a consciência de que todo conflito pode ser tratado com diálogo e paz, não deixando de lado a responsabilização e a reparação dos danos por parte de quem tenha cometido um delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise da exposição de todo trabalho, pode-se concluir que a pós- modernidade, na qual a atual sociedade complexa encontra-se inserida, modificou as relações interpessoais dos cidadãos ao longo do tempo, gerando alterações no convívio social e econômico, onde as disputas por bens materiais tornaram-se mais acirradas, o que acaba gerando conflitos de ordem criminal, que são levadas ao Poder Judiciário para que o Estado, que detém o monopólio da justiça, possa dar uma resposta a quem tenha violado as normas pré-estabelecidas.

Concluiu-se também que, no atual sistema de Justiça Retributiva, onde o crime é compreendido como uma violação da lei e ao Estado, o foco de todo o processo é o ofensor, a vítima perdeu seu espaço. Atualmente a justiça é concentrada nas mãos do Estado, responsável por promover a justiça, o qual assume o lugar da vítima, momento em que a neutraliza no processo, passado a negligenciar seus direitos, necessidades e anseios, tratando-a como parte secundária no processo.

Pode-se constatar que o processo de expansão da violência pode receber contribuições também por parte da vítima, visto que o abandono pelo qual passa, seja por parte do Estado, seja pela própria sociedade, faz com que ela sinta-se impotente e injustiçada, frente a ação sofrida e a resposta que lhe é dada. Assim como o ofensor, uma vez responsabilizado com a pena de prisão, também passa a ser uma vítima, do abandono social e do sistema de justiça, que não oferece condições dignas que possam auxiliar no processo de reabilitação, ao contrário, retorna às ruas com maior violência e reincidindo nos atos criminais.

Pode-se dizer que o Direito Penal, constitui-se uma ferramenta de opressão ao cidadão, uma vez que tem o poder de controlar ou cercear o direito de ir e vir, e mesmo assim fracassa no controle da violência e da criminalidade, pois mesmo com o enrijecimento da lei a violência e o crime não diminuem.

Partindo-se dessa constatação, conclui-se que a Justiça Restaurativa vista como uma forma de complementar o sistema

de justiça criminal tradicional, e sob um novo formato de justiça participativa e colaborativa, pode trazer resultados diferentes dos até agora apresentados.

A Justiça Restaurativa pode ser compreendida como uma forma mais adequada de tratamento de conflitos, que prioriza a participação colaborativa de todas as partes envolvidas, ou seja, vítima, ofensor, comunidade e quem se achar prejudicado com a ação delituosa. Juntas e por meio da concepção do encontro, do diálogo pacífico e da comunicação não violenta elas podem conversar e expor seus sentimentos, problemas, necessidades, desejos, traumas, para que assim, possam chegar a um entendimento mútuo, um consenso, onde a vítima possa sentir-se empoderada na busca pelo tratamento do conflito, e o ofensor possa compreender o mal que causou à vítima e a consciência da sua responsabilização pelo ato cometido.

Essa forma de concepção da justiça criminal, por proporcionar uma mudança de paradigmas no modo de compreensão e tratamento do conflito, oferece a possibilidade de uma mudança cultural na busca pela realização da justiça e na transformação dos conflitos, contribuindo para a diminuição da violência e da criminalidade e seus reflexos na sociedade, bem como a construção de um Estado de paz social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In. *Justiça Restaurativa – Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).* Org. SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates. 2005, pp. 135-162. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em: 30 jan 17.

BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo – para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal.* Trad. Francisco Bissoli Filho. Doutrina Penal n. 10, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, p. 623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf.> Acesso em: 27 jun 16.

BERISTAIN, Antônio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/77195958/Antonio-Beristain-A-Nova-Criminologia-a-Luz-do-Direito-Penal-e-da-Vitimologia-2000> Acesso em 11 out 16.

BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro José. Os descaminhos de acesso à justiça. In. _____. *Diálogo e Entendimento – direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos.* V. 3. Rio de janeiro: Editora GZ, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1.* 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre Lei de Execução Penal. *Palácio do Planalto.* Brasília, DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 25 mar 17.

CHASE, Oscar G**.** *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada.* Trad. Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1º Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COLET, Charlise Paula; MARTINS, Janete Rosa. *O modelo de justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflito.* Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: EdiUri, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 225.* 2016: Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> Acesso em: 07 jan 17

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CRESPO, Aderlan. *Curso de criminologia: as relações políticas e jurídicas sobre o crime.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais.* 2º ed., São Paulo: RT, 2009.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In.: *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. Pp. 163-188.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico.* 14ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.

MANZANERA, Luis Rodriguez. *Victimología: estúdios de lavictima.* México: Porrúa, 1990.

NORDENSTAL, Ulf Cristian Eiras. *Donde está lavictima? Apuntes sobre victimologia.*1ª ed. Buenos Aires: LibreriaHistorica, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito Penal.* 8º ed. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal.* São Paulo: RT, 1999.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985.* Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html> Acesso em: 09 out 16.

PRANIS, Kay. Justiça Restaurativa e Processos Circulares nas Varas da Infância e da Juventude. *Justiça para o Século 21*. 2010. Disponível em: http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_424.pdf> Acesso em: 14 dez 16.

PRUDENTE, Neemias Moretti. *Algumas reflexões sobre justiça restaurativa.* 2008. Disponível em: http://www.justiciarestaurativa.org/news/algumas-reflexoes-sobre-a-justica-restaurativa> Acesso em: 21 nov 16.

ROSENBERG, Marshall. *Comunicação Não-violenta.* São Paulo: Ágora, 2006.

SILVA, Raíssa Z. L. Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.* Revista nº 18, jan – abr 2015. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo> Acesso em: 01 mai 2017.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa – A construção de um novo paradigma de justiça criminal.* Brasília: Ed. Thesaurus Jurídica, 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Metodo, 2012.

ZERH, Howard. *Trocando as Lentes – Um novo enfoque sobre o crime e a justiça restaurativa.* Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. *Justiça Restaurativa – Teoria e prática.* Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ROMPIMENTOS ESTRUTURAIS EM TEMPOS DE PÓS-MODERNIDADE: CONSEQUÊNCIAS DAS TRANSIÇÕES SOCIAIS PARA O ACOLHIMENTO DOS REFUGIADOS NA CONTEMPORANEIDADE[321]

Janete Rosa Martins[322]
Elisa Cardoso Ferretti[323]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A conformação da sociedade contemporânea é permeada por um conjunto de elementos característicos, dentre os quais podem ser destacados a incerteza e a mutabilidade de suas estruturas, o intenso questionamento de matrizes tradicionais, a ruptura de grandes relatos, a desumanização e fragmentação do corpo social, o aprofundamento de desigualdades sociais, além da constância de fenômenos paradoxais. Contrapondo-se aos pontos negativos, necessitam obter destaque os grandes avanços

[321] Artigo científico realizado como componente avaliativo da disciplina de Controle Social e Alteridade, ministrada pelo Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra.

[322] Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Professora da Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e da graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pertence ao Grupo de Pesquisa do Cnpq _ Conflito, Cidadania e Direitos Humanos.

323 Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS, Bolsista CAPES/PROSUC, Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (2021) e Direito Empresarial pela Faculdade Legale (2021), Bacharel em Direito pela Faculdade CNEC Santo Ângelo (2019). Pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado à Linha de Pesquisa II (Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos). E-mail: elisaacardosoo@gmail.com.

alcançados, como a velocidade e instantaneidade dos fluxos informacionais, o notável desenvolvimento científico e os grandes saltos tecnológicos na ordem da inteligência artificial, os quais, consequentemente, trouxeram exponenciais ganhos a todos os demais setores, energizando projetos científicos, acrescendo o poderio capitalista, transformando modos de produção, otimizando e facilitando a vida de grande parcela dos indivíduos e cooptando para uma nova etapa para a sociedade internacional no que condiz ao desenvolvimento humano e a proteção de seus direitos.

Com efeito, a transposição dos limites das sociedades tradicionais, em função da persecução de um progresso incalculável, conforme esperado a partir do desponte de uma cultura da globalização, condicionou a evolução da corrente sociedade contemporânea ao enfrentamento das consequências de suas instáveis transformações. Os problemas outrora enfrentados e as estruturas existentes em outros períodos, considerados a partir de uma evolução linear, atualmente, são insuficientes para confrontar a multidimensionalidade e complexidade de acontecimentos que ocorrem no mundo todo e podem ser instantaneamente conhecidos por todos. A intensa velocidade dos fluxos informacionais, o aprofundamento do poderio capitalista, além da dominação de grandes espectros hegemônicos tornam-se algumas das grandes marcas e desafios do presente século, atingindo significativas parcelas de indivíduos vulnerabilizados, a exemplo do grupo delimitado nesta pesquisa, os refugiados.

Diante de tais apontamentos, levando em consideração os aspectos negativos existentes na sociedade pós-moderna, tem-se um significativo acréscimo dos fluxos migratórios, especialmente nas modalidades de deslocamentos forçados, como os refugiados. Por isso, o trabalho encontra-se ancorado na análise de aspectos relevantes perpassados pelas sociedades no decorrer de grandes processos de transição até a atual complexidade enfrentada na sociedade contemporânea e as consequências decorrentes para a vida dos indivíduos mais vulnerabilizados, especialmente a negatividade e sofrimento envoltos na movimentação dos

refugiados e as dificuldades encontradas para sua inserção no contexto social dos países de acolhida. Portanto, a questão problema a ser enfrentada centra-se em abordar de que forma as rupturas decorrentes das transformações sociais, especialmente da sociedade contemporânea, aprofundam os processos de exclusão dos refugiados.

Objetivando o desenvolvimento do estudo, com base na utilização de método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico, primeiramente, direciona-se a uma abordagem de pontos de destaque com relação aos processos de transição das sociedades sob a ótica das análises empreendidas por relevantes teóricos, a exemplo de Zigmunt Bauman, Ulrich Beck, Anthony Giddens, Boaventura de Souza Santos, Costa Douzinas, entre outros, embasando a compreensão dos fenômenos atuais atinentes a sociedade complexa contemporânea. No segundo tópico, objetiva-se confrontar a impactante realidade dos fluxos migratórios mundiais, especialmente de refugiados, com os elementos negativos, característicos da sociedade atual relacionados a desumanização das relações sociais, a indiferença para com o diferente, o aprofundamento dos processos de exclusão social, a dificuldade de efetivação das políticas migratórias inclusivas, além da violação aos direitos humanos previstos em inúmeros documentos internacionais e nacionais.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRANSIÇÕES SOCIAIS E A COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Compreender a complexidade da sociedade em que o mundo se encontra inserido torna necessária a colocação de alguns aspectos históricos, denotando a forma como se alcançou o patamar evolutivo atual e, consequentemente, a forma como os entraves existentes serão analisados e explicados. Dessa forma, no presente tópico, objetiva-se delinear alguns elementos correlatos às transições sociais, especialmente as transformações proporcionadas pela Modernidade, pelo processo globalizatório e

o contexto atual. Em termos gerais, a contemporaneidade coloca à prova grandes estruturas, antes consideradas estáveis, bem como a sequência de progressos nos mais diversos setores, os quais, invariavelmente devem suportar regressões, demonstrando que o estudo a ser empreendido, além de uma conotação interdisciplinar, necessita considerar aspectos paradoxais, idas e vindas de uma sociedade em constante mutação.

As transformações e os avanços sociais, historicamente, são marcados por considerável ambivalência, segundo Juan Carlos de Pablos (2005), inscrevendo complexidades na história humana em diversos pontos e demonstrando que os contextos progressivos dominantes em determinadas formações sociais, ainda que relevantes para contribuições mundiais, são contrapostos por problemas, dificuldades e contrastes, verificados, inclusive, nas sociedades consideradas como as mais desenvolvidas. O entorno social, portanto, ainda que possua elementos comuns em sua formação estrutural[324], é objeto de diversos esquemas interrelacionados, cooptando em uma conformação característica para cada período, a partir da confluência de diferentes aspectos nas esferas econômicas, sociais, culturais, religiosas e individuais: "[...] ainda que cada sociedade experimente as mudanças de uma maneira particular, as transformações tem lugar de maneira contingente, isto é, carecem do caráter de necessidade histórica, uma vez que a vida social não segue as regras determinadas das ciências físico-naturais" (PABLOS, 2005, p. 99, tradução nossa)[325].

Diferentes tipos de formações sociais repercutem de maneiras distintas na vida dos indivíduos que as compõem, em

[324] O conceito de estrutura social trabalhado por Pablos faz referência a um "[...] conjunto o totalidad más o menos organizado, integrado por partes y procesos em continua interacción, que hacen que la vida social sea enormemente rica y compleja" (2005, p. 99).

[325] No original: "[...] aunque cada sociedad experimenta los cambios de una manera particular, las transformaciones tienen lugar de manera contingente, es decir, carecen del carácter de necesidad histórica, puesto que la vida social no sigue las reglas deterministas de las ciencias físico-naturales".

traços que, a cada transição ocorrida, passam a fazer parte da realidade histórica, tão importante para compreensão do momento presente e de futuros. Sob diferentes perspectivas, é notável que sociedades de cunho tradicional, conforme a classificação apresentada por Pablos (2005), apresentem detalhes evolutivos claros, como as sociedades de caçadores e coletores ocupando vasta extensão territorial, possuindo uma organização por parentesco, sua sobrevivência retirada diretamente da natureza e as questões de igualdade voltadas às diferenças de idade e sexo para cada tipo de trabalho; as sociedades agrícolas e pastoris se destacavam pela agricultura, pecuária, diversificação de tarefas mais complexas, cultos aos antepassados e um acréscimo na desigualdade social; as sociedades agrárias e os primeiros impérios trouxeram maiores avanços tecnológicos para o cultivo das terras, sofisticação das formas de governo, grande acúmulo de poder com as elites, aprofundamento das desigualdades e formação dos primeiros Impérios.

A tais sociedades, como pode ser observado, tem-se como ponto em comum a sua dependência dos elementos da natureza, a grande relevância conferida aos costumes (PABLOS, 2005), além de destacar-se que, à medida que sua gradual expansão foi sendo operada, tanto em aspectos referentes a modernização de seus meios, como a diversificação de suas estruturas, contribuíram para que a desigualdade social fosse sequencialmente aprofundada, esculpindo iniciais processos de exclusão dos mais desfavorecidos. Em continuidade, uma série de fatores contribuíram para a insuficiente manutenção de sociedades puramente agrárias, como o crescimento do número populacional, novos sistemas simbólicos, diversidade das formas de produção, possibilidade de um armazenamento dos produtos de forma mais ampla, organização mais complexa da vida social e grandes mudanças culturais, dando cabo ao movimentos iniciais para desponte da Modernidade e as profundas transformações a ela relacionadas para a reformulação da sociedade (PABLOS, 2005).

A conformação da Modernidade, segundo Anthony Giddens (2002), é composta pela multiplicidade de mudanças nas

estruturas sociais, essencialmente diferenciadas dos períodos anteriores, uma vez que dinamizaram a organização da sociedade a partir de uma roupagem mutável, de notáveis influências com impactos globais, abrangentes e radicais que afetaram tanto a vida social cotidiana em pontos pessoais, quanto mudanças em níveis institucionais. Ainda que alguns autores condicionem o seu surgimento a períodos muito mais antigos, especificamente aos grandes movimentos do século XV, os elementos característicos da Modernidade relacionam-se de maneira mais condizente com os sucessivos esquemas de modernização – crescimento amplo de setores de produção industrial, de campos tecnológicos, científicos e organizacionais –, as transformações e processos revolucionários que mudaram os rumos da humanidade a partir do século XVIII, como a Revolução Industrial e as Revoluções Democráticas, além dos destaques filosóficos da Ilustração (PABLOS, 2005). Dessa forma, acresce Giddens:

> Além de sua reflexividade institucional, a vida social moderna é caracterizada por profundos processos de reorganização do tempo e do espaço, associados à expansão de mecanismos de desencaixe – mecanismos que descolam as relações sociais de seus lugares específicos, recombinando-se através de grandes distâncias no tempo e no espaço. A reorganização do tempo e do espaço, somada aos mecanismos de desencaixe, radicaliza e globaliza traços institucionais preestabelecidos da modernidade; e atua na transformação do conteúdo e da natureza da vida social cotidiana (2002, p. 10).

Permeada por elementos característicos, conforme destaca David Harvey, a Modernidade compõe-se pelas marcas da efemeridade, fugacidade e fragmentariedade, de forma que "[...] não apenas envolve uma implacável ruptura com todas e quaisquer condições históricas precedentes, como é caracterizada por um interminável processo de rupturas e fragmentações internas inerentes" (2008, p. 22). A formação desse novo projeto

para a humanidade, recaía na necessidade de modernização das estruturas para libertação de fenômenos que assolavam as sociedades tradicionais anteriores, notadamente, estimular o domínio científico da natureza, promover novas formas de organização social, novos modos de pensamento, bem como a contestação de irracionalidades ligadas a questões religiosas, superstições, mitos e a própria condição sombria dos seres humanos, desvinculando-se do enraizamento nas tradições, nos costumes e nos hábitos estáveis do período anterior (HARVEY, 2008). Assim, rompendo-se com as questões tradicionais, com a linearidade evolutiva e inspirado pelos ideais iluministas, o progresso tomou o cenário da Modernidade, como uma de suas principais buscas, além de constituir-se enquanto "[...] movimento secular que procurou desmistificar e dessacralizar o conhecimento e a organização dosical para libertar os seres humanos de seus grilhões" (HARVEY, 2008, p. 23).

Os quadros industriais, por sua vez, ancorando significativos processos de modernização, formam uma das etapas de maior progresso da sociedade, alinhando questões econômicas, reformulando as estruturas sociais e os próprios modos de vida nas cidades. Todavia, na lição de Edgar Morin (2012), a crença no mito tecnoburocrático de um progresso linear e totalmente benéfico envolveu a sociedade moderna na neblina dos verdadeiros efeitos dos produtos do progresso, tanto em efeitos exteriores, como a intensificação da poluição ambiental pelos subprodutos industriais; como efeitos interiores, mormente a fragmentação de uma existência especializada, a disponibilidade material como fator de libertação, a perda de uma vivência solidária dos indivíduos em comunidade em função de sua dominação pela mecanização e automação industrial, bem como a crença no potencial messiânico do capitalismo e de soluções simplificadas para problemas artificiais. Dessa forma, todo desenvolvimento, independentemente de quais setores afetar, comporta determinadas regressões, perdas e confrontos que podem instabilizar estruturas sociais; e o progresso, a partir

de uma visão limitada, pode cegar e encobrir a complexidade dos entraves a serem enfrentados (MORIN, 2012).

Os processos de modernização, dessa forma, foram potencializados pelos aspectos revolucionários e pela evolução ligada à Revolução Industrial. Todavia, enquanto processos sociopolíticos, também repercutiram em pontos de desagregação social, impondo uma "[...] série de rupturas de laços sociais e familiares; a civilização urbana, as exigências da vida laboral, a perda dos costumes e tradições que outorgavam um sentido de quem se era e como deveria viver" (PABLOS, 2005, p. 115, tradução nossa)[326], de forma que tais processos de anomia social indicavam, desde já, o caráter fragmentário das relações sociais e a forma como estas eram afetadas pela dinâmica industrial. Despontaram benefícios para as searas econômicas, financeiras, industriais e tecnológicas, ao passo que os indivíduos se encontravam imersos em seu individualismo, afastando-se cada vez mais de questões comunitárias, de vínculos afetivos e solidários.

Neste percurso, no entanto, ainda que confluindo progressões e regressões concomitantemente, os processos de modernização caminharam em direção ao seu aprofundamento e a sociedade internacional mergulhou em mais uma etapa de grandes avanços. A variabilidade dos processos de globalização, abarcando múltiplos aspectos da realidade mundial, ascenderam como uma das fases que mais trouxeram mudanças para a organização de mercados globais, de processos de produção e da vida como um todo, tomando forma como uma estrutura de abrangência trasnacional, de interconexões mais diversificadas e de fluxos informacionais mais intensos. Conforme aborda Boaventura de Souza Santos, passou-se a conviver com uma sociedade em permanente movimento em todas as suas esferas, destacando-se a globalização enquanto um "[...] fenómeno

[326] No original: "[...] serie de rupturas de lazos sociales y familiares; la civilización urbana, las exigencias de la vida laboral, la pérdida de las costumbres y tradiciones que otorgaban un sentido de quién se era y cómo había que vivir".

multifacetado com dimensões económicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo" (2001, p. 398). Ressalte-se, contudo, que tais fenômenos, invariavelmente, abarcam consequências positivas e negativas, de forma que

> parece combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo, a diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro. Além disso, interage de modo muito diversificado com outras transformações no sistema mundial que lhe são concomitantes, tais como o aumento dramático das desigualdades entre países ricos e países pobres e, no interior de cada país, entre ricos e pobres, a sobrepopulação, a catástrofe ambiental, os conflitos étnicos, a migração internacional massiva, a emergência de novos Estados e a falência ou implosão de outros, a proliferação de guerras civis, o crime globalmente organizado, a democracia formal como uma condição política para a assistência internacional, etc (SANTOS, 2001, p. 398).

A globalização, enquanto fenômeno que promoveu intensas transformações nos conjuntos sociais, envolveu, consequentemente, os conflitos a estes inerentes, de modo que, conforme se verificam na maioria dos episódios históricos, "Frequentemente, o discurso da globalização é a história dos vencedores contadas por estes" (SANTOS, 2021, p. 248), traduzindo a proeminência de hegemonismos e parcelas de indivíduos de origem ocidental, em busca do maior acúmulo de poder e capital. À formalização de construtos hegemônicos, portanto, atribui-se grande parcela das dimensões desiguais desenvolvidas na sociedade internacional, conduzindo na histórica exploração dos povos mais vulnerabilizados e na exclusão de culturas consideradas como diferentes da padronização eleita. O sistema globalizante, inserindo valorosas transformações e avanços, agora direcionados a uma amplitude

global, igualmente conduziu a um aprofundamento da desestruturação social que começou a se afirmar nas transformações dos modos de produção industriais e não parou de ser intensificada, à medida que o mundo se modernizava cada vez mais.

O processo de globalização, dentre suas principais características, influiu em todo o contexto econômico, nas formas de produção, nos mercados de capitais, em um processo de mundialização de marcas e empresas para levar o consumo aos quatro cantos; influenciou no aumento do fluxo migratório, especialmente direcionado aos países mais desenvolvidos, aumentando a necessidade da mobilidade para a busca de uma vida com dignidade; expandiu os meios tecnológicos em grande monta, alargando o acesso tanto em âmbito institucional quanto particular; começou a delinear uma interconexão mundial, a instantaneidade dos conhecimentos e a propagação dos modos de vida ocidentalizados o que redundou em uma nova configuração do tempo e do espaço mundiais; seu viés político angariou uniões entre países, especialmente sob matrizes econômicas e monetárias; e, paradoxalmente, diante da mundialização das estruturas, reforçou perspectivas nacionalistas e hegemônicas, na tentativa de isolamento, segurança e defesa da ordem, alguns dos elementos que, na atualidade, trazem consequências negativas à integração das diferenças (PABLOS, 2005).

Nesse esquema, a ideia de globalização, ainda que aderente a uma perspectiva transnacional, adquiriu feições hegemônicas que alçaram as sociedades ocidentais mais desenvolvidas ao topo da escala de desenvolvimento econômico, tecnológico e militar, conduzindo a uma danosa dominação de outras culturas, submetidas ao poderio ocidental, além de gerar uma massa uniformizada que até hoje, promove, conjuntamente, inclusões e exclusões, ou seja, inclui indivíduos específicos e úteis às engrenagens capitalistas e exclui, indiscriminadamente, sujeitos descartáveis, vulneráveis e que passam a compor locais marginalizados, campos de refugiados, campos de trabalho escravo, entre outros (SANTOS, 2021). Esses delineamentos não

são recentes, tampouco surgiram apenas com os processos de modernização, mas inegável destacar o seu aprofundamento com a paradoxal fragmentação das unidades mundiais; ocidente e oriente, são interconectados pelas redes informacionais, porém, cada vez mais distanciados pelas perspectivas de dominação hegemônica ocidentalizadas.

Dentre várias características, produtos e consequências decorrentes das concepções modernas, a formação e solidificação da organização internacional na forma de Estados-nação torna-se um dos pontos mais relevantes, conforme destaca Giddens: "A modernidade produz certas formas sociais distintas, das quais a mais importante é o estado-nação" (2002, p. 21), contrastando significativamente das formações sociais das sociedades pré-modernas ou tradicionais. A fragmentariedade mundial, com a separação dos entes estatais, promoveu o endurecimento e isolamento das soberanias nacionais, tanto fisicamente, com o levante de fronteiras, como socialmente, ao barrar indivíduos estrangeiros e, assim, quebrar laços de solidariedade com àqueles sujeitos à mobilidade voluntária ou forçada. O Estado-nação, dessa forma, iniciou um processo mais abrangente de isolamento e perda de humanidade, ao isolar nacionais da responsabilidade pela ajuda humanitária, de forma que, segundo Donatella Di Cesare:

> A migração, nas formas e modos como se manifesta no novo milênio, é fenômeno da modernidade. Porque tem ligação estreita com o Estado moderno. Com a intenção de vigiar as próprias fronteiras, cuidar do território, controlar a população, os Estados-nação é que discriminam, marcam a barreira entre os cidadãos e os estrangeiros (2020, p. 27).

Nesse particular, os corpos sociais, transformando-se à medida que as estruturas econômicas e industriais foram alteradas, seguiam em constante desagregação e, nesse aspecto, destaca-se a modificação das relações de trabalho esquematizada

pelas nuances do fordismo. Agregando uma nova formulação dos modos de produção e das relações de trabalho, o fordismo, introduzido no esquema econômico-industrial por Henry Ford, ocupou-se dos mecanismos tecnológicos em ascensão para criar um círculo vicioso de produção, consumo e lucratividade, massificados em meio a uma "[...] nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista" (HARVEY, 2008, p. 117). Essa transformação significativa, promoveu a criação de um novo tipo de trabalhador, disciplinado para jornadas de alta produtividade, alheio às questões sociais, familiares, com poucos vínculos, o que, por consequência, conformou um novo tipo de indivíduo, adequado para uma nova organização social, uma vez que, "[...] novos métodos de trabalho 'são inseparáveis de um modo específico de viver e de pensar e de sentir a vida'" (HARVEY, 2008, p. 117).

Dentro desse contexto, a inserção social necessita acompanhar as transformações estruturais, de modo que os indivíduos pertencentes a determinado corpo social necessitaram remodelar seus comportamentos para que pudessem acompanhar a dinâmica moderna globalizada, uma vez que "[...] mudanças em aspectos íntimos da vida pessoal estão diretamente ligadas ao estabelecimento de conexões sociais de grande amplitude" (GIDDENS, 2002, p. 36). A dinâmica capitalista, reforçada a partir das mudanças operadas, além da dominação dos mercados e de instituições detentoras de significativo poder, pressionaram o contexto social como um todo a adequar-se aos seus padrões de produtividade e consumo, delineando-se, por consequência, uma sociedade individualista direcionada unicamente a satisfação de impulsos pessoais, a manutenção da competitividade, da aquisição de bens de consumo, de prestígio individual e da busca incessante por ordem e segurança (HARVEY, 2008).

As estruturas sociais, dessa forma, necessitaram sofrer uma releitura a partir de roupagens mais amplas, modernizadas e capitalizadas, em razão das grandes transformações incutidas nos

modos de produção, os quais, dentro de uma realidade em constante desagregação, não cessaram de sofrer transições. Nesse esquema, considerando a explosão de estruturas globalizadas, a ascensão dos avanços tecnológicos, a dominação capitalista muito mais enraizada em todas as estruturas da sociedade, os modos de produção remodelaram-se de um esquema fordista de produção e consumo em massa, para regimes de acumulação flexível, angariando novos espaços embasados pela automação e otimização do trabalho industrial e a aceleração da rotina de produção com a utilização de maquinários automatizados para uma maior lucratividade (HARVEY, 2008). A produção massificada e amparada em mecanismos tecnológicos, consequentemente mais eficiente, veloz e rentável, desprestigiava cada vez mais seres humanos para substituição mecanizada, modificando mais uma vez as relações de trabalho, atingindo os laços coletivos formalizados entre trabalhadores e o contato humano solidário. Nesse aspecto, consoante Franco Berardi (2020), em tempos de produção industrial, os trabalhadores enquanto membros das mesmas comunidades, possuíam um contato diário próximo, mais solidário e de mútuo auxílio, ao passo que o trabalhador da era informatizada faz parte de um mercado de trabalho extremamente individualizado e competitivo, no qual o objetivo é a acumulação de capital de forma isolada.

Cada transição operada na história da civilização culminou no surgimento de grandes oportunidades de progresso, estruturas sociais cada vez mais desenvolvidas e equipadas para fornecer aos seres humanos a possibilidade de evoluir seu entorno social, aparatos tecnológicos que propiciaram a intensificação e eficiência das redes produtivas e o aprofundamento de conhecimentos científicos para uma sociedade em contínua transformação. Contudo, pode-se verificar que, em função da constante modernização das formações sociais, de seus modos de organização e de produção, gradualmente, os laços humanos e a ligação com o coletivo foram objeto de notável desagregação, abrindo espaço para um indivíduo mais isolado e alheio ao

contexto social. Assim, conforme será detalhado no tópico seguinte, o preço a ser pago pela evolução global é algo que pode ser visualizado de uma forma cada vez mais clara na realidade contemporânea, com fulcro em sucessivos processos de exclusão social, desumanização, indiferença e irresponsabilidade pela vulnerabilidade de grande parcela da humanidade.

RUPTURAS PÓS-MODERNAS E A DESUMANIZAÇÃO DO OUTRO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS NA CONTEMPORANEIDADE

Ultrapassadas algumas das grandes transições operadas na história, destacam-se, no presente tópico, os acontecimentos dominantes no cotidiano da sociedade contemporânea e que envolvem uma transição de paradigmas mais intensa, pois operante em uma fração de tempo muito mais veloz que em décadas ou até mesmo séculos anteriores. O mundo muda de forma muito rápida e cada vez mais os indivíduos se deparam com condições anômalas, dificuldades para acompanhar os fluxos sociais e entraves aos seus direitos básicos com a modificação drástica de seus modos de vida para uma submissão à dominação capitalista, à vivência em uma sociedade de laços fragmentados, estruturas combalidas e uma instabilidade que se apresenta enquanto uma das grandes marcas da vida contemporânea.

Segundo Giddens (1991), a desorientação enfrentada em função das descontinuidades, desconexões e desagregações dos novos processos sociais, demonstram que a compreensão do novo período é mais complexa do que o imaginário social pode perceber em uma análise simplificada, de forma que se faz necessário, mais do que definir questões terminológicas, compreender as consequências do período moderno e as implicações atuais de tais fenômenos residuais. A nova era, inaugurada principalmente pela magnitude dos avanços tecnológicos e a consequente remodelação das searas científicas, econômicas, sociais e culturais, iniciou transbordando incertezas e inseguranças, apresentando uma nova organização societal, a

mais dinâmica e avançada até o momento, bem como a mais difícil de ser acompanhada. Nesse sentido, muito ainda se desconhece acerca das implicações pós-modernas, de modo que diversas são as denominações possíveis para a nova formação social, assim como diversas são as consequências decorrentes de seus elementos, pelo que se pode destacar o comparativo de Luis Alberto Warat:

> O discurso da modernidade emprega termos como: determinismo, racionalidade, universalidade, progresso, emancipação e um amanhã melhor. O discurso da pós-modernidade susta a fragmentação, os universais demarcados, as generalizações localizadas, diversos jogos de linguagem. Alguns dos termos que usa são: desconstrução, alternativa, descentralização. A modernidade foi abundante em 'ismos': cientificismo, iluminismo; a pós-modernidade é rica em 'pós': pós-sexualidade, pós-política, pós-estética. pós-história, pós-ciência (2004, p. 127).

Nesse horizonte, a história é demarcada por inúmeros processos transformativos, delineando e impondo novas estruturas, novas formas de dominação, novos centros de controle das sociedades, além de decompor antigas estruturas para que, diante da gradual complexidade ancorada no decorrer dos séculos, as novas formações sociais possam enfrentar os novos ideais impostos. Conforme aborda Ulrich Beck (1997), utilizando-se da denominação "modernização reflexiva", a fração contemporânea da história desenvolve-se a partir da contestação dos preceitos e fundações presentes nas sociedades tradicionais e industriais, para que então, englobando sucessivas metamorfoses, possa ser radicalmente transformado o contexto social, de forma que "[...] a modernização reflexiva significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade" (BECK, 1997, p. 12). Dessa forma, a transmudação de certezas, que começou a sofrer com o impacto da organização industrializada da era moderna, abriu

caminho para que uma nova agenda pudesse despontar, marcada por avanços até então considerados impensáveis, como o destaque para as tecnologias permeadas pelos sistemas de inteligência artificial, entre outros artifícios que otimizam vários setores da vida humana.

No particular, a nova formação social enfrenta novas etapas e novos riscos em uma espécie de modernização da modernização, além de que "A transição do período industrial para o período de risco da modernidade ocorre de forma indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização" (BECK, 1997, p. 16), especialmente potencializada pelos avanços tecnológicos e por todo potencial que o ser humano tem sido capaz de desenvolver, sendo constantemente remodelada, reorganizada ou reformulada, nos termos trabalhados por Giddens (1997). São constantes os movimentos de desincorporação, destradicionalização e mutação, instabilizando os pilares da formação tradicional para introdução de novos elementos, novas formas de relações sociais, modos de produção e de modos de vida, todos repercutindo de forma exaustiva na vida dos indivíduos. Nesse sentido, introduz-se uma das grandes consequências das transições sociais, mormente a perda dos relatos, da estabilidade e da confiança, formando um indivíduo cada vez mais isolado e indiferente:

> A condição da pós-modernidade é caracterizada por uma evaporação da grand narrative — o 'enredo' dominante por meio do qual somos inseridos na história como seres tendo um passado definitivo e um futuro predizível. A perspectiva pós-moderna vê uma pluralidade de reivindicações heterogêneas de conhecimento, na qual a ciência não tem um lugar privilegiado (GIDDENS, 1991, p. 08-09).

O indivíduo, no decorrer dessa jornada, é atingido por novas relações sociais imersas em pautas econômicas, consumeristas e tecnológicas, de forma que a sua posição na

realidade social se apresenta cada vez mais solitária em função do processo de individualização que dissocia a sua vivência das relações coletivas, afetivas e familiares, formando um sujeito que esteja apto a suprir as demandas produtivas dos quadros capitalistas em sua totalidade (BECK, 1997). Dessa forma, problemas, ambivalências, ameaças e as raízes competitivas da sociedade, que antes poderiam ser enfrentadas de forma coletiva, solidária e com amparo em uma comunidade mais próxima, atualmente "[...] devem ser cada vez mais percebidas, interpretadas e resolvidas pelos próprios indivíduos" (BECK, 1997, p. 18). Tornando-se responsável por todas as questões atinentes aos modos de vida e considerando que o trabalho na forma tradicional perdeu sua função social, o indivíduo tem a necessidade de manter intensa produtividade na busca por sobrevivência em uma realidade econômica exaustiva e permeada por uma constante sensação de medo e insegurança, decorrentes de uma sociedade que se constituiu de forma instável.

Todos esses aspectos da vida social atual expõe os seres humanos ao extremo da abordagem individualista, informando a ruína de sentimentos como solidariedade, humanidade e alteridade (BECK, 1997). O conjunto complexo das inter-relações contemporâneas impõe uma intensa carga oriunda da busca incessante por sucesso, realizações financeiras e patrimoniais, frutos de práticas conduzidas pelas engrenagens capitalistas hegemônicas que embasam a felicidade e realização humanas em questões monetárias. Essa singularidade da vida pós-moderna conduz ao mal-estar cada vez mais quantitativo de indivíduos que se apresentam enquanto inaptos para suportar as cargas de trabalho, sem potencial financeiro para compor uma sociedade consumerista, sem poder suficiente para afirmar-se perante estruturas dominantes e sem amparo, uma vez que desviados de seus referenciais afetivos, intelectuais e alienados em torno do mundo do consumo, das mercadorias e do capital.

As sociedades tradicionais possuíam redes de solidariedade, indivíduos separados em sistemas organizados, produtividade industrial ainda regulamentada por funções sociais,

crenças solidificadas que proviam certa segurança; porém, a nova formulação social apresenta-se dominada por um capitalismo transfronteiriço, por fluxos informacionais instantâneos, pela complexidade das conexões locais e globais, asfixiando os indivíduos a partir dos contornos pós-modernos, destituídos de bases estáveis, ordenadas e seguras. Nesse sentido, tem-se a perda dos grandes relatos, dos mitos, das crenças, dos fundamentos religiosos e de uma moral unívoca, em decorrência da centralização do indivíduo como detentor da razão, uma das grandes responsáveis por instabilizar e fragmentar a vida social, o que, consequentemente, enfraquece laços sociais humanizados e a abertura para o reconhecimento e preocupação com o sofrimento de indivíduos fora dos limites fronteiriços, conforme destaca Jean-François Lyotard:

> Desta decomposição dos grandes Relatos, [...] segue-se o que alguns analisam como a dissolução do vínculo social e a passagem das coletividades sociais ao estado de uma massa composta de átomos individuais lançados num absurdo movimento browniano. [...] é um caminho que nos parece obscurecido pela representação paradisíaca de uma sociedade 'orgânica' perdida (2009, p. 28, supressão nossa).

O misto de fragilidades encontradas no desenvolvimento das sociedades e principalmente na configuração da sociedade pós-moderna, somadas a intensidade e velocidade das mudanças que acrescem continuamente a história, são observadas, na análise social empreendida por Zygmunt Bauman (2005), como caracteres de uma sociedade que, rompendo com ideais solidários e comunitários, lança-se à margem da movimentação capitalista, perde seus traços humanos, liquida com uma atuação pautada pela alteridade e humanidade, de forma que o estudo objetiva conectar essas reflexões com as dificuldades de um efetivo acolhimento dos refugiados por sociedades que há muito perderam seus traços hospitaleiros. Segundo Bauman, "Nosso

planeta está cheio" (2005, p. 11), porém, não como uma afirmação geográfica, tampouco fisicamente considerada, e sim, ética e sociologicamente analisada. A vida humana tornou-se uma constante construção de barreiras em busca da segurança que uma sociedade das incertezas não consegue prover; uma luta contínua por integração em espaços cada vez mais restritos e uma realidade perversa de milhões de indivíduos descartáveis, indesejáveis ao sistema e taxados como lixos humanos (BAUMAN, 2005).

Toda formação social, no decorrer dos séculos, produziu seus próprios estranhos, como aqueles indivíduos que não se encaixavam nas estruturas consideradas pelos padrões dominantes de normalidade presentes em cada período da história da civilização, sujeitos que geravam incertezas, que causavam mal-estar social e acabavam por ser direcionados à purificações, exclusões e expulsões (BAUMAN, 1998). O que diferencia os estranhos, nesse aspecto, é que "[...] cada espécie de sociedade produz sua própria espécie de estranhos e os produz de sua própria maneira, inimitável" (BAUMAN, 1998, p. 27). Nesse ponto, os constantes processos de modernização, reforço de fronteiras e defesa frustrada de uma ordem instabilizada, culminaram na formalização de parcelas de indivíduos que deveriam ser descartados dos quadros sociais, denominados por Bauman (2005) como "refugos humanos", "seres humanos refugados", "excessivos" e "redundantes", ou ainda por Berardi (2020) como "resíduos irredutíveis". Essa formação padrão, em busca da ordem e eliminação daqueles que são considerados como sobras, é aprofundada na contemporaneidade, muitas vezes de uma maneira velada, são silenciadas milhões de vidas, enraizando na história processos de exclusão cada vez mais complexos:

> Os refugiados são refugo humano, sem função útil para desempenharem na terra a que chegaram e na qual permanecerão temporariamente, nem a intenção ou perspectiva realista de serem assimilados e anexados ao novo corpo social. De

> sua localização atual, o depósito de lixo, não há retorno nem estrada que leve em frente [...] (BAUMAN, 2005, p. 98, grifo do autor).

As estruturas estudadas no primeiro tópico são relevantes para a compreensão da forma como as interações globais atingem a vida dos indivíduos e contribuem no aumento dos números de seres considerados descartáveis. No estudo desenvolvido por Saskia Sassen (2016), fica clara a importância de considerar aspectos do desenvolvimento das nações do Norte e Sul global, especialmente as formas de crescimento econômico e suas consequências para cada tipo de formação social, para explicar uma das fases mais obscuras e de difícil solução na sociedade atual, a fase das chamadas *expulsões*. Segundo a autora, as disparidades econômicas e a profunda desigualdade existente entre as nações, contribuem para generalizar condições extremas, condicionando um número cada vez maior de indivíduos ao contínuo empobrecimento, enquanto alguns poucos concentram expressões monetárias inimagináveis, o que, por consequência, se apresenta como causa do aumento das expulsões, seja de "[...] projetos de vida e de meios de sobrevivência, de um pertencimento à sociedade, e do contrato social que está no centro da democracia liberal" (SASSEN, 2016, p. 39).

Nesse contexto econômico, as formações sociais de marcas capitalistas profundas, realizam o que Sassen (2016) vai apresentar como uma limpeza étnica motivada por questões econômicas, resultando na eliminação de grupos e indivíduos que se apresentem problemáticos ao sistema capitalista, na mesma lógica dos refugos humanos da ordem consumerista, corroborando para o acréscimo exponencial do número de deslocados pelo mundo, invisíveis às estruturas contemporâneas do capital. Assim, diferentes questões estruturais acrescem de maneiras diversas a mobilidade humana atualmente, diferindo na forma como serão compreendidas e enfrentadas as formas de recebimento de refugiados e migrantes: "As taxas de desemprego, emigração, deslocamentos, pobreza e suicídios são variáveis úteis

nos países do Norte Global. Os deslocamentos por causa de guerras, as doenças e a fome talvez sejam variáveis úteis no Sul Global" (SASSEN, 2016, p. 66).

A magnitude da emblemática crise migratória global envolve números que são acrescidos diariamente em função de uma grande variabilidade de motivações que obrigam a movimentação transfronteiriça de refugiados atualmente, de modo que, mais de 82,4 milhões de indivíduos deslocaram-se pelo mundo no ano de 2020, segundo dados do Relatório Tendências Globais, anualmente atualizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (2021). Deste número global, cerca de 26,4 milhões de indivíduos movimentaram-se na condição de refugiados, 48 milhões de deslocados internos, 4,1 milhões solicitantes de asilo e 3,9 milhões deixaram a nação venezuelana para buscar abrigo no exterior (UNHCR, 2021). Em comparação com os números do ano anterior, pode-se observar um acréscimo de 2,9 milhões de indivíduos nos números totais, dentre os quais, especificamente, 400 mil refugiados, estes que, atualmente, são acrescidos pelo número massivo de ucranianos em situação de refúgio.

Conforme aborda Bauman, "Uma vez refugiado, sempre refugiado" (2005, p. 100) e os caminhos disponíveis para estes, em sua grande maioria, não são agradáveis. As condições degradantes acompanham os indivíduos deslocados em todos os momentos de sua movimentação transfronteiriça, desde a saída de suas localidades de origem, permeadas por contextos de perseguições, violações de direitos, condições de vida marginalizadas, guerras e conflitos intermináveis; perigosas travessias realizas com meios de locomoção totalmente precarizados, marcando a luta pela sobrevivência incerta; e o maior receio com a chegada nas nações para solicitar acolhimento, o que, na prática, apresenta-se como um grande desafio diante da ausência de políticas migratórias verdadeiramente efetivas que sejam amparadas pela população local. Diante de toda a configuração social pautada na incerteza, insegurança e instabilidade com a perda de referenciais sociais

que pudessem representar alguma forma de segurança, a entrada de refugiados nas fronteiras é vista com temor, medo e repulsa, acrescendo processos de exclusão cada vez mais negativos.

Diante da insegurança que permeia as relações sociais restantes e o egoísmo que conduz a competitividade individualista guiada pelas mazelas do capital, o acolhimento de refugiados tornou-se uma questão enfrentada sob o viés da hostilidade, a partir de uma atuação policiesca que promove uma constante busca pela manutenção de uma falsa sensação de ordem, da proteção dos bens dos cidadãos e o engessamento do acesso às fronteiras, burocratizando ainda mais o recebimento dos indivíduos. Conforme menciona Cesare, "[...] a migração aparece como uma fenda aberta na integridade da ordem política, uma subversão temível e assustadora" (2020, p. 186), que deve ser tratada com estranheza, desconfiança e distanciamento, pois, nessa equação, "O imigrante é um corpo estranho, que perturba a ordem pública, um corpo fora de lugar, que não se integra, de cuja superfluidade não se sabe como se livrar" (CESARE, 2020, p. 187).

A contemporaneidade, conforme abordado, tornou-se fragmentada, instável e efêmera, onde facilmente operam-se cotidianas exclusões de indivíduos considerados supérfluos e descartáveis aos olhos de uma formação social individualista, competitiva e desumana, o que, consequentemente, reforça a "[...] fragilidade e o caráter facilmente descartável das identidades individuais dos laços inter-humanos que estão representados na cultura contemporânea como a substância da liberdade individual" (BAUMAN, 2011, s.p.). Além de sua descartabilidade perante o sistema de capital que informa a organização da sociedade, os refugiados são igualmente atingidos pela ausência de preceitos solidários por parte dos indivíduos, fator decorrente da ruptura dos laços sociais, do distanciamento de conexões coletivas e do amparo mútuo entre sujeitos que, em verdade, pertencem a uma única humanidade e deveriam, portanto, externar comportamentos mais humanos, empáticos e hospitaleiros. A ausência de verdadeiras conexões sociais

desumaniza cada vez mais o entorno social e dificulta o recebimento de todos aqueles que necessitam de acolhimento:

> A desumanização abre caminho à exclusão da categoria de seres humanos legítimos, portadores de direitos, e leva, com nefastas consequências, à passagem do tema da migração da esfera da ética para a das ameaças à segurança, prevenção e punição do crime, criminalidade, defesa da ordem e, de modo geral, ao estado de emergência comumente associado à ameaça de agressão e hostilidades militares (BAUMAN, 2017, p. 84).

A partir do estudo realizado, pode-se destacar que os entraves existentes em torno dos fluxos migratórios de refugiados, na atualidade, são agravados em função da complexidade e perversidade das estruturas sociais contemporâneas, marcadas por sua constituição individualista, fragmentada e excludente. A movimentação de refugiados, nesse sentido, é atingida em vários aspectos, notadamente, em razão de sua exclusão social e descartabilidade, formando os grupos de refugos humanos, incapazes de se fazer integrados na estrutura capitalista; e ainda, em função da desumanização das relações socias, com a perda de grandes relatos, da constante sensação de insegurança, falta de confiança e ausência de pautas solidárias, a formação social atual termina por hostilizar o diferente que adentra em suas fronteiras em busca de abrigo, demonstrando o potencial desumano e a maldade que se encontra inserida nos quadros sociais, inviabilizando um olhar mais humano e atento à vulnerabilidade que assola os grupos refugiados no mundo e que dificulta o desenvolvimento de práticas acolhedoras, inclusivas e com respeito aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, os indivíduos foram sendo atingidos pelos reflexos de sociedades em constante mutação, imersas em progressões e regressões, afetadas pela modificação de seus

centros de poder, diferentes processos de modernização, reorganização social, reformulação de paradigmas, contestação de crenças, de certezas e das formas de enfrentamento de períodos de grandes transformações socioeconômicas e de todas as suas implicações decorrentes. Nesse contexto, o trabalho objetivou delinear as principais transições sociais, demonstrando que as estruturas mundiais, à medida que se tornavam mais desenvolvidas, envoltas em relações mais complexas, dinâmicas e diferenciadas, incutiam a necessidade de modificações nos modos de vida dos indivíduos, aprofundando desigualdades sociais e intensificando processos de exclusão.

Dessa forma, seja no contexto das sociedades tradicionais, nos aspectos inéditos e revolucionários da formação moderna, nas vertentes modernizantes dos processos industriais, nas concepções transnacionais e diversificadas do contexto globalizatório, até a efemeridade da vida pós-moderna, os indivíduos foram jogados no turbilhão de transições sociais, convivendo com a necessidade de atender aos requisitos de cada forma de organização social. Essa exigência, contudo, afirma-se muito mais complexa nos tempos contemporâneos, em função das experiências intensas que o período pós-moderno vem impondo à sociedade internacional. Assim, tem-se um momento de constante desagregação, fragmentariedade, instabilidade, incertezas, volatilidade e velocidade, envolvendo os atores sociais em uma intensa variabilidade de caracteres, um mar de heterogeneidades que são aplacadas por hegemonismos dominantes, redes intermináveis de interconexões, informações, Internet, inteligência artificial, entre tantos outros exemplos que podem ser colocados perante a nova formação social. Seus pilares instáveis acabam por fundamentar relações pautadas na indiferença, insegurança e medo, formalizando reinvindicações pautadas na busca pela instituição da ordem, do barramento das diferenças e do reforço de fronteiras territoriais, isolando o corpo social das tensões e complexidades envolvendo corpos daqueles considerados estranhos.

A contemporaneidade, nessa linha nada lógica, envolve momentos de profundas contestações, rupturas de laços sociais, humanos e solidários que envolviam os indivíduos em séculos anteriores, para redundar na constituição de uma organização social extremamente individualista, competitiva, fragmentada e, paradoxalmente, cada vez mais distanciada. Nesse horizonte, os indivíduos pós-modernos desenvolvem-se distanciados de uma formação coletiva, de verdadeiras relações sociais e do exercício de caracteres como a empatia, a alteridade e a humanidade, uma vez que se encontravam imersos perante estruturas capitalistas, nos modos de produção gradualmente automatizados e no centro de um mundo marcado pela competitividade, acumulação e fugacidade.

Consequentemente, em razão da constituição de uma sociedade notavelmente excludente, indiferente e incapaz de contornar problemas complexos a partir de análises igualmente complexas, são acrescidos os números de indivíduos vulnerabilizados, descartados pelas formas de organização capitalistas, excedentes indesejáveis para compor o entorno social, refugos humanos dos quais criam-se barreiras intransponíveis ao reconhecimento e integração de diferenças, elementos facilmente eliminâveis de uma sociedade que se afirma, de forma contraditória, como altamente desenvolvida e próspera. Os contornos desiguais são profundos, os processos de exclusão são diários e a ausência de uma preocupação efetiva pela garantia de dignidade e direitos aos indivíduos mais vulneráveis não ganha espaço entre o mar de competitividade da sociedade capitalista, tecnológica e informatizada.

Nesse espaço, a vida de milhões de refugiados é permeada pela indiferença, desumanização e ausência de solidariedade, consequências da formação contemporânea que apenas possuem como tendência a sua intensificação. Indivíduos marcados por intensa vulnerabilidade em todo o processo de movimentação transfronteiriça, os refugiados são atingidos pela perversidade do sistema capitalista que expurga sua presença, qualificando-os como inaptos a prosseguir os desejos de uma sociedade dominada

por esquemas monetários, financeiros, consumeristas e informatizados. Além disso, são cotidianamente atingidos pela atual formação social desumana que os inferioriza, deslegitima e exclui, como consequência das inúmeras rupturas ocorridas ao longo da história, especialmente as transições pós-modernas, as perdas de seus referenciais, de seus grandes relatos, da proximidade comunitária e do sentimento de alteridade, empatia e hospitalidade.

Dessa forma, a efetivação dos direitos humanos dos refugiados, a implementação de políticas e práticas migratórias inclusivas, a possibilidade de efetivo reconhecimento das diferenças e integração social das diversas culturas, permeando a constituição de diálogos interculturais, necessita de uma reformulação de paradigmas, e, possivelmente, de uma nova e significativa transição social, o que se espera em uma fração de tempo muito mais curta. Por consequência, a formalização de uma nova sociedade dependerá de uma nova roupagem para todas as estruturas globais, especialmente, mudanças especiais nos comportamentos humanos, objetivando o respeito mútuo, a união e a cooperação mundial pelo resguardo de um futuro comum a uma única humanidade que necessita florescer embasada na alteridade, na humanidade e no amor.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zigmunt. **Estranhos à nossa porta.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BERARDI, Franco. **Asfixia**: Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. Trad. Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social econômica. São Paulo: UNESP, 1997.

CESARE, Donatella Di. **Estrangeiros residentes**: uma filosofia da migração. Trad. Cézar Tridapalli. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social econômica. São Paulo: UNESP, 1997.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 12ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Trad. Francisco Morás. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

PABLOS, Ruan Carlos de. Las sociedades, la sociedade. In: REQUERENA, Antonio Trinidad; USSEL, Iglesias de (Coord.). **Leer la sociedad**: una introducción a la sociologia general. Madrid: Tecnos, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/j.ctvt6rkt3.14.pdf?refreqid=excelsior%3A7b9e04ca43b631827c444fddeb98311b&ab_segments=&origin=. Acesso em: 07 mar. 2022.

SASSEN, Saskia. **Expulsões**: brutalidade e complexidade na economia global. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

UNHCR. **Global Trends**. Forced Displacement in 2020. 2021. Disponível em: https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/60b638e37/global-trends-forced-displacement-2020.html. Acesso em: 13 mar. 2022.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o Ofício do Mediador. Vol. III. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2004.

DESAFIOS DA REGULAÇÃO JURÍDICA DO REFÚGIO AMBIENTAL: ACIDADANIA TRANSLOCAL COMO POSSIBILIDADE[327]

João Martins Bertaso[328]
Franciele Seger[329]

INTRODUÇÃO

Inúmeros povos nos próximos anos ou décadas deverão enfrentar um colapso produzido por catástrofes ambientais e/ou condições climáticas desfavoráveis, as quais alterarão radicalmente as condições de vida para todas as pessoas envolvidas, forçando-as ao deslocamento: são os denominados refugiados ambientais. São pessoas em situações de fuga visto que os espaços onde vivem são destruídos por forças da natureza, agravadas pela ação humana, obrigando-as a deixar temporária ou definitivamente seus locais de origem ou de residência.

---

[327] Artigo originalmente publicado na Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 3, p. 116-137, set/dez 2019 ISSN 2318-8650.

[328] Pós doutoramento pela UNISINOS. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina 2004). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1998). Especialista em direito pela UFSM. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo (FADISA/1982) e em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Santo Ângelo (1976). Professor Pesquisador vinculado a URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo-RS. Coordenador executivo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado - URI - Ângelo-RS. Líder do grupo de pesquisa intitulado "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", vinculado ao CNPq. Email: joaomartinsbertaso@gmail.com

[329] Advogada e Mestre em Direito pelo Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Doutorado e Mestrado, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo, Turma 2017. Bolsista da CAPES. E-mail: franci.seger@hotmail.com

Apesar disso, há uma indefinição quanto à nomenclatura dos refugiados ambientais, assim como inexiste reconhecimento jurídico desse grupo de pessoas. Ainda, eles sofrem constantemente com a hostilidade, o estranhamento e a negação da população dos países de destino, que acaba por relega-los à exclusão. Diante disso e do fato de que qualquer um poderá vir a ser um refugiado ambiental, ante a ameaça do aquecimento global, das mudanças climáticas e dos desastres ambientais sobre a vida humana e sobre os lares que aparentam ser seguros, opta-se pela cidadania translocal,[3]proposta vinculada aos direitos humanos e à dignidade humana, como alternativa de reconhecimento e aceitação desses grupos de pessoas vulneráveis, elevando a vida humanae relativizando o vínculo com a nacionalidade.

Por outro lado, impõe-se uma reflexão quanto à relação homem-natureza, fazendo-se necessário uma mudança de paradigma, através da subjetividade de cada um, por meio do desejo de querer um mundo melhor, onde todas as formas de vida sejam preservadas, adotando-se o amor como cuidado, o cuidado de cada um por todos. Assim, lança-se um olhar fraterno, solidário e alteritário sobre o Outro, seja ele estrangeiro, refugiado, migrante ou nacional de um Estado. Tudo isso faz parte do propósito da cidadania translocal, mediadora das diversas intercultural, a qual visa garantir a todos e a cada um dos direitos humanos, a igual dignidade humana a todas as culturas.

Para tanto, o artigo se estrutura em duas seções. Na primeira seção far-se-á algumas considerações sobre a cidadania, partindo do seu viés nacional para um alcance translocal. A partir daí, na segunda seção, tratar-se-á sobre os refugiados ambientais,na qualidade de nova categoria de migrantes no cenário mundial, desprovida de reconhecimento e proteção jurídica, que sofrem constantes violações, apontando a

cidadania translocal[330] como uma possibilidade de reconhecer, aceitar e garantir direitos humanos e dignidade humana a esse grupo de vulneráveis.

Isso porque, o atual modelo de cidadania nacional revelou-se homogeneizador e excludente de grupos vulneráveis, tais como os refugiados ambientais. O ensaio pretende, assim, pensar caminhos possíveis paraincluir grupos excluídos,preservar, reconhecer e respeitar a pluralidade de valores de cada um a nível local, nacional e global, independentemente da sua nacionalidade, já que estes fatores têm sidoutilizados como escudo para barrar a entrada de milhares de refugiados em diversas partes do mundo.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CIDADANIA: DA CONCEPÇÃO NACIONAL AO ALCANCE TRANSLOCAL

Historicamente, a cidadania assumiu diferentes formas em consonância com os diversos contextos culturais. O tradicional conceito de cidadania assumiu uma gama de interpretações, dentre as quais a ideia de Thomas H. Marshall se destaca, vez que ele generalizou o conceito de cidadania, agregando a ele os direitos civis, políticos e sociais.

Marshall[331] defendia a ideia de igualdade humana fundamental associada à participação integral na comunidade, afirmando que para a desigualdade de classes ser aceitável, a igualdade de cidadania deve ser reconhecida. O sociólogo concebeu cidadania como "[...] um modo de viver que brotasse de dentro de cada pessoa e não como algo imposto a ele de fora". O problema é que a cidadania acabou se tornando o

[330] Essa concepção de cidadania foi desenvolvida em projeto de tese de João Martins Bertaso (2004, UFSC), que relativiza o vínculo com a nacionalidade, e prioriza a realização da cidadania aos direitos humanos e ao princípio da dignidade humana.

[331] MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 62.

alicerce da desigualdade social legalizada.

Assim, prevalecia no século XIX e XX, o modelo nacional de cidadania, onde se acreditavaser possível transformar sociedades multiculturais e multiétnicas em sociedades nacionais monoculturais. Havia, dessa forma, uma ligação entre identidade e cidadania[332]. Pretendia-se inserir nas pessoas características (valores, práticas culturais, formas de agir, etc.) semelhantes, a fim de tornar a comunidade homogênea, com apenas uma cultura.

A partir do último quarto do século XX, passou-se a pensar a cidadania como característica dos homens livres e iguais em dignidade e direitos, independentemente do Estado de pertença do cidadão, passando os direitos humanos e a cidadania a potencializar as lutas daqueles que viviam em situações de indignidade[333]. Momento em que a cidadania passa a alcançar outro patamar de definição, muito mais abrangente e adequado às necessidades sociais, embora ainda haja um forte vínculo com o Estado nacional.

Entretanto, o conceito moderno de cidadania[334], ligado ao Estado nacional e tomado como exercício dos direitos políticos (votar e ser votado), excludente e homogeneizador, mostra-se ultrapassado e incapaz de abraçar novas situações que ocorrem hodiernamente, razão pela qual se pretende a superação dessa acepção deveras fechada.

---

[332] BERTASO, João Martins. Cidadania Translocal: tecendo possibilidades. Revista Novos Estudos Jurídicos. V. 19, n. 3, p. 904-925, set./dez. 2014, p. 907-908. ISSN: 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6673>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[333] Idem.

[334] Para Bertaso (2009, p. 17) "A cidadania moderna se fez na perspectiva igualitarista, que potencializou a comunidade matematizada pelo poder político: cada cidadão vale um voto; o cidadão como fonte de autogoverno interno, fonte das regras que ele próprio obedece".

Por isso, em tempos caos globalizado, de catástrofes ambientais, de crise migratória, é preciso pensar numa cidadania translocal e solidária.[335] O cidadão não pode restar restrito ao exercício de direitos políticos e a uma nacionalidade. Isso porque esse modelo acaba por excluir/negar os outros, diferentes, estranhos/estrangeiros. É preciso superar essa acepção de cidadania e introduzir em seusgenes a diferença e a alteridade para então conviver na diversidade de culturas, crenças e valores.
Ou seja,

> Trata-se de reconhecer a universalidade da ideia de cidadania, não mais como um componente de integração de "nós" e da exclusão do "outro", mas em dar aspossibilidades políticas e jurídicas que fazem as condições de o ser humano construir-se no cotidiano de suas práticas sociais como transeunte visitante e/ou residente. Essa nova cidadania é adequada às lutas emancipatórias que marcarão a legitimidade dos governos democráticos no século XXI, contribuindo para o avanço da civilização.[336]

Além disso, há necessidade da realização da cidadania vinculada à prática efetiva dos direitos humanos, tanto por parte do Estado como por parte do cidadão, de tal sorte a afirmar- se valores e princípios não somente aptos a alcançar um padrão de vida com qualidade, mas também para o ser humano afirmar uma relação de equilíbrio e harmonia com a natureza e seus recursos[337].

---

[335] BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: sinais de uma fuga. In: BERTASO, João Martins (Org.). Cidadania, Diversidade, Reconhecimento. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 15-17.
[336] BERTASO, João Martins. op. cit., p. 920.
[337] BERTASO, João Martins. Cidadania e sensibilidade na ecologia política. In: BRAVO, Álvaro Sanchez (Org.); CERVI, Jacson (Org.).

Fato é que a "cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço"[338][339]. O momento vivido hoje exige a superação do modelo de cidadania nacional para dar lugar a uma cidadania voltada para a prática dos direitos humanos e da dignidade humana como forma de reconhecimento erespeito de grupos excluídos como os refugiados ambientais.

Dessa maneira, o que se pretende é uma "ideia de cidadania articulada indissociavelmente com o conceito de reconhecimento (reconhecer direitos culturais, ambientais e ecológicos sempre é uma maneira de conhecer/reconhecer o outro)"[340]. Pois, cidadania e reconhecimento desenvolvem o sujeito como ator social de uma sociedade que se almeja solidária e humanizada[341].

Importa superar a concepção juridicista de cidadania, idealizada no Estado Liberal de Direito. Isso porque essa ideia ocasionou situações de negação, de apagamento e de invisibilidade das diferenças do Outro, especialmente do estrangeiro. Além disso, no campo interno limitou a participação do cidadão na vida política do Estado[342]. Dessa maneira:

Multiculturalismo, tenología y medioambiente. Espanha: Punto Rojo, 2015, p. 248.

[338] PINSKY; Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2018, p. 09.

[339] Da mesma forma Vieira (2001, p. 237) afirma que "[...] a cidadania não é uma essência, mas uma construção histórica, que está intimamente ligada às lutas pela conquista dos direitos do cidadão moderno".

[340] BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: sinais de uma fuga. In: BERTASO, João Martins (Org.). Cidadania, Diversidade, Reconhecimento. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 29-30.

[341] BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: sinais de uma fuga. In: BERTASO, João Martins (Org.). Cidadania, Diversidade, Reconhecimento. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 29-30.

[342] BERTASO, João Martins. Cidadania Translocal: tecendo possibilidades. **Revista Novos EstudosJurídicos.** V. 19, n. 3, p. 904-925, set./dez. 2014,

> Numa sociedade globalizada e multicultural como a que traceja atualmente, se modificam os significados e os sentidos da concepção de cidadania tomada/enclausurada no discurso da identidade nacional e alicerçada no princípio da maioria. Porém, não significa o esgotamento da cidadania vinculada ao Estado nacional; supera-se seu foco excludente, pois sua realização se legitima na prática dos direitos humanos, já que, cidadania há que funcionar como mediadora entre as culturas, pois todas elas estão a merecer tratamento paritário da parte do Estado e de suas instituições.[343]

A cidadania de modelo nacional não leva em consideração as particularidades dos refugiados. Todo refugiado seguramente carrega consigo uma bagagem cultural, étnica, linguística que, seguindo o modelo nacional, deve ser ignorada, integrada ou assimilada ao entrar no Estado que o recepciona[344]. Suas diferenças o tornam, por si só, um estranho indesejado e isso talvez seja muito pior do que sua situação de anomia jurídica.

Em contrapartida, a cidadania translocal busca preservar, reconhecer e respeitar essa pluralidade de valores de cada um a

---

p. 910-912. ISSN: 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer /index.php/nej/article/view/6673>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[343] BERTASO, Candice Nunes; BERTASO, João Martins. Dialética de Sinergia entre Cidadania e Direitos Humanos. In: BERTASO, João Martins (Org.); SANTOS, André Leonardo Copetti (Org.); ROCHA, Leonel Severo (Org.). Cidadania e Direitos Culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil. Santo Ângelo: FURI, 2015, p. 47.

[344] Alguns países de imigração tornam muito difícil para os imigrantes se tornarem cidadãos. Outros concedem cidadania em troca de assimilação cultural e um terceiro grupo possibilita que os imigrantes se tornem cidadãos, mantendo suas identidades culturais específicas (CASTLES; MILLER, 2004, p. 294). Estes últimos são a minoria.

nível local, nacional e global. Vinculada aos direitos humanos e à dignidade humana, a cidadania translocal sugere "introduzir em seu genes a diferença e a alteridade como forma de conviver na diversidade de culturas, das crenças e da pluralidade dos valores, implica tolerância, reconhecimento e solidariedade"[345]. Todavia, ela também encontra dificuldades:

> [...] as dificuldades são dadas por ordem de uma envolvente linguagem específica que enquadrou o mundo e, na medida em que introduz a construção de significados que foram naturalizados, tomaram e tomam sentidos de verdades; uma espécie e ideologia que se apresentou como ciência positiva, pela via da teoria do Estado e do normativismo jurídico e que, desde o século XIX, expande-se e renova-se no interior de um fenômeno globalizante de pretensões hegemônicas.[346]

A propósito, "é difícil conceber um sistema de proteção aos „refugiados ambientais" sem levar em conta a progressiva vinculação entre a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente"[347]. Nesse contexto, a proposta de uma cidadania

[345] BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: sinais de uma fuga. In: BERTASO, João Martins (Org.). Cidadania, Diversidade, Reconhecimento. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 17.

[346] BERTASO. João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar Sistêmico sobre Cidadania e Diversidade Cultural. Direito Público, [S.l.], v. 13, n. 75, jun. 2017, p. 2018-209. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[347] RAMOS, Érika Pires. **Refugiados Ambientais:** em busca de reconhecimento pelo direito internacional. 2011. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011,p. 73.Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso em: 29 out. 2016.

translocal se apresenta como possibilidade de um diálogo entre as pessoas e as culturas e entre o homem e o meio onde habita, de tal sorte a (re)estabelecer uma relação harmônica de convivência equilibrada, valendo-se da ideia de fraternidade universal ou do amor como cuidado.

Situações como os conflitos multiétnicos, os quais apresentam causas diversas, como as migrações e os fatores econômicos, sinalizam que o século XXI tende a se tornar uma etapa desafiadora para a cidadania, pois a percepção de modelo nacional possui carga política excludente do outro, do estranho, dada sua finalidade em torno do Estado, e em prol de uma maioria formalizada, que tende a não reconhecer minorias étnicas e culturais, seus bens e valores singulares[348].

Ademais, "instituições como Estado e mercado, assim como as demais práticas sociais e culturais, já possuem [...] uma interpretação acerca do que é bom, do que é valorável perseguir, do valor diferencial dos seres humanos etc."[349]. Fato é que os refugiados definitivamente não se enquadram no conceito do que é bom para os Estados, sendo o seu valor muito inferior às demais pessoas, sobretudo nacionais de determinado país.

Desse modo, os refugiados ambientais, sob a perspectiva de Souza, podem ser classificados como subcidadãos, pois não se enquadram no conceito de "gente", não tendo acesso ao Estado, tampouco ao mercado, devido ao desamparo jurídico. Invisíveis, indesejáveis e vistos como sinônimo de perigo, eles acabam sendo relegados à exclusão. Assim como Kristeva, que faz uma leitura crítica de como o estrangeiro é percebido:

> Símbolo do ódio e do outro, o estrangeiro não é nem a vítima romântica de nossa preguiça habitual, nem o intruso responsável por todos os males da cidade. Nem a revelação a caminho,

[348] BERTASO. João Martins; ROCHA, Leonel Severo. op. cit. , p. 215.

[349] SOUZA, Jessé. A Construção Social da Subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 28.

> nem o adversário imediato a ser eliminado para pacificar o grupo. Estranhamente, o estrangeiro habita em nós: ele é a face oculta da nossa identidade, o espaço que arruína a nossa morada, o tempo em que se afundam o entendimento e a simpatia. Por reconhecê-lo em nós, poupamo-nos de ter que detestá-lo em si mesmo. [...] o estrangeiro começa quando surge a consciência de[20] minha diferença e termina quando nos reconhecemos todos estrangeiros, rebeldes aos vínculos e às comunidades[350].

Frise-se que a inquietação não reside apenas na inexistência de norma regulamentadora e na confusão terminológica. Há que se observar igualmente a situação de exclusão e estranhamento à que são submetidos os refugiados ambientais, para os quais é negado o direito a exercer sua própria identidade, sua cultura, seus comportamentos. Eles sãoo outro, o estrangeiro, o diferente em busca de abrigo onde possam viver com dignidade. São resultado de uma lógica de desenvolvimento capitalista humanamente fracassado, que depreda o meio ambiente, que produz pessoas e coisas descartáveis, que conduz o homem à própria ruína.

Seguir-se-á na seção seguinte, a proposta de cidadania translocal como uma alternativa humana de acolhimento, reconhecimento e aceitação desse grupo de pessoas que batem diariamente à porta dos Estados em busca de abrigo, mas que constantemente não são rechaçados a partir da legislação de proteção estatal.

---

[350] KRISTEVA, Julia. Estrangeiros para nós mesmos. Tradução: Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 09. Deseja-se manter longe os refugiados como forma de preserva-se do problema, de negar uma condição que pode vir a ser a sua em um futuro muito próximo. Como disse Douzinas (2009): a chegada dos refugiados nos lembra, que nós, mesmo em nossas moradias seguras, jamais estamos em casa

A CIDADANIA TRANSLOCAL COMO POSSIBILIDADE DE AMPARO AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS ANTE AOS DESAFIOS ENFRENTADOS

O atual cenário mundial da invisibilidade eda ausência de consenso doutrinário quantoao não reconhecimento jurídico e social de milhares de pessoas que são forçadas à mobilidade devido à ocorrência de desastres ambientais: são os chamados refugiados ambientais. São seres humanos que, assolados por catástrofes como terremotos, tsunamis, secas, desertificação, elevação do nível do mar, entre outros. São pessoas que perderam familiares, bens, profissão, amigos, tradições, lembranças, que decorre em dores e sofrimentos:

> [...] o refugiado é necessariamente um não nacional e, em razão de não possuir a nacionalidade do Estado para onde se viu forçado a migrar, encontra obstáculos à entrada e à permanência no país, sem contar as dificuldades linguísticas, culturais e de acesso ao mercado de trabalho. Enquanto estrangeiro, o refugiado ambiental enfrentará os mesmos desafios migratórios que todos os demais estrangeiros [...][351].

O número de refugiados ambientais cresce gradativamente devido ao aquecimento global que intensifica o efeito estuda causando fortes mudanças climáticas (25,3 milhões de pessoas, entre 2008 e 2016). O mesmo planeta que sustenta o homem é aquele para o qual ele direciona suas ações destrutivas. Legitimados pelo sistema capitalista de produção, grupos

[351] CLARO, Carolina de Abreu Batista. Refugiados Ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. 2012. 113 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 17. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/11970>. Acesso em: 18 out. 2014.

dotados de poder e força, buscam satisfazer seus insaciáveis desejos de acumulação dos bens naturais escassos. No que decorre à exaustão dos recursos eco ambientais, com repercussão sobre as identidades e as culturas mais vulneráveis, tornando-se, assim, contingentes de pessoas inservíveis para o sistema.

Ressalta-se que os refugiados ambientais não são reconhecidos como tal pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu respectivo Protocolo de 1967, contando apenas com o amparo jurídico reflexo dos instrumentos gerais existentes, com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, com a ajuda humanitária e com a legislação interna e a boa vontade dos governantes dos Estados para os quais se dirigem.

As mudanças climáticas globais são passíveis de alterar não somente o meio ambiente,as espécies da fauna, da flora e a vida humana, mas também a própria configuração de Estado.Isso traz consequências diretas para seu território e população, o que faz repensar o conceito de soberania estatal e participação do Estado em organismos internacionais[352].

Diante desse cenário de vulnerabilidade humana e ecológica, a cidadania translocal apresenta-se como proposta alternativa garantidora de um possível futuro acolhedor aos refugiados ambientais, já que seu vínculo maior se faz com os direitos humanos e com a dignidade humana, transcendendo as fronteiras geográficas estatais, e servindo de mediadora das diferenças e integradora dos excluídos. Dessa forma, a cidadania não pode estar inadequada aos direitos humanos, não pode servir como parâmetro excludente e/ou

[352] CLARO, Carolina de Abreu Batista. Refugiados Ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. 2012. 113 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 77. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/11970>. Acesso em: 18 out. 2014

como barreira de uma visão nacionalista. O modelo tradicional moderno de cidadania não apresenta as condições de operacionalidade aos tempos atuais, pois:

> Trata-se de imaginar novos caminhos que possam ensejar o aprendizado de novas formas de convivências, tendo como base os princípios fundamentais da ética, da responsabilidade de todos para com todos os "outros", o compromisso para com o outro e caminhos que possam levar à criação de uma cultura de paz. Experiências que possam ensinar as pessoas e grupos a cuidarem-se coletivamente, e estender cuidados a todas as formas de vida. É nesse cenário que se vinculam necessariamente cidadania, interculturalidade e direitos humanos, já que se almeja uma nova organização social mais equânime e sustentável [...][353].

Trata-se de mediar o descompasso entre a gravidade do problema do refúgio ambiental e a inexistência de respostas inadequadas fornecidas pelo direito de cunho nacionalista estatal. Modo geral, o direito estatal carece de instrumentas eficazes que reconheçam e protejam os deslocados[354] ambientais; há o silêncio inaceitável dos órgãos responsáveis pela efetividade e eficácia do Direito Internacional dos Direitos Humanos; há uma insuficiência ou quase inexistência de um direito de desastres que protejam a mobilidade humana; e o sistema de proteção dos refugiados é inaplicável aos deslocados

[353] BERTASO. João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar Sistêmico sobre Cidadania e Diversidade Cultural. Direito Público, [S.l.], v. 13, n. 75, jun. 2017, p. 09. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[354] Embora os autores trabalhem com o termo "deslocados ambientais", no contexto da presente pesquisa ele é utilizado como sinônimo de "refugiados ambientais", pois, conforme abordado ao longo do texto, a nomenclatura não deve ser um empecilho para proteger, de forma ampla, esse grupo de pessoas.

ambientais[355].

Além desses impasses, ainda há a falta de consenso quanto à nomenclatura desse grupo de pessoas. Nesse ponto, Ramos[356] identifica três abordagens distintas: 1) posição tradicional – rejeita totalmente a expressão "refugiados ambientais", pois não se enquadra no regime convencional existente. Essa tendência é adotada pelo ACNUR (Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados) com base em autores "minimalistas", que negam a existência de "refugiados ambientais" sob o pretexto da impropriedade técnica de tal designação; 2) posição intermediária – admite o uso restrito da expressão "refugiado ambiental" apenas em determinadas situações (ocorrência de eventos ambientais extremos de forma inesperada), designando-o como uma das categorias de migrantes ambientais; 3) posição das autoras Christel Cournil e Diane Bates – a primeira adota a expressão "refugiado ecológico" como designação global e a segunda estabelece a expressão "refugiado ambiental" como gênero do qual são espécies os refugiados devido a catástrofes, expropriações e deterioração do ambiente. Ambas não fazem qualquer distinção entre movimentação interna ou externa[30].

---

[355] CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles; PRIEUR, Michel; LAVIEILLE, Jean-Marc. O Projeto de Convenção de Limoges sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais. In: JUBILUT, Liliana Lyra, [et al.]; ALLGAYER, Amanda [et al.] (Org.). "Refugiados Ambientais". Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 204. Disponível em: <https://www.academia.edu/35928561/_Refugiados_Ambientais_>. Acesso em: 25 out. 2018.

[356] RAMOS, Érika Pires. Refugiados Ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. 2011. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 94-95.

Disponívelem: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view =1>. Acesso em: 29 out. 2016.

Na verdade são argumentos protecionistas justificadores do descaso para com esses contingentes humanos. Considera-se a terceira posição a mais apropriada, pois abrange o maior número de pessoas em situações extremas, sendo esta a adotada no presente ensaio. É preciso reconhecer o "status jurídico para os „refugiados ambientais", afastando-se da visão rígida do tratamento dado aos refugiados tradicionais e integrando-a com os aspectos relacionados à proteção dos direitos humanos e do meio ambiente"[357]. Entretanto:

> Tão somente com a norma jurídica, sem um conteúdo ético, fica praticamente impossível promover qualquer mudança significativa no relacionamento atual do homem com o ambiente. [...] A questão dos refugiados ambientais, nesse sentido, necessita, também, de uma orientação ética que transcenda os rigorosos limites impostos pela regra jurídica.[358]

O que Raiol pretende dizer é que reconhecer os refugiados ambientais como sujeitos de direitos, criando uma legislação internacional específica[359] ou incluir[360] essa nova

---

[357] RAMOS, Érika Pires. Refugiados Ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. 2011. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 94-95. Disponívelem: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view =1>. Acesso em: 29 out. 2016.

[358] RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. Ultrapassando Fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Ed. Núria Fabris, 2010, p. 157.

[359] Nesse sentido, importante mencionar o Colóquio Internacional sobre Refugiados Ambientais realizado em Limoges, na França, no ano de 2005, do qual resultou "O apelo de Limoges". Ele propõe o reconhecimento e a proclamação de um estatuto internacional dos "refugiados ecológicos", do qual resultou o processo de elaboração do Projeto de Convenção com a criação de um grupo de trabalho em2007. A primeira versão foi apresentada e

categoria dentro do conceito de refugiado trazido pela Convenção de 1951, atribuiria responsabilidades sociais e ambientais aos Estados receptores. Entretanto, a lei, sozinha, não encerraria o debate da questão, tampouco resolveria o problema desde a sua origem[361].

Relegados à categoria de refugiados/estrangeiros/estranhos, sua chegada causa impacto e "a sua singularidade impressiona: esses olhos, esses lábios, essas faces, essa pele diferente das outras o destacam e lembram que ali existe *alguém*"[362]. Essa percepção incomoda e "do amor ao ódio, o rosto do estrangeiro nos força a manifestar a maneira secreta que temos de encarar o mundo, de nos desfigurarmos todos [...]"[363].

Uma das piores sensações que alguém pode ter é "sentir constantemente o ódio dos outros, não ter outro meio social senão aquele ódio"[364]. Tristemente, o refugiado tem essa experiência constantemente. Viver com o outro, com o estrangeiro mostra-se umapossibilidade ou não de ser um outro. Não se trata apenas, no sentido humanista, da capacidade em aceitar o outro, "mas de *estar em seu lugar* – o que equivale a pensar sobre si ese fazer outro para si mesmo"[365].

---

publicada em 2008. Duas novas versões foram adotadas, uma em 2010 e outra em 2013. Trata-se de uma das propostas mais completas e inovadoras de regulamentação internacional dos deslocamentos ambientais (CAPDEVILLE; PRIEUR; LAVIEILLE, 2018, p. 207).

[360] Mesmo que se faça uma interpretação extensiva do conceito de refugiado previsto na Convenção de 1951 para tentar abarcar os refugiados ambientais, falta-lhes um elemento característico do instituto, qual seja, a perseguição.

[361] Sobretudo porque, conforme expõe Bauman (2005, p. 100) "estar sob proteção" não significa ser desejado.

[362] KRISTEVA, Estrangeiros para nós mesmos. Tradução: Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 11.

[363] Idem.

[364] KRISTEVA, **Estrangeiros para nós mesmos.** Tradução: Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 20-21.

[365] Idem.

Com efeito, para Boff[366] "o ser humano não é apenas sim-bólico, luminoso. É também dia-bólico, tenebroso. E o é simultaneamente"[367]. Por conseguinte, "de sapiens se transformou em demens, de sim-bólico se fez dia-bólico, de ereto, em curvado e decadente"[368]. Apesar disso, o homem é um projeto infinito, capaz de autocorrigir-se, sendo, portanto, resgatável. Logo, "cada um deve ser messias, salvador para o outro"[369].

Para que isso ocorra, uma mudança de paradigma deve vir de dentro, da subjetividade de cada um. Uma transição de padrão: de exclusão para inclusão[370]; de destruição para preservação; de subcidadão para cidadão translocal. Isso transcende as fronteiras territoriais dos Estados, motivo pelo qual deve haver uma responsabilidade global acerca da problemática, com o engajamento de todos os atores da sociedade civil e de cada um individualmente.

Não obstante, inexiste, em âmbito global, uma sociedade politicamente organizada de qualquer tipo ou forma que tenha capacidade de fazer algo tão relevante como postular a inserção de normas que possam ser cumpridas do ponto de vista global, tampouco tentar que elas de fato o sejam. "No espaço global,

---

366 Boff adota a teoria da ecologia profunda, uma visão integrativa e dependente entre todos os seres, que busca a harmonia da natureza considerando a igualdade entre as diferentes espécies. Essa teoria acaba por conflitar com o posição adotada pela ONU, baseada em uma ecologia rasa, que considera o ser humano acima das demais espécies, que pretende o domínio da natureza, o crescimento econômico e o consumismo, tudo isso buscando um limite para o aquecimento global

367 BOFF, Leonardo. O despertar da águia: o dia-bólico e o sim-bólico na construção da realidade. Rio de Janeiro: Vozes, 2017, p. 187.

368 Ibidem, p. 190.

369 Idem.

370 Conforme Bauman (2017, p. 38), classificados pela opinião pública como perigosos e potenciais terroristas, os migrantes e refugiados se encontram além dos domínios e fora dos limites da responsabilidade moral e, acima de tudo, fora do espaço da compaixão e do impulso de ajudar.

regras são estabelecidas e abandonadas no curso da ação, e o mais forte, o mais habilidoso, o mais veloz, o que tem maiores recursos e o mais inescrupuloso é que as impõem e derrubam"[371]. Assim:

> Este é de fato um grande desafio, real e verdadeiramente um desafio do tipo vida e morte (vida *conjunta*, morte *conjunta*). Aproximando-se (ou talvez já tendo atingido) uma bifurcação no caminho de nossos possíveis futuros, um deles levando ao bem-estar cooperativo, o outro à extinção coletiva, somos ainda incapazes de elevar nossas consciências, intenções e ações à globalidade já existente – e cuja reversão é altamente improvável – de nossa interdependência em termos de espécie, uma condição que torna a escolha entre sobrevivência e extinção dependente de nossa capacidade de "viver lado a lado", mutuamente em paz, em solidariedade e cooperação, entre estranhos que podem ou não sustentar opiniões e preferências semelhantes às nossas.[372]

Sob uma perspectiva jurídica, é dever reconhecer as demandas multiculturais e de minorias, consentindo para as possibilidades de concepção de espaços normativos que assegurem os direitos ao reconhecimento igualitário de culturas, etnias, grupos comportamentais e grupos reprimidos que se encontram invisibilizados, esquecidos e/ou bloqueados em estados de dominação/exploração. É preciso admitir essas

[371] BAUMAN, Zygmund. Vidas Desperdiçadas. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 83.
[372] BAUMAN, Zygmund. Estranhos à nossa porta. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 72.

minorias sem poder[373].

Cada um pode se transformar, de um dia para o outro, em refugiado. Isso vem à tona toda vez que são jogadas em nossas portas aquelas pessoas que já foram rejeitadas, forçadas a fugir para salvaguardarem suas vidas ou a se afastarem de casa em busca de sobrevivência, privadas de identidade e de autoestima. Odiamos essas pessoas porque sentimos que aquilo que elas sofrem perante nossos olhos bem pode se mostrar, e muito em breve, um ensaio de nossas vistas – recolhê-las, trancá-las em acampamentos, deportá-las -, pretendemos eliminar esse fantasma[374].

Kristeva[375] diz que o estrangeiro é um "sintoma": psicologicamente, ele retrata a dificuldade de viver como *outro* e com os outros; politicamente, representa os limites dos Estados-nações e da consciência política nacional que os tipifica e que todos interiorizam profundamente, ao ponto de considerar como normal que existam estrangeiros, quer dizer, pessoas que não têm os mesmos direitos que nós. Por esse olhar, justifica-se, neste ensaio, a adoção de uma cidadania translocal, já que:

> As novas demandas de cidadania envolvem a proteção do "outro". Outro que não busca a integração e a assimilação para constituir uma identidade política ou ideológica de legitimação de um poder social, conforme eram os propósitos do Estado nacional moderno, mas a interação, a proteção e a promoção num ambiente existencial

[373] Categoria desenvolvida por Bertaso e abordada no texto: BERTASO. João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar Sistêmico sobre Cidadania e Diversidade Cultural. Direito Público, [S.l.], v. 13, n. 75, jun. 2017, p. 212. ISSN 2236-1766. Disponível em:<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[374] BAUMAN, Zygmund. Vidas Desperdiçadas. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 160-161.

[375] KRISTEVA, Julia. Estrangeiros para nós mesmos. Tradução: Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 108.

> comum, para todos os humanos. Essas são demandas de uma cidadania translocal (local/global) que busca canais para que o diálogo transite fortalecido e gere vínculos vitais de tolerância recíproca.[376]

Com fundamento na cidadania translocal, não importa se a pessoa é refugiada, deslocada, asilada, migrante, estrangeira. Basta ser "humano" para ser merecedor de respeito e reconhecimento em sua individualidade, em suas diferenças. Pois o que se busca é "a igual dignidade e o igual cuidado com a vida, nas suas diversas faces, interagindo o atuar individual, grupal, social à sustentação da vida global"[377]. Isso inclui igualmente a vida da fauna e da flora, que compõe o meio ambiente e todos os ecossistemas.

O Papa Francisco, durante uma visita a Lampedusa, em julho de 2013, afirmou que a cultura do conforto, que nos torna individualistas, insensíveis aos gritos de outras pessoas, faz-nos viver em bolhas de sabão. Essa cultura gera uma ilusão efêmera e vazia que termina na indiferença em relação aos outros: uma indiferença globalizada. "Nós nos acostumamos ao sofrimento dos outros. Ele não me afeta. Não me diz respeito.

[376] BERTASO. João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar Sistêmico sobre Cidadania e Diversidade Cultural. Direito Público, [S.l.], v. 13, n. 75, jun. 2017, p. 215. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[377] BERTASO, João Martins. Cidadania e sensibilidade na ecologia política. In: BRAVO, Álvaro Sanchez (Org.); CERVI, Jacson (Org.). Multiculturalismo, tenología y medioambiente. Espanha: Punto Rojo, 2015, p. 259. A cidadania, como processo, "tem assumido uma dinâmica própria, vindo a solidificar seu vínculo com os direitos humanos enunciados na Declaração Universal de 1948. A partir daí a cidadania selou seu compromisso maior com a dignidade da pessoa humana" (BERTASO, 2009, p. 18).

Não é da minha conta!"[378]. Este é um grave problema da humanidade.

À vista disso, é premente fomentar práticas de preservação do meio ambiente, diminuindo a agressão humana desenfreada sobre os recursos naturais, com o que poderia ser alcançado um efetivo resultado que atenuasse a crise migratória ambiental. Com a preservação do meio ambiente, retrocederia o aquecimento global, diminuindo a intensidade das mudanças climáticas, a frequência dos desastres ambientais e consequentemente o númerode refugiados ambientais.

Porém, o homem não é verdadeiramente livre para agir e para mudar seu desejo, pois érefém de um modelo capitalista de produção que gera uma cultura dominante de consumo descontrolado, com repercussão sobre o meio natural e cultural. A realização se dá pelo sucesso, isto é, pelo império do dinheiro. O sucesso é comprado nas prateleiras dos shopping centers, no *iphone* e no carro do ano, na roupa de grife. Sucesso não significa ser capaz de amar fraternamente e ser sensível ao outro.

A cidadania translocal, enquanto prática dos direitos humanos, fundada na alteridade, na fraternidade e na solidariedade sinaliza a esperança de um mundo melhor, onde as pessoas se reconheçam nas diferenças, onde a Casa Comum seja preservada e cuidada. Caso contrário, não só surgirão cada vez mais refugiados, conflitos e exclusão, como também a saúde de todos será afetada drasticamente[379]. Dessa maneira:

---

[378] BAUMAN, Zygmund. Estranhos à nossa porta. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 26.

[379] Conforme notícia divulgada no *site*<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018- 12/reduzir-emissoes-pode-salvar-1-milhao-de-vidas-por-ano-alerta-oms> no dia 5 de dezembro de 2018, durante a Cúpula do Clima, em Katowice, na Polônia, representantes da OMS – Organização Mundial de Saúde afirmaram que se as metas do Acordo de Paris de 2015, referentes à emissão de gases poluentes, fossem cumpridas, cerca de 1 milhão de vidas poderiam ser salvas por ano no

> [...] a cidadania é um potencial de realização do sujeito e de sua subjetividade, gerando as possibilidades pelas quais se pode concretizar o "direito" de sermos felizes e de nos cuidar, o cuidado compreendido como uma demanda comum de todos os humanos. Essa pretensão não acontece sem as sinergias geradas no enlaçamento da cidadania e direitos humanos. [380]

A demanda não trata somente da acolhida dos refugiados, mas da capacidade de coabitação com eles. O refugiado ambiental é constantemente o Outro, a pessoa que fica vagando em busca de algum lugar que possa chamar de seu. Indefinido, desconhecido, desagradável, excluído, odiado, o refugiado ambiental não precisa só de apoio normativo. Carece, assim como todos os grupos humanos vulneráveis, de um olhar fraterno, humano e alteritário por parte de toda comunidade internacional.

Portanto, embora não seja possível incorporar uma cidadania translocal neste momento no mundo, devido às inúmeras debilidades que sofre, sobretudo com a ascensão cada vez maior de líderes de governo xenofóbicos, permanece como um caminho possível. Pensamos numa cidadania que valoriza o diálogo intercultural, que dá voz aos milhares de excluídos e que, somado a isso, está vinculada aos direitos humanos e à dignidade humana, pode se transformar em

---

mundo. Os pilares de uma boa saúde estão sendo seriamente atingidos pelas mudanças climáticas, quais sejam: ar limpo, água potável, provisão de alimentos nutritivos e um teto seguro.

[380] BERTASO. João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar Sistêmico sobre Cidadania e Diversidade Cultural. Direito Público, [S.l.], v. 13, n. 75, jun. 2017, p. 215. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 20 mar. 2018.

umapossibilidade para a sustentabilidade do Planeta Terra e dos milhares de pessoas refugiadas do clima, que sofrem diariamente.

CONCLUSÃO

A questão-problema trabalhada no texto girou em torno das possibilidades dacidadaniatranslocalse tornar uma referência para o acolhimento, na perspectiva da digna humana, para os refugiados ambientais. A problemática dos refugiados ambientais está intimamente ligada às questões ambientais e à cidadania, à questão do reconhecimento do outro nas sociedades atuais. Existe uma crise, caracterizada pelo aquecimento global, mudanças climáticas, desastres naturais e a consequente massa de refugiados ambientais. Para tal, ancorou-se o ensaio àcidadania translocal, com vincularidade na dignidade humana e nos direitos humanos, sinalizando um caminho dialógico para que as diversas identidades ético-culturais possam seguir protegendo-se mutuamente (homem e natureza). Desde esta questão-proposta, alguns aspectos convergentes chamaram nossa atenção: Como efeito dos eventos climáticos extremos motivados pelas mudanças climáticas, oriundas do aquecimento global,de um lado, e, de outro, o perfil excludente dos direitos estatais nacionalistas, que inviabiliza o acolhimento de gruposhumanos forçados ao deslocamento: os refugiados ambientais. São seres humanos desprovidos de proteção jurídica e de visibilidade perante a comunidade internacional, que sofrem com o não reconhecimento público, sendo, assim, negados em ter um Estado de destino. Como consequência,o refugiado passa porconstantes violações de direitos e enfrenta grandes desafios para se restabelecer.

O refugiado ambiental sai de seu habitat de origem com a finalidade de buscar condições dignas de sobrevivência, vez que seu território tornou-se inabitável devido à ocorrências de

desastres, tais como terremotos, ciclones, furacões, tsunamis, desertificação, elevação do nível do mar, seca. Seu deslocamento é compulsório, tendo de enfrentar as perdas e os sentimentos de angústia, medo e incertezas, decorrentes de sua situação, o que dificilmente será apagado, ainda que retornem ao país de origem, poisperder aquiloque se carrega de mais importante, como as lembranças, os laços afetivos, os amigos, os familiares, o trabalho, as tradições culturais, os símbolos, os valores, os bens, gera uma dor irreparável.

Assim, considera-se que a cidadania de modelo nacional acaba por ser segregacionista e excludente, não atendendo às demandas sociais globalizadas, como a crise migratória e ecológica.

Reconhece-se, assim, a cidadania translocal como possível mediadora das diversas culturas e pessoas, já que é fundamentada na solidariedade, alteridade e fraternidade e vinculada nos direitos humanos e na dignidade humana, tendendo a reconhecer todas e cada uma dasidentidades culturais. A cidadania translocal não possui vinculo absoluto com oEstado, mas prioritariamente com os direitos humanos e, desse modo, pode reconhecer a todos os humanos como portadores de igual dignidade, em especial os vulneráveis como são os refugiados ambientais, bem como a todas as formas de vida, o que inclui preservar o meio ambiente e a sociedade humana multicultural como um todo.

Vê-se que a legislação, por si só, não resolve o problema dos refugiados, da degradação ambiental e do meio ambiente, já que uma solução adequada requer um tratamento em nível local/global, de maneira conjunta, de parte dos Estados, a fim de garantir condições a um futuro possível, daí o motivo para se apostar em um modelo translocal de cidadania.

Tem-se a cidadania translocal como uma alternativa humana e justa de reconhecer, aceitar e respeitar todas as formas de vida, o que inclui preservar o meio ambiente. Concebida

assim, seriam superadas as principais barreiras que impedem o tratamento conjunto da questão: as fronteiras territoriais dos Estados. Isso é importante porque meio ambiente e refugiados são assuntos do gênero humano, e que deve tocar a todos.

Portanto, a cidadania translocal busca dar um olhar fraterno, solidário e alteritário sobre o Outro, sobre o diferente, podendo o cidadão translocal praticar o amor como cuidado. O refugiado ambiental é o Outro por excelência, portador de uma linguagem, tradições, aparências próprias. Nada lhes é deixado senão muros, arames farpados, discursos de ódio e exclusão. Localizados num limbo social de ignorados de proteção, são seres humanos que perdem tudo e que vagam em busca da solidariedade humana perdida.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas.* Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. *Estranhos à nossa porta.* Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: sinais de uma fuga. *In:* BERTASO, João Martins (Org.). *Cidadania, Diversidade, Reconhecimento.* Santo Ângelo: FURI, 2009.

_____. Cidadania Translocal: tecendo possibilidades. *Revista Novos Estudos Jurídicos.* V.19, n. 3, p. 904-925, set./dez. 2014. ISSN: 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32. univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6673/3808>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Cidadania e Sensibilidade na Ecologia Política. *In*

BRAVO, Álvaro Sánchez (Org.); CERVI, Jacson Roberto (Org.). *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente.* Espanha: Punto Rojo Libros, 2015.

_____; ROCHA, Leonel Severo. Olhar Sistêmico sobre Cidadania e Diversidade Cultural. *Direito Público*, [S.l.], v. 13, n. 75, jun. 2017. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://

www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 20 mar.2018.

BERTASO, Candice Nunes; BERTASO; João Martins. Dialética de Sinergia entre Cidadania e Direitos Humanos. *In:* BERTASO, João Martins (Org.); SANTOS, André Leonardo Copetti(Org.); ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Cidadania e Direitos Culturais:* a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil. Santo Ângelo: FuRI, 2015.

BOFF, Leonardo. *O despertar da águia:* o dia-bólico e o sim-bólico na construção da realidade. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *La era de la migración.* Trad: Luis Rodolfo Morán Quiroz. México: Miguel Angel Porrua libero-editor, 2004.

CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles; PRIEUR, Michel; LAVIEILLE, Jean-Marc. O Projeto de Convenção de Limoges sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais. *In:* JUBILUT, Liliana Lyra, [et al.]; ALLGAYER, Amanda [et al.] (Org.). *"Refugiados Ambientais".* Boa Vista: Editora da UFRR, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/35928561/_Refugiados_Ambientais_>. Acesso em: 25 out. 2018.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. *Refugiados Ambientais:* mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. 2012. 113 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em <http://repositorio. unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatista Claro.pdf>. Acesso em: 29out. 2016.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos.* Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.
KRISTEVA, Julia. *Estrangeiros para nós mesmos.* Trad. Maria Carlota Carvalho Gomes. Riode Janeiro: Rocco, 1994.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

PINSKY; Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania.* São Paulo: Contexto, 2018.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando Fronteiras:* a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Ed. Núria Fabris, 2010.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados Ambientais:* em busca de reconhecimento pelo direitointernacional. 2011. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/ eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso: em 29 out. 2016.

SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania:* para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.

VIEIRA, Liszt. *Argonautas da cidadania:* a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DA ASFIXIA À INSURREIÇÃO: A COMUNICAÇÃO HUMANA E A DESINFORMAÇÃO NA INTERNET

Thami Covatti Piaia[381]
Gabriel Henrique Hartmann[382]
Stéfani Reimann Patz[383]

[381] Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2013). Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Estágio pós-doutoral na Universidade de Passo Fundo (2014/2015). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Coordenadora do projeto de pesquisa "A rede e o ser: a proteção da cidadania do ser na rede". Pesquisadora na FADISP. Advogada.E-mail: thamicovatti@san.uri.br .(https://orcid.org/0000-0001-7123-0186)

[382] Mestre em Direito pelo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Pós-graduando em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Professor da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Membro do CEDETEC (Centro de Estudos e Pesquisas sobre Direito e Tecnologia). Advogado. gabrielh.hartmann@hotmail.com

[383] Mestra em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior (CAPES/PROSUC). Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Pós-Graduanda em Proteção de Dados: LGPD & GDPR, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Atualmente pesquisadora voluntária dos projetos de pesquisa "Crisálida: Direito e Arte" e "Internet, liberdade de informação, manipulação de comportamentos e a desestabilização do processo democrático". Membra do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Tecnologia (CEDETEC) e do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conteúdos intolerantes e agressivos, de uma forma ou outra, sempre estiveram presentes na opinião pública. No entanto, essas opiniões agora são publicadas e em abundância. A internet, projetada para ser uma nova ágora da comunicação humana, com debates e acolhimentos, tornou-se uma espécie de Oráculo de Delfos, em que, manipulados por gases alucinógenos, as pessoas recebem informações e as aceitam, na maioria das vezes, sem questioná-las, o que pode ser identificado como *conformismo lógico*, ou seja, favorece a preguiça intelectual e as diversas formas de inquisição, engendradas em todos os tempos por esse instituto de preservação que faz preferir o aprisionamento dogmático ao vasto espaço dos pensamentos amplos.[384]

O debate parece ter perdido espaço para a vilania verbal, muito bem representada por desinformações em massa e *fake news*. Os sites conspirativos e a mídia social tratam com desdém os jornais impressos ou a grande mídia (*maisntream media – MSM*), considerando-os a voz desacreditada de uma ordem "globalista"; uma "elite liberal", cujo tempo já passou. Os "especialistas" são difamados como um cartel mal-intencionado, em vez de uma fonte de informações verificáveis. "Ouse saber" foi o lema proposto por Immanuel Kant para o Iluminismo. O congênere de hoje é: "Ouse não saber."[385]

Como Eric S. Raymond previu de forma memorável, a catedral está dando lugar ao bazar. Os sistemas hierárquicos de informação, em que marcas estabelecidas – jornais, canais de tevê – decidem que notícias são adequadas para consumo, se esforçam para concorrer com o Speaker's Corner cósmico da nova

[384] MAFFESOLI, Michel. *Saturação.* Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2010. p. 19.
[385] D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade:* A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018. p. 20.

mídia.[386] É um erro desistir das marcas da grande mídia: *BBC*, *CNN*, *The Times* (e seu congênere de Nova York), *Guardian*, *Financial Times* e *The Economist* – para nomear apenas algumas – permanecem fundamentais para a cultura e o discurso das correntes predominantes. Mas também é verdade que a mídia estabelecida enfrenta um imenso desafio enquanto busca novos modelos de negócio que lhe permitirão continuar fiel aos seus princípios.[387] Na consequente cacofonia, o fluxo de informações é cada vez mais dominado pela interação par a par, em vez do *imprimátur* da imprensa tradicional. Consumimos aquilo que já gostamos, e evitamos o não familiar. O dínamo supremo da novidade também se tornou o curador do boato, do folclore e do preconceito.[388]

Assim, a humanidade parece estar em uma situação análoga ao que se conhece por asfixia, sentindo dificuldade para respirar, tamanha a sobrecarga de informações de conteúdos questionáveis e falaciosos despejados diariamente na *web*, fazendo com que as pessoas se sintam confusas, sem saber em quem confiar ou acreditar, aderindo a determinadas teorias, muitas vezes conspiratórias, que mais servem para polarizar a sociedade que para realmente informar, causando uma sensação de desconfiança e intolerância entre as pessoas. Sabido que a capacidade de associação depende, por sua vez, do grau em que as comunidades compartilham normas e valores e mostram-se dispostos a subordinar interesses individuais aos de grupos maiores e que desses valores compartilhados nasce a confiança, e confiança na nossa maneira de ver tem um grande e inestimável

[386] D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade:* A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018. p. 20.
[387] D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade:* A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018. p. 54.
[388] D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade:* A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018. p. 55.

valor econômico.[389] Em contraste, pessoas que não confiam umas nas outras acabarão cooperando somente num sistema de regras e regulamentos, que têm de ser negociados, acordados, litigiados, e postos em vigor muitas vezes por meios coercitivos.[390]

Portanto, percebe-se chegada a hora da insurreição contra tanta desinformação e prejuízo para a sociedade, pois o ato de escolher o futuro, antes adstrito tão somente ao ser humano, depende menos da vontade humana, de indivíduos, de grupos ou dos Estados e muito mais das grandes empresas de tecnologia da informação e comunicação, visto que a propagação veloz e complexa de informações trazem o paradoxo da diminuição do tempo para a devida análise das informações. Para tanto, o artigo será dividido em dois tópicos. O primeiro versa sobre a asfixia causada pela desinformação e trabalha com conceitos como: tecnologias da informação e comunicação, desinformação e *fake news*. Já em um segundo momento, a pesquisa dedica-se ao estudo do fenômeno da insurreição da comunicação a partir de conceitos como o da tecnodiversidade. A pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo por meio de pesquisa indireta de revisão bibliográfica e documental.

A ASFIXIA CAUSADA PELA DESINFORMAÇÃO

Em grande parte, a tecnologia expressa a habilidade de uma sociedade para impulsionar seu domínio tecnológico por intermédio das instituições sociais, inclusive o Estado. O processo histórico em que esse desenvolvimento de forças produtivas ocorre assinala as características da tecnologia e seus entrelaçamentos com as relações sociais.[391] A sociedade humana

[389] FUKUYAMA, Francis. *Confiança:* As virtudes sociais e a criação da prosperidade. Tradução de Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. p. 25.
[390] FUKUYAMA, Francis. *Confiança:* As virtudes sociais e a criação da prosperidade. Tradução de Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. p. 43.
[391] CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. In: *A Sociedade em Rede.* Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31.

é transformada por invenções técnicas, e essa transformação sempre vai além da intenção original dos esquemas mentais.[392] Não é diferente no caso da revolução tecnológica atual. Ela originou-se e difundiu-se, não por acaso, em um período histórico da reestruturação global do capitalismo, para o qual foi uma ferramenta básica. Portanto, a nova sociedade emergente desse processo de transformação é capitalista e também informacional, embora apresente variação histórica considerável nos diferentes países, conforme sua história, cultura, instituições e relação específica com o capitalismo global e a tecnologia informacional.[393]

Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em um processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico.[394]

Há algum tempo a tecnologia deixou de ser apenas uma ferramenta para resolver problemas, facilitar o dia a dia ou aumentar a produtividade. Turbinada pelo digital e por um ambiente disruptivo sem precedentes na história, ela se infiltrou em camadas cada vez mais humanas, sensíveis e íntimas da vida, como o casamento, o sexo, a arte, a religião e a morte, influenciando nossa maneira de pensar, agir, sentir e nos

---

[392] HUI, Yuk. *Tecnodiversidade.* Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020, pp. 161-162.

[393] CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. In: *A Sociedade em Rede.* Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31.

[394] CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 2. In: *O Poder da Identidade.* Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 26.

relacionar – e também sendo moldada por todas essas atividades humanas.[395]

Não seria diferente com a nova mídia comunicativa chamada internet, resultado da tecnologia da revolução da informação. A flexibilidade desse sistema de mídia facilita a absorção das mais diversas expressões e a padronização do envio de mensagens. Enquanto experiências individuais podem existir fora do hipertexto, experiências coletivas e mensagens compartilhadas – ou seja, a cultura enquanto meio social – são largamente capturadas por esse hipertexto. Ele constitui a fonte de virtualidade real como uma estrutura semântica de nossas vidas.[396] Virtual porque é baseada em circuitos eletrônicos e mensagens audiovisuais efêmeras. Real, porque é a nossa realidade, uma vez que o hipertexto global fornece a maior parte dos sons, imagens, palavras, formas e conotações que utilizamos na construção de nossos significados em todos os domínios da experiência.[397]

No entendimento do filósofo sul-coreano, Byung-Chul Han, somos desprogramados por meio da nova mídia, sem que possamos compreender inteiramente essa mudança radical de paradigma. Para o autor, arrastamo-nos atrás da mídia digital, que, aquém da decisão consciente transforma decisivamente nosso comportamento, nossa percepção, nossa sensação, nosso pensamento, nossa vida em conjunto. Han compreende que nos dias de hoje, embriagamo-nos da mídia digital, sem que possamos avaliar inteiramente as consequências dessa embriaguez.[398]

---

[395] REIS, Abel. *Sociedade.com*: Como as tecnologias digitais afetam quem somos e como vivemos. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018, s.p.

[396] HIMANEN, Pekka. *A Ética dos hackers e o espírito da era da informação:* A importância dos exploradores da era digital. Tradução de Fernanda Wolff. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 148.

[397] HIMANEN, Pekka. *A Ética dos hackers e o espírito da era da informação:* A importância dos exploradores da era digital. Tradução de Fernanda Wolff. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 148.

[398] HAN, Byung-Chul. *No enxame:* Perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 10.

No entendimento do autor, a comunicação digital torna uma descarga de afetos instantânea possível. E por conta da temporalidade, ela transporta mais afetos do que a comunicação analógica. A mídia digital é, desse ponto de vista, uma mídia de afetos.[399] Para corroborar nesse conceito, Franco Berardi, expõe que em um enxame, a relação dos participantes é regulada por uma conexão automática, como forma de que os movimentos e as ações devem respeitar determinados automatismos interiorizados, caso o participante opte em continuar ser parte da ação social. A conexão é mera interoperabilidade, pois o corpo consciente não é essencial para a conexão.[400]

Nesse cenário, é importante lembrar que a conexão digital favorece a comunicação simétrica, ou seja, aqueles que tomam parte na comunicação não consomem simplesmente a informação passivamente, mas sim a geram eles mesmos ativamente. Todos são simultaneamente remetentes e destinatários, consumidores e produtores.[401] A mídia digital, portanto, é uma mídia de presença. A sua temporalidade é o presente imediato. A comunicação digital se caracteriza pelo fato de que informações são produzidas, enviadas e recebidas sem mediação por meio de intermediários.[402] Sendo assim, não somos mais destinatários e consumidores passivos de informação, mas sim remetentes e produtores ativos. Não nos contentamos mais em consumir informações passivamente, mas sim queremos produzi-las e comunicá-las ativamente nós mesmos. Esse duplo papel aumenta enormemente a quantidade de informação.[403]

---

[399] HAN, Byung-Chul. *No enxame:* Perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 15.
[400] BERARDI, Franco. *Depois do Futuro*. Traduzido por Regina Silva. São Paulo: Ubu, 2019. p. 129.
[401] HAN, Byung-Chul. *No enxame:* Perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 16.
[402] HAN, Byung-Chul. *No enxame:* Perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 35.
[403] HAN, Byung-Chul. *No enxame:* Perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 36.

Na concepção do autor, a comunicação digital toma não apenas forma espectral, mas também viral. Ela é contagiante na medida em que ocorre imediatamente em planos emocionais ou afetivos. Han caracteriza o contágio como uma comunicação pós-hermenêutica. Uma informação ou um conteúdo, mesmo com significância muito pequena, se espalha rapidamente pela internet como uma epidemia ou pandemia. Assim, nenhuma outra mídia é capaz desse contágio viral.[404]

Em seu livro sobre a verdade, o filósofo Bernard Williams caracterizou a internet deste modo: ela apoia aquele esteio de todos os vilarejos: a fofoca. Constrói lugares de encontro que crescem com rapidez para a troca livre e desorganizada de mensagens que se caracterizam por uma variedade de afirmações fantasiosas, suspeitas, divertidas, supersticiosas, escandalosas ou maléficas. As chances de que muitas dessas mensagens sejam verdadeiras são baixas e a probabilidade de que o próprio sistema venha a ajudar alguém a distinguir as verdades são até mais baixas.[405]

A respeito da aceitação dos boatos falsos, a perspectiva pessimista julga que muitos sigam uma regra simples: as pessoas geralmente não dizem coisas a menos que sejam verdadeiras ou, no mínimo, substancialmente verdadeiras. Se corre o boato de que algum estudante ou professor é culpado de atos terríveis, ou de que um candidato a um cargo público é corrupto, muitas vezes vão pensar que o boato não teria nascido a menos que tivesse alguma base nos fatos. Muitas pessoas acreditam que sempre há fogo onde há fumaça.[406]

---

[404] HAN, Byung-Chul. *No enxame:* Perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, pp. 98-99.

[405] D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade:* A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018. p. 52.

[406] SUNSTEIN, Cass R. *A verdade sobre os boatos:* Como se espalham e por que acreditamos neles. Tradução de Marcio Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 96.

As emoções podem obstruir o caminho da busca pela verdade. As pessoas não processam as informações com neutralidade. Suas pressuposições afetam suas reações. Assimilação tendenciosa se refere ao fato de que as pessoas assimilam novas informações de maneira tendenciosa; aqueles que acreditam em boatos falsos não abrem mão de suas crenças com facilidade, especialmente quando têm forte envolvimento emocional com elas. Pode ser muito difícil mudar o que as pessoas pensam, mesmo que se lhe apresentem os fatos.[407]

Não é que a honestidade esteja morta: o que os psicólogos denominam "viés da verdade" permanece um componente fundamental do caráter humano. Contudo, agora é percebido como uma prioridade entre muitas, e não necessariamente a maior. Compartilhar seus sentimentos mais profundos, moldar seu drama de vida, falar com o coração: essas buscas estão cada vez mais em disputa aberta com os discutíveis valores tradicionais. Como Ralph Keyes, um dos primeiros autores a fazer uma advertência sobre os perigos da pós-verdade, afirma: "Muitos adotaram uma postura terapêutica em que não se cobra a responsabilidade de ninguém em relação à desonestidade ou a muito de qualquer coisa.[408]

A teoria da fofoca pode parecer uma piada, mas vários estudos a corroboram. Ainda hoje, a maior parte da comunicação humana – seja na forma de e-mails, telefonemas ou colunas nos jornais – é fofoca. É tão natural para nós que é como se nossa linguagem tivesse evoluído exatamente com esse propósito.[409] Após a revolução cognitiva, a fofoca ajudou o *Homo Sapiens* a formar bandos maiores e mais estáveis. Mas até mesmo a fofoca tem seus limites. Pesquisas sociológicas demonstraram que o

[407] SUNSTEIN, Cass R. *A verdade sobre os boatos:* Como se espalham e por que acreditamos neles. Tradução de Marcio Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 12.

[408] D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade:* A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018. p. 40.

[409] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 32.

tamanho máximo "natural" de um grupo unido por fofoca é de cerca de 150 indivíduos. A maioria das pessoas não consegue nem conhecer intimamente, nem fofocar efetivamente sobre mais de 150 seres humanos.[410]

Ainda hoje, um limite crítico nas organizações humanas fica próximo desse número mágico. Abaixo desse limite, comunidades, negócios, redes sociais e unidades militares conseguem se manter principalmente com base em relações íntimas e no fomento de rumores. Não há necessidade de hierarquias formais, títulos e livros de direito para manter a ordem. Um pelotão de 30 soldados ou mesmo uma companhia de cem soldados pode funcionar muito bem com base em relações íntimas, com um mínimo de disciplina formal.[411]

Um *sargenti* respeitado pode se tornar "rei da companhia" e exercer autoridade até mesmo sobre oficiais de patente. Um pequeno negócio familiar pode sobreviver e florescer sem uma reitoria, um CEO ou um departamento de contabilidade.[412] Mas, quando o limite de 150 indivíduos é ultrapassado, as coisas já não podem funcionar dessa maneira. Não é possível comandar uma divisão com milhares de soldados da mesma forma que se comanda um pelotão. Negócios familiares de sucesso normalmente enfrentam uma crise quando crescem e contratam mais funcionários. Se não forem capazes de se reinventar, acabam falindo.[413]

Como o *Homo Sapiens* conseguiu ultrapassar esse limite crítico, fundando cidades com dezenas de milhares de habitantes e impérios que governam centenas de milhões? O segredo foi provavelmente o surgimento da ficção. Um grande número de

[410] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 35.
[411] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 35.
[412] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 35.

[413] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 35.

estranhos pode cooperar de maneira eficaz se acreditar nos mesmos mitos.[414] A imensa diversidade de realidades imaginadas que os *sapiens* inventaram e a diversidade resultante de padrões de comportamento são os principais componentes do que chamamos "culturas". Desde que apareceram, as culturas nunca cessaram de se transformar e se desenvolver, e essas alterações irrefreáveis são o que denominamos "história".[415]

Mitos e ficções habituaram as pessoas, praticamente desde o momento do nascimento, a pensar de determinadas maneiras, a se comportar de acordo com certos padrões, a desejar certas coisas e a seguir certas regras. Dessa forma, criaram institutos artificiais que permitiram que milhões de estranhos cooperassem de maneira efetiva. Essa rede de instintos artificiais é chamada de "cultura".[416] Nesse diapasão, Bauman, já há alguns anos identificou que a cultura atual seria altamente tecnológica e que a opinião pública, estaria publicada na internet, seja em provedores de busca, como o Google, provedores de hospedagem, como as redes sociais, ou em provedores de conteúdo, como um site jornalístico, podendo causar problemas, especialmente nos dias de hoje, quando confunde-se opinião pública com opinião publicada. Esta (a publicada) não deixa de ser uma opinião, mas pretende ser um saber, uma competência, até mesmo uma ciência, ao passo que aquela (a pública) tem consciência de sua fragilidade, de sua versatilidade, em suma, de sua humanidade.[417]

Decisivamente, as concepções de dispositivos não humanos possuírem a habilidade de levar a cabo uma política, não é nova. O que é novo, segundo Norbert Wiener, é que agora o ser humano possui engenhos desta espécie, ou seja, no passado, possibilidades e habilidades foram postuladas mediante as

---

[414] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 35.
[415] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 46.
[416] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018. p. 171.
[417] MAFFESOLI, Michel. *Saturação*. Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2010. p. 20.

técnicas da magia, que constituem hoje, tema de numerosas lendas e contos. Na ficção, na magia e na técnica antiga, eram pensadas de maneira literal, ou melhor, *só devemos pedir o que queremos não o que imaginamos querer*. Embora as novas e reais mediações da máquina também sejam reais, projetam-se máquinas com aquilo que imaginamos querer.[418]

Nesse cenário, é importante compreender que as *fake news* não são uma "evolução" da fofoca. No entendimento de Abel Reis: "As candinhas de antigamente (de carne e osso ou de revistas especializadas) podiam causar sofrimento e até estragos a uma reputação. Mas a mensagem circulava em ambiente restrito, com impactos idem".[419] Um/a fofoqueiro/a não tinha o poder das redes sociais, com sua velocidade e alcance ilimitados, nem a tecnologia acessível a qualquer usuário de smartphone, para manipular e distribuir imagens e áudios maciçamente ou o poder de guardar e disponibilizar um conteúdo eternamente, à revelia dos envolvidos nele.[420]

Hoje, elege-se um presidente ou ingere-se determinada medicação com base em informações distorcidas divulgadas nas mais diferentes redes sociais e aplicativos de conversas. A potencial prejudicialidade das *fake news* é exponenciada quando consideramos a forma como as novas tecnologias estão sendo utilizadas em conjunto. As *deep fakes*, os algoritmos, o *filter bubble*, dentre outros, colocam em xeque a forma como se olha para a realidade, afetando aspectos da vida que vão além das eleições[421] e do tratamento da Covid-19.

---

[418] WIENER, Norbert. *Cibernética:* ou controle e comunicação no animal e na máquina. Tradução Gita K. Guinsburg. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 208.

[419] REIS, Abel. *Sociedade.com*: Como as tecnologias digitais afetam quem somos e como vivemos. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018, p. 39.

[420] REIS, Abel. *Sociedade.com*: Como as tecnologias digitais afetam quem somos e como vivemos. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018, p. 39.

[421] MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. A esfera pública (forjada) na era das *fake news* e dos filtros-bolha. In: *Cadernos Adenauer*, xix, 2018, nº 4. Disponível em: http://eduardomagrani.com/wp-

Portanto, é muito conveniente para a *midiacracia* que se acomoda numa mediocridade generalizada. Ela se esforça para impor o silêncio nas fileiras afim de que cada um possa avançar em passo ritmado,[422] desconhecendo as razões, distante da verdade, negando ou distorcendo acontecimentos e inadvertidamente acreditando estar agindo corretamente, porque até agora assim funcionou a cultura da dinâmica da internet, tal qual um Oráculo de Delfos e seus gases alucinógenos.

A INSURREIÇÃO DA COMUNICAÇÃO HUMANA

Assim, percebe-se chegada a hora da insurreição da comunicação contra tanta desinformação e prejuízo à sociedade. Para Ronaldo Lemos, as múltiplas crises provocadas pela tecnologia (das *fake news* ao aumento da desigualdade) demandam um pensamento novo sobre essa relação.[423] O processo, já em curso, está voltado para a inserção do eletrônico no orgânico. Mas o efeito dessa mudança drástica, segundo Franco Berardi, é a transformação de relações de consciência e sensibilidade, somados a uma dessensibilização na troca de signos.[424]

Cabe ressaltar que para uma rede funcionar, há a necessidade da compatibilidade de signos e gestos produtivos, que deverão entrar em conexão. Para que possa ser colocado em rede, o tempo da mente necessita de uma deturpação de seus aspectos de singularidade, procurando compatibilizar o seu tempo com outra mente conectada, formatando assim, um código de tradução universal. O perigo encontra-se nessa reformatação

---

content/uploads/2019/05/PUBLICACAO-nova-2019-KA-Cadernos-2018.4-site.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021. p. 10.

[422] MAFFESOLI, Michel. *Saturação.* Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2010. p. 20.

[423] LEMOS, Ronaldo. Apresentação: Contra o derrotismo em face da tecnologia. In: HUI, Yuk. *Tecnodiversidade.* Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020, p. 11.

[424] BERARDI, Franco. *Asfixia*. Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020. p. 98.

mental, causando efeitos psíquicos, cognitivos e tecnológicos.[425] Os reais perigos não se restringem a isso, uma vez que para o engenheiro de computação e filósofo, Yuk Hui, todas as culturas devem refletir sobre a cosmotécnica, pois superamos a modernidade sem recair em guerras e no fascismo, e para isso, Yuk Hui considera necessário a reapropriação da tecnologia moderna mediante uma cosmotécnica, estruturada, acima de tudo, em diferentes epistemologias. [426]

O objetivo de Hui não é recusar a tecnologia moderna, mas analisar a possibilidade de futuros tecnológicos diferentes. O autor entende a tecnodiversidade, em essência, como uma questão de localidade. Localidade não significa necessariamente etnocentrismo, nacionalismo ou fascismo, mas é aquilo que nos força a repensar o processo de modernização e de globalização e que nos permite refletir sobre a possibilidade de reposicionar as tecnologias modernas.[427] Para o autor, não é preciso mostrar quem é mais avançado do que o outro, entretanto, é preciso explorar os diferentes sistemas de pensamento tecnológico.[428]

Tecnodiversidade não significa apenas que países diferentes produzam o mesmo tipo de tecnologia (monotecnologia) sob marcas diferentes e com atributos ligeiramente diferentes. Na verdade, ela se refere a uma multiplicidade de cosmotécnicas que difiram uma das outras seus valores, epistemologias e formas de existência.[429] Além da tecnodiversidade, salienta-se a atuação das próprias empresas de tecnologia para combater a desinformação e as *fake news*. É necessário reconhecer o enorme desafio que enfrentam as

[425] BERARDI, Franco. *Depois do Futuro*. Traduzido por Regina Silva. São Paulo: Ubu, 2019. p. 141

[426] HUI, Yuk. *Tecnodiversidade*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020, pp. 45-46.

[427] HUI, Yuk. *Tecnodiversidade*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020, p. 123.

[428] HUI, Yuk. *Tecnodiversidade*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020, p. 126.

[429] HUI, Yuk. *Tecnodiversidade*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020, p. 200.

plataformas em um modelo de produção descentralizada de conteúdo, fenômeno característico das redes sociais na chamada internet 2.0, que contribuiu para a modificação da esfera pública.[430] A forma como as informações circulam e são compreendidas mudou, porquanto a sociedade de rede transpassou, em grande parte, a sociedade de organizações, quando a produção de informação era centralizada em grandes empresas jornalísticas.[431]

Nesse cenário, Juliano Maranhão, Juliana Abrusio e Ricardo Campos pontuam que:

> [...] na mídia tradicional, centralizada, o controle do conteúdo ocorre antes da publicação pela própria organização de comunicação. Por sua vez, é da essência do modelo de redes que a publicação ocorra espontaneamente pelos usuários, caracterizados por estarem presentes em qualquer tempo e lugar- uma nova condição de leitura e de cognição.[432]

Para os autores, não há como o provedor compor uma gestão exclusivamente humana para analisar todo o conteúdo nela

---

[430] VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: CAMPOS, Ricardo; ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. (Orgs.) *Fake News e Regulação.* Coleção Direito e Estado em Transformação, Thomson Reuters-RT Sao Paulo 2018, pp. 91-108.

[431] MARANHÃO, Juliano; ABRUSIO, Juliana; CAMPOS, Ricardo. *Atribuição de responsabilidade das plataformas no combate às fake news.* Publicado em: 16 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/direito-digital-responsabilidade-plataformas-combate-fake-news#:~:text=As%20redes%20sociais%20ou%20plataformas,riscos%20de%20les%C3%A3o%20a%20direitos. Acesso em: 24 mar. 2021. s.p.

[432] MARANHÃO, Juliano; ABRUSIO, Juliana; CAMPOS, Ricardo. *Atribuição de responsabilidade das plataformas no combate às fake news.* Publicado em: 16 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/direito-digital-responsabilidade-plataformas-combate-fake-news#:~:text=As%20redes%20sociais%20ou%20plataformas,riscos%20de%20les%C3%A3o%20a%20direitos. Acesso em: 24 mar. 2021. s.p.

veiculado. Os provedores necessariamente terão de lançar mão de tecnologia, como a Inteligência Artificial, para detectar conteúdos que violem suas políticas de uso. Ocorre que há enormes desafios no estado atual de técnicas de processamento de linguagem natural e aprendizagem de máquina para identificar *fake news* ou *hate speech*. Assim, para lidar com o problema, as redes devem combinar a detecção e indicação por máquinas com revisores humanos.[433]

No entendimento dos autores, o equilíbrio nessa combinação é dinâmico e difícil de alcançar, alterando-se conforme evolui a tecnologia. Sendo assim, as redes deverão aprimorar uma série de procedimentos para apurar denúncias e acompanhar contas com atividade atípica de sistemática propagação de desinformação.[434]

Para Ronaldo Lemos, o problema da gestão de conteúdos nas plataformas digitais tem mais nuances do que se imagina. A última grande inovação ocorreu há mais de 10 anos e tem duas dimensões. O uso de algoritmos para decidir qual conteúdo deve ser mostrado —simbolizado pela invenção do "*newsfeed*" personalizado. E o monitoramento constante de dados dos indivíduos, mapeando como ele responde a cada estímulo, o que permite "personalizar" o que vai ser mostrado a seguir.[435] Depois

---

[433] MARANHÃO, Juliano; ABRUSIO, Juliana; CAMPOS, Ricardo. *Atribuição de responsabilidade das plataformas no combate às fake news.* Publicado em: 16 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/direito-digital-responsabilidade-plataformas-combate-fake-news#:~:text=As%20redes%20sociais%20ou%20plataformas,riscos%20de%20les%C3%A3o%20a%20direitos. Acesso em: 24 mar. 2021. s.p.

[434] MARANHÃO, Juliano; ABRUSIO, Juliana; CAMPOS, Ricardo. *Atribuição de responsabilidade das plataformas no combate às fake news.* Publicado em: 16 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/direito-digital-responsabilidade-plataformas-combate-fake-news#:~:text=As%20redes%20sociais%20ou%20plataformas,riscos%20de%20les%C3%A3o%20a%20direitos. Acesso em: 24 mar. 2021. s.p.

[435] LEMOS, Ronaldo. Como resolver a crise das plataformas? Publicado em: 17 jan. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2021/01/como-resolver-a-crise-das-plataformas.shtml. Acesso em: 30 mar. 2021. S.p.

dessa grande mudança, outras inovações foram apenas incrementais, como a substituição de algoritmos mais simples por inteligência artificial. No entanto, os fundamentos de como os conteúdos são organizados e mostrados continuam os mesmos, especialmente porque as plataformas ficaram confortáveis com o sucesso econômico que esse modelo trouxe.[436]

Cumpre ressaltar que o ato de escolher o futuro frente a todos possíveis, depende menos da vontade humana e vontade de indivíduos, grupos ou dos Estados. O paradoxo reside no aspecto de quanto mais complexa e veloz a informação, consequentemente é menor o tempo disponível para examinar a informação e fazer uma escolha consciente. Como menciona Franco Berardi, a utopia virtual devorou o futuro e retirou a imaginação da vontade humana.[437]

O ser humano acostumou-se a acreditar que as máquinas são construídas enquanto ele nasce e cresce e que as máquinas só irão se mover conforme sua programação. O que ressurge atualmente é que os seres humanos são paulatinamente menos autônomos e confiam cada vez mais nas máquinas, que consequentemente potencializam-se e adquirem poderes de autorreplicação.[438]

A Web 2.0 possibilitou uma condição de sobrevoo constante: o sujeito não pode experimentar a totalidade dos campos de informação e das trocas, mas faz rasantes sobre eles de tal maneira que, quanto mais perto chega, mais esses campos se expandem e escapam. A aceleração do ciclo informacional concretizada pela banda larga produziu um efeito de perseguição constante: o usuário é apenas um espectador de um fluxo cada vez mais rápido e, por isso, tem sempre a sensação de estar

[436] LEMOS, Ronaldo. Como resolver a crise das plataformas? Publicado em: 17 jan. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2021/01/como-resolver-a-crise-das-plataformas.shtml. Acesso em: 30 mar. 2021. S.p.

[437] BERARDI, Franco. *Depois do Futuro*. Traduzido por Regina Silva. São Paulo: Ubu, 2019. p. 131

[438] BERARDI, Franco. *Asfixia.* Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020. p. 175.

atrasado, de estar fadado à busca sem-fim de uma lufada fugida de informação.[439] A banda larga e a internet de alta velocidade nos colocaram em uma condição de permanente dessincronia. A rede imersiva iminente da Web 3.0, ao contrário, poderá talvez deter a aceleração e forçar o usuário a um retorno ao presente - mesmo que um presente replicável e gerado por softwares: uma simulação da vida que será experimentada em tempo real, de maneira imersiva.[440] A Web imersiva tem como propósito facilitar as experiências sinestésicas, permitir o compartilhamento de ambientes perceptivos e projetar universos sintéticos. Como consequência, o acesso à Web imersiva de experiências virtuais compartilhadas comprometerá o conceito de experiência como uma aventura individual de um organismo que percebe e projeta.[441] Uma questão filosófica se imporá: é possível experimentar a experiência? É possível viver uma vida que não possa ser vivida ou mesmo imaginada, mas que é projetada para nós por engenheiros de computação e por designers de vida?[442]

Sem uma resposta definitiva, finalizamos o texto destacando que o digital trabalha com velocidade (tempo real), capilaridade (individual) e conectividade (tudo e todos em rede) que alteram a própria natureza da comunicação, dos relacionamentos e dos eventos.[443] Sendo assim, para o bem ou para o mal, as plataformas digitais escancaram as porteiras da informação e da opinião. Produzir, distribuir e consumir conteúdos nunca foi tão fácil. Fabricar falsidades ou meias verdades, então, está a poucos cliques de qualquer um. Educar as novas gerações para uma postura crítica e ética diante da

[439] BERARDI, Franco. *Asfixia.* Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020. p. 177
[440] BERARDI, Franco. *Asfixia.* Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020. p. 177
[441] BERARDI, Franco. *Asfixia.* Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020. p. 178
[442] BERARDI, Franco. *Asfixia.* Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020. P. 178
[443] REIS, Abel. *Sociedade.com*: Como as tecnologias digitais afetam quem somos e como vivemos. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018, p. 19.

realidade e suas versões é tarefa urgente. Sem isso, elas serão tão independentes quanto bonecos de fantoche[444] fabricados por designers de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet como um Oráculo de Delfos, onde as pessoas recebem informações e as aceitam, sem sequer questionar sua veracidade produziu uma reformatação mental, causando sobretudo efeitos psíquicos, cognitivos e tecnológicos. O ser humano habituado a crer que as máquinas somente serão construídas durante seu nascimento e crescimento, foi devorado por elas, caindo em uma utopia virtual, onde lhes foi banido o poder da imaginação. Essa mudança de paradigma, por meio da nova mídia, desprogramou o ser humano inteiramente sem propiciar a possibilidade da compreensão desta mudança radical.

A asfixia do ser humano, seja ela fundada sob um enxame ou sob a teoria da fofoca, consolida-se sob uma *midiacracia*. O distanciamento da verdade é tanto, que propriamente para uma insurreição neste cenário, há a necessidade de uma compreensão de uma totalidade de conceitos, sejam eles fundados em uma leitura crítica de mundo, sejam eles fundados na responsabilização das plataformas digitais.

Embora a dificuldade quanto à insurreição, um futuro idílico estrutura-se na responsabilização das plataformas digitais e na tecnodiversidade. Não há outras alternativas, frente à complexidade e a velocidade cibernética, se não as soluções aqui mencionadas, e se não bastasse, tudo isso deverá, necessariamente, ser formulado e estruturado de maneira urgente, para que mais uma geração não se perca nos devaneios cibernéticos.

Sendo que o poder de hoje se baseia em relações abstratas entre entidades numéricas, enquanto a esfera das finanças é regida por algoritmos que conectam fractais de trabalho

[444] REIS, Abel. *Sociedade.com*: Como as tecnologias digitais afetam quem somos e como vivemos. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018, p. 38.

precarizado, a esfera da vida é invadida por fluxos de caos que paralisam o corpo social e abafam e sufocam a respiração. Não há escapatória política dessa armadilha: só a poesia, esse excesso de transações semióticas, pode reativar a respiração.[445]

Diante do exposto, compreende-se que o artigo desenvolveu de forma adequada a temática proposta, apontando possíveis caminhos para a insurreição da comunicação humana, seja por meio de uma nova atuação das próprias empresas de tecnologia para combater a infodemia de notícias enviesadas e informações falsas, apontando-se como um dos caminhos da insurreição, bem como, com a própria alteração da visão de como as técnicas são criadas e utilizadas, ou seja, com as múltiplas cosmotécnicas (tecnodiversidade) dos mais diversos setores e locais do globo.

REFERÊNCIAS

BERARDI, Franco. *Asfixia.* Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020.

BERARDI, Franco. *Depois do Futuro*. Traduzido por Regina Silva. São Paulo: Ubu, 2019.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. In: *A sociedade em rede.* Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 2. In: *O poder da identidade***.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

[445] BERARDI, Franco. *Asfixia.* Capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020. p. 10

D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade:* A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018.

FUKUYAMA, Francis. *Confiança:* As virtudes sociais e a criação da prosperidade. Tradução de Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

HAN, Byung-Chul. *No enxame:* Perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantanio. 33ed. Porto Alegre: LP&M, 2018.

HIMANEN, Pekka. *A Ética dos hackers e o espírito da era da informação:* A importância dos exploradores da era digital. Tradução de Fernanda Wolff. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

HUI, Yuk. *Tecnodiversidade.* Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

LEMOS, Ronaldo. Apresentação: Contra o derrotismo em face da tecnologia. In: HUI, Yuk. *Tecnodiversidade.* Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

LEMOS, Ronaldo. Como resolver a crise das plataformas? Publicado em: 17 jan. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2021/01/como-resolver-a-crise-das-plataformas.shtml. Acesso em: 30 mar. 2021. S.p.

MAFFESOLI, Michel. *Saturação*. Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2010.

MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. A esfera pública (forjada) na era das *fake news* e dos filtros-bolha. In: *Cadernos Adenauer*, xix, 2018, nº 4. Disponível em: http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/PUBLICACAO-nova-2019-KA-Cadernos-2018.4-site.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

MARANHÃO, Juliano; ABRUSIO, Juliana; CAMPOS, Ricardo. *Atribuição de responsabilidade das plataformas no combate às fake news.* Publicado em: 16 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/direito-digital-responsabilidade-plataformas-combate-fake-news#:~:text=As%20redes%20sociais%20ou%20plataformas,riscos%20de%20les%C3%A3o%20a%20direitos. Acesso em: 24 mar. 2021.

REIS, Abel. *Sociedade.com*: Como as tecnologias digitais afetam quem somos e como vivemos. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. *A verdade sobre os boatos:* Como se espalham e por que acreditamos neles. Tradução de Marcio Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: CAMPOS, Ricardo; ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. (Orgs.) *Fake News e Regulação.* Coleção Direito e Estado em Transformação, Thomson Reuters-RT São Paulo, 2018.

WIENER, Norbert. *Cibernética:* ou controle e comunicação no animal e na máquina. Tradução Gita K. Guinsburg. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

CHARLES DICKENS EM "UM CONTO DE DUAS CIDADES", LANÇADO EM 1859, DISSE QUE "AQUELE FOI O MELHOR DOS TEMPOS, FOI O PIOR DOS TEMPOS; AQUELA FOI A IDADE DA SABEDORIA, FOI A IDADE DA INSENSATEZ, FOI A ÉPOCA DA CRENÇA, FOI A ÉPOCA DA DESCRENÇA, FOI A ESTAÇÃO DA LUZ, A ESTAÇÃO DAS TREVAS, A PRIMAVERA DA ESPERANÇA, O INVERNO DO DESESPERO; TÍNHAMOS TUDO DIANTE DE NÓS, TÍNHAMOS NADA DIANTE DE NÓS, ÍAMOS TODOS DIRETO PARA O PARAÍSO, ÍAMOS TODOS DIRETO NO SENTIDO CONTRÁRIO (...)".

A CÉLEBRE FRASE ACIMA, DATADA DO SÉCULO XIX, NÃO PODERIA SER MAIS ATUAL E INSTIGANTE PARA DAR INÍCIO À APRESENTAÇÃO DA DÉCIMA PRIMEIRA EDIÇÃO DO LIVRO DIÁLOGO E ENTENDIMENTO: DIREITO E MULTICULTURALISMO & POLÍTICAS DE CIDADANIA E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. A OBRA REÚNE ALGUMAS DAS PRINCIPAIS PESQUISAS DOS DOCENTES E DISCENTES DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU - MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES – URI -, CAMPUS DE SANTO ÂNGELO/RS DO ANO DE 2022.

