



INTERNATIONAL JOURNAL

REVISTA DO  
PROGRAMA DE  
PÓS GRADUAÇÃO  
EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA PARAÍBA (UFPB)

*SEÇÃO CORPUS*

DIÁLOGOS DEMOCRÁTICOS  
À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Maio-Ago, 2019

v.18, nº 38

CONSULTOR  
Jailton Macena de Araújo  
(Universidade Federal da Paraíba, Brasil)

NEGO

## **Expediente**

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facie: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras.

QUALIS B1 (Direito), QUALIS B2 (Filosofia), QUALIS B3 (Ciências da Religião e Teologia), QUALIS B4 (Ciências Ambientais) e QUALIS B5 (História).

Endereço:

Prim@Facie – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas,  
Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo  
Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil.

Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

### **EXPEDIENTE DESTE NÚMERO**

#### **Coordenadora do PPGCJ:**

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – UFPB, Brasil

#### **Editor Gerente:**

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

#### **Editores de área:**

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil

#### **Editores Assistentes:**

Ílina Cordeiro M. Pontes

Maria Aurora Medeiros L. Costa

Jaqueline Rosário Santana

Igor Barbosa Beserra G. Maciel

#### **Diagramação:**

Matheus Victor Sousa Soares – UFPB, Brasil

#### **Consultor:**

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

**ISSN 1678-2593**

# **PRIM@ FACIE**

International Journal

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas**

SEÇÃO CORPUS

**Diálogos democráticos à luz dos direitos humanos**

**maio a ago., 2019**

**v. 18, n. 38**

**Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ**

Editores de área:

**Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil**

**Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil**

**Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil**

Coordenadora do PPGCJ:

**Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – UFPB, Brasil**

Consultor:

**Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil**

Catálogo na publicação  
Bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva – CRB15/0243  
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB

P952 Prim@ facie: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba [recurso eletrônico] / Editor-chefe: Jailton Macena de Araújo. – V.1, n. 1 (2002)-. – João Pessoa : PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Seção corpus: Diálogos democráticos à luz dos direitos humanos.

Periódico eletrônico online.

Modo de acesso: Internet.

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2397>

Descrição do fascículo v.18, n. 38 (maio./ago. 2019).

ISSN 1678-2593

1. Direito – Periódicos. 2. Democracia. 3. Direitos humanos. I. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. II. Araújo, Jailton Macena de.

BSCCJ/UFPB

CDU – 34(05)

## Sumário

### **Editorial, 5**

JAILTON MACENA DE ARAÚJO

### **CORPUS**

#### **A Democratização Da Justiça Brasileira Entre Símbolos, Rituais E “Juridiquês”: Notas Por Uma Justiça Cidadã, 10**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH, JOSÉ RICARDO MACIEL NERLING

#### **A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Contraposição Entre Ativismo Judicial E Popular, 36**

CAROLINE FERRI, DANIEL LENA MARCHIORI NETO, BRUNA BOTTERO CORRÊA

#### **Direito Na Sociedade Da Informação: Paradoxos Da Sociedade Em Rede – Coletividade X Individualismo Nas Comunidades Reais E Virtuais, 70**

RONNY MAX MACHADO, MARCO ANTONIO BARBOSA, MAGALI RODRIGUES DE SOUZA

#### **Patrimônio histórico-cultural como Direito Fundamental de preservação da memória coletiva, 100**

FABRÍCIO VEIGA COSTA, STELLA DE OLIVEIRA SARAIVA

#### **Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas, 132**

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER, EVERTON NEVES DOS SANTOS

### **ARTIGOS**

#### **Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy, 160**

VINCENZO CARBONE

#### **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República Brasileira: A (Persistente) Influência De Rui Barbosa, 180**

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA, NATALLIE ALVES DE ALMEIDA

# Table of contents

## **Editorial, 5**

JAILTON MACENA DE ARAÚJO

## ***CORPUS***

### **The Democratization Of Brazilian Justice Between Symbols, Rituals And “Juridiquês”: Notes For A Citizen Justice, 10**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH, JOSÉ RICARDO MACIEL NERLING

### **Legislative Popular Initiative As A Tensioning Instrument Between Judicial And Popular Activism, 36**

CAROLINE FERRI, DANIEL LENA MARCHIORI NETO, BRUNA BOTTERO CORRÊA

### **Law In The Information Society: Paradoxes Of Network Society - Collectivity X Individualism In Real And Virtual Communities, 70**

RONNY MAX MACHADO, MARCO ANTONIO BARBOSA, MAGALI RODRIGUES DE SOUZA

### **Historical-cultural heritage as Fundamental Right of preservation of collective memory, 100**

FABRÍCIO VEIGA COSTA, STELLA DE OLIVEIRA SARAIVA

### **Human Right To The Development Of Indigenous Peoples, 132**

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER, EVERTON NEVES DOS SANTOS

## **ARTICLES**

### **Ferramentas De Prevenção À Fraude De Iva: Desafios E Questões Políticas Na Itália, 160**

VINCENZO CARBONE

### **Liberalism, Federalism And ‘Encilhamento’ In The First Brazilian Republic: The (Persistent) Influence Of Rui Barbosa, 180**

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA, NATALLIE ALVES DE ALMEIDA

## EDITORIAL

**Diálogos democráticos à luz dos direitos humanos**

A Prim@Facie: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, no seu número 38, vem à lume trazendo como tema central que une os trabalhos aqui reunidos a ideia democrática. Assim, intitulada **“Diálogos democráticos à luz dos direitos humanos”**, a proposta inicial desta edição é reverberar as construções sociais e políticas que trazem a preocupação com o exercício democrático e das liberdades humanas.

O Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas considera essencial que as discussões que tem como foco os direitos humanos e o desenvolvimento sejam travas na esfera das preocupações democráticas, o que se alinha à preocupação com o debate público sobre os problemas enfrentados hodiernamente na sociedade brasileira.

Assim, esta edição une-se ao primeiro número do ano de 2019 “Constitucionalismo e perspectivas pluridimensionais dos Direitos Humanos” de modo a, de forma alvissareira, contribuir com as reflexões acerca dos diálogos democráticos que viabilizam a resistência diante dos avanços autoritários que ameaçam a produção do conhecimento científico no Brasil e no mundo.

O obscurantismo apenas pode ser afastado quando, dentro da produção científica, sejam colocadas em evidência, as discussões que reflitam acerca da realidade e proponham novas possibilidades de resistência e enfrentamento diante das dificuldades sociais. Na mesma medida, o contexto econômico e político deve ser considerado como parte da *praxis* democrática. Desta feita, abertos às contribuições de autores do Brasil e do mundo, os editores encilharam o presente dossiê, o qual tenta estabelecer as conexões entre os debates acadêmicos e a realidade social, colocando a Ciência Jurídica como arena para construção de novas possibilidades para o futuro da democracia.

O primeiro trabalho a compor a seção *Corpus*, representa bem a preocupação com o mais amplo acesso à atividade e à produção jurídica, refletindo sobre as formas para se democratizar e permitir o contato direito entre os cidadãos e o mundo do direito. Os autores, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e José Ricardo Maciel Nerling, no trabalho “A DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA ENTRE SÍMBOLOS, RITUAIS E “JURIDIQUÊS”: NOTAS POR UMA JUSTIÇA CIDADÃ”, tratam da dificuldade existente na democratização do acesso à Justiça, demonstrando de que forma a simbologia que envolve todas as formas de linguagem pode se tornar verdadeiro obstáculo ao acesso amplo pelos cidadãos ao sistema jurídico e à própria Justiça

No trabalho “A INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA COMO INSTRUMENTO DE CONTRAPOSIÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E POPULAR” de Caroline Ferri, Daniel Lena Marchiori Neto e Bruna Bottero Corrêa, se observa, a partir da articulação com a teoria dialógica oriunda da vertente do Constitucionalismo Popular, proposto pelo constitucionalista norte-americano Mark Tushnet, como o ativismo popular, de forma eventualmente contraposta ao ativismo judicial, pode promover os diálogos institucionais capazes de estabelecer e viabilizar a *praxis* democrática e realizar uma nova formulação de cidadania participativa.

Ronny Max Machado, Marco Antonio Barbosa e Magali Rodrigues de Souza, discutem as noções de sociedade em rede, coletivismo, individualismo e os reflexos no direito, a partir das ideias de Fritjof Capra e Castells, para quem, através de diferentes abordagens, convergem para o mesmo pensamento de que o mundo seria uma grande rede onde todos estão interligados, em conexões locais, dentro de outras globais, sendo o principal desafio saber qual o papel do direito nesse contexto. No texto “DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: PARADOXOS DA SOCIEDADE EM REDE – COLETIVIDADE X INDIVIDUALISMO NAS COMUNIDADES REAIS E VIRTUAIS”, essa visão múltipla e complexa da ciência jurídica, acaba por reconhecer que, no contexto da realidade e não da idealidade dos referidos autores, o papel do direito permanece de difícil precisão ou objetivação, tanto em razão da dificuldade ou impossibilidade de conceituá-lo univocamente, quanto porque ele não apenas se expressa como também é apreendido e utilizado de formas diversas, encontrando-se em permanente processo de adequação e modificação, o que exige democraticamente a participação dos sujeitos sociais.

O trabalho seguinte, “PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA”, de Fabricio Veiga Costa e Stella de Oliveira Saraiva debruça-se sobre como o patrimônio histórico-cultural deve ser vislumbrado como direito fundamental à preservação da memória coletiva. Os autores reconhecem que o Estado Democrático de Direito, detém esses valores como base e sustentáculo da sociedade brasileira e que, portanto, deve atuar no sentido de preservar e promover a memória coletiva.

No trabalho que encerra a seção *Corpus* deste número, intitulado “DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS”, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer e Everton Neves dos Santos discutem o tema do direito humano ao desenvolvimento dos povos indígenas, destacando que, apesar de algumas conquistas no âmbito legal, na prática, os direitos humanos

ao desenvolvimento dos povos indígenas ainda não foram devidamente garantidos, devendo ser parte do compromisso democrático brasileiro para efetivação das promessas constitucionais firmadas no Texto de 1988.

Esta edição da Prim@ Facie traz ainda uma seção *Artigos*, a qual se inicia com o trabalho “VAT-FRAUD PREVENTION TOOLS. CHALLENGES AND POLICY ISSUES IN ITALY” do prof. Italiano Vincenzo Carbone, como parte de uma reflexão acerca de como seria possível reverter as fraudes tributárias que acarretam perdas bilionárias na arrecadação dos Estados-Membros da União Europeia.. Convidado pelos editores, o autor analisa a legislação italiana em matéria de fraude ao IVA, destacando as questões críticas à luz da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude nos interesses financeiros da União através do direito penal.

Encerrando a edição, apresentamos o trabalho “LIBERALISMO, FEDERALISMO E ENCILHAMENTO NA PRIMEIRA REPÚBLICA BRASILEIRA: A (PERSISTENTE) INFLUÊNCIA DE RUI BARBOSA”, no qual Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça e Natallie Alves de Almeida, analisam como Rui Barbosa vislumbrou a organização do Estado com base na forma federativa, e, ainda, qual a atenção dispensada à questão financeira nacional. O trabalho foi desenvolvido dentro das atividades do Grupo de Pesquisa ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRIBUTAÇÃO NO BRASIL, vinculado ao Diretório dos Grupos de Pesquisas do CNPq. Vale ressaltar que o trabalho foi construído, nas palavras das autoras, “em razão do centenário de Rui Barbosa, em 2019, razão pela qual o trabalho almeja demonstrar a eventual persistência das contribuições do professor na construção do federalismo brasileiro, ainda que muitos anos após seu falecimento”.

Concluído assim o presente editorial, a partir do qual se abre em sequência os trabalhos do presente número, desejo que se cumpra o seu objetivo primordial de promover inúmeros outros

questionamentos, capazes de promover e ampliar as reflexões acerca do fortalecimento dos processos democráticos à luz da realização dos direitos humanos.

Desejo ainda, a todas e todos uma excelente leitura!

JAILTON MACENA DE ARAÚJO

**Editor-Chefe Prim@ Facie, vol. 18, n.38, 2019**

## A Democratização Da Justiça Brasileira Entre Símbolos, Rituais E “Juridiquês”: Notas Por Uma Justiça Cidadã

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor em Direito Público (UNISINOS). Professor dos Cursos de Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ. Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). E-mail: madwermuth@gmail.com

José Ricardo Maciel Nerling

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. E-mail: madwermuth@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo trata da dificuldade existente na democratização do acesso à Justiça, demonstrando de que forma a simbologia (nisto inclusas todas as formas de linguagens) são potenciais empecilhos para a construção de uma Justiça acessível e aberta a todos os cidadãos. Num primeiro momento, discute sobre a estética jurídica dos ritos institucionais, evidenciando por meio de exemplos a enorme barreira existente entre os cidadãos brasileiros (especialmente os mais pobres) e o Poder Judiciário. Assim, deixa claro o quanto as formalidades envolvendo os ritos jurídicos contemporâneos são potencialmente excludentes, ferindo gravemente os Direitos Humanos. Num segundo momento, dedica-se a encontrar possíveis motivos para que existam tantos mecanismos estéticos excludentes na estrutura das instituições jurídicas brasileiras, utilizando, para tanto, especialmente as teorias do sociólogo Jessé Souza, que trata sobre aspectos relacionados à cidadania, bem como à ausência ou dificuldade de construção de uma identidade jurídica nacional.

**Palavras-chave:** Estética Jurídica. Cidadania. Direitos Humanos.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **A Democratização Da Justiça Brasileira Entre Símbolos, Rituais E “Juridiquês”: Notas Por Uma Justiça Cidadã**

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

José Ricardo Maciel Nerling

### **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente artigo analisa os símbolos e rituais que subjazem à atuação do Poder Judiciário no Brasil, buscando responder à seguinte problemática: em que medida referidos símbolos e rituais, arraigados na tradição da atuação da justiça brasileira, acabam por integrar o “juridiquês”, responsável pelo afastamento dos cidadãos do acesso efetivo à justiça?

Parte-se, para tanto, da hipótese de que, em que pese os incontáveis avanços na democratização do acesso à justiça no Brasil, ainda se observam inúmeros casos nos quais os cidadãos – particularmente em virtude de questões relacionadas à classe social à qual pertencem – se veem impedidos de participar ativamente dos espaços da justiça. Entre símbolos e rituais, o “juridiquês” é reforçado, fazendo desses espaços zonas nas quais apenas os “iniciados” podem circular com desenvoltura.

Para os efeitos desse artigo, parte-se da ideia de que o “juridiquês” não se limita à questão da *linguagem* – hermética, fechada – do Direito, mas é também composto pelo conjunto de

rituais, símbolos e etiquetas que ainda pautam a atuação dos tribunais no Brasil – a exemplo dos espaços físicos, ornamentados de modo suntuoso e que, aliados às vestimentas (togas, gravatas, etc) acabam por afastar o jurisdicionado destes locais. As dificuldades relacionadas ao uso rebuscado vernáculo são, nesse sentido, apenas mais uma das facetas do “juridiquês”.

Na construção do artigo, analisa-se, inicialmente, como se construiu, no Brasil, uma cultura de afastamento das pessoas mais pobres dos espaços destinados à administração da justiça, por meio de verdadeiros “rituais de reforço de autoridade” que se manifestam pelos símbolos e rituais intrínsecos à atuação dos órgãos que integram o Poder Judiciário (a suntuosidade dos ambientes e das vestes, os rígidos rituais, o vocabulário rebuscado, etc). Alguns casos emblemáticos de verdadeiros constrangimentos a que foram submetidos cidadãos humildes nos espaços destinados à administração da justiça são utilizados para ilustrar o contexto, sendo cotejados com alguns “manuais de etiqueta” contemporâneos voltados ao estabelecimento de “padrões” relacionados ao modo de se vestir e de se portar em atos judiciais como audiências, por exemplo.

Na segunda parte do texto, o artigo se volta para as consequências desse modelo, salientando a ideia de que uma justiça cidadã não admite que meros rituais e simbologias – aqui traduzidos, também, pelo conceito de “juridiquês” – se configurem enquanto linguagem responsável pelo acirramento das diferenças sociais e da consolidação de uma espécie de “subcidadania”. Salienta-se, por oportuno, que o presente estudo parte de uma concepção ampla de cidadania, compreendida como verdadeira realização democrática de uma sociedade e da efetivação do direito ao acesso ao espaço público e de uma existência digna a todos os cidadãos, indiscriminadamente – o que pressupõe a superação do quadro de exclusão social que ainda marca de modo indelével a sociedade brasileira.

## 2 SÍMBOLOS, RITUAIS E “JURIDIQUÊS”: O QUE AFASTA O CIDADÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA?

*Tá vendo aquele edifício moço?  
Ajudei a levantar.  
Foi um tempo de aflição,  
Eram “quatro condução”,  
Duas pra ir, duas pra voltar.  
Hoje depois dele pronto,  
Olho pra cima e fico tonto,  
Mas me chega um cidadão,  
E me diz desconfiado, tu tá aí admirado  
Ou tá querendo roubar?  
Meu domingo tá perdido,  
Vou pra casa entristecido,  
Dá vontade de beber.  
E pra aumentar o meu tédio,  
Eu nem posso olhar pro prédio  
Que eu ajudei a fazer.*

*Tá vendo aquele colégio moço?  
Eu também trabalhei lá.  
Lá eu quase me arrebento,  
Pus a massa, fiz cimento,  
Ajudei a rebocar.  
Minha filha inocente  
Vem pra mim toda contente  
Pai, vou me matricular.  
Mas me diz um cidadão:  
Criança de pé no chão  
Aqui não pode estudar.  
Esta dor doeu mais forte,  
Por que que eu deixei o norte?  
“Eu me pus a me dizer” ...  
Lá a seca castigava mas o pouco que eu plantava  
Tinha direito a comer.  
(Zé Geraldo)*

Os versos de “Cidadão”, música composta por Zé Geraldo e que retrata a vida de um retirante nordestino a quem é negada a possibilidade de usufruir daquilo que ajudou a construir na capital, infelizmente, também representam a realidade de diversos brasileiros, que sofrem com a desigualdade social e a falta de cidadania, não se sentindo parte da nação. Todos são seres humanos que trabalham, mas que são invisíveis perante os poderes, inclusive o Poder Judiciário, muitas vezes sendo proibidos de ingressar, até mesmo em prédios públicos, por conta de sua roupa simples. E, não raramente,

quando ingressam nesses locais, não conseguem compreender – pela ritualística e pelas palavras empregadas – o que se passa ao seu redor.

Se mesmo no seu dia-a-dia o trabalhador brasileiro sofre com o preconceito, a falta de dinheiro e a dificuldade de acesso em alguns ambientes destinados às classes mais abastadas, isso fica ainda mais evidente quando se fala no acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário. Ir ao fórum, por exemplo, é um grande obstáculo para muitos, pois surgem as preocupações em como se vestir e se comportar perante o “Doutor” ou a “Excelência”.

Essa preocupação é tão real nos países periféricos, que muitas vezes não se restringe apenas ao homem simples, que não costuma circular nesses ambientes, mas atinge até mesmo os “operadores” do Direito. Esse anseio coletivo é tão latente na comunidade brasileira, que em rápida procura nos canais de busca na internet, é fácil de encontrar *links* no quais são informadas “boas maneiras” para quem vai participar de um ato oficial perante um magistrado.

Observa-se, com isso, que há uma demanda por parte das pessoas em descobrir formas de “causar uma boa impressão aos juízes”, de dar um passo à frente com relação à sua demanda perante a justiça por meio de uma aparência agradável ao julgador. Em portais da *web* não é difícil de encontrar “dicas de moda forense”, disponibilizadas especialmente para leigos no mundo jurídico, nos quais, conforme se vê, até mesmo a cor dos calçados da parte é referida como fator de influência em uma futura decisão judicial:

A audiência judicial é um momento extremamente importante para que seu processo seja julgado de maneira favorável, já que você irá se encontrar pessoalmente com o juiz que irá julgar sua causa. Por isso, no momento em que é marcada, surge a dúvida de como se vestir, o que levar e até mesmo como se portar durante a audiência para que se passe uma boa impressão ao juiz. As audiências são geralmente realizadas dentro do fórum, que exige certa formalidade. É indicado comparecer com roupas formais, tanto para mulheres quanto para homens. É indicado aos homens que se vistam de terno, com calça social e gravata, se possível. Às mulheres, terninhos vão bem, ou, caso não tenham, é melhor apostar na discrição, com roupas de cor neutra e sem decotes extravagantes. Como deve-se preferir roupa social, é indicado também o uso de sapato aos homens e sapatilha ou salto para as mulheres. Lembre-se:

roupa social não é a mesma indicada para as festas. Caso seu salto seja mais informal, prefira a sapatilha de cor neutra (INVESTIDURA, PORTAL JURÍDICO, 2018).

O que se vê é que existe, de fato, uma construção pública do estereótipo do sujeito que circula pelo fórum, como se as pessoas que irão frequentá-lo necessitem ser preparadas para uma solenidade análoga a uma sessão sagrada, religiosa, na qual a chance de haver algum tipo de punição caso algo não agrade ao julgador permeia o imaginário popular. Da mesma maneira, se pode extrair que uma bela roupa e um comportamento rebuscado perante juízes servem como manjares e oferendas às “bocas da lei”, que poderão, agradando-se do que veem, recompensar seus olhos cheios com sentenças favoráveis diante da impressão.

Tudo isso remete a um fator importantíssimo da estética, do qual não se pode olvidar: as formas de tratamento, ou as chamadas “etiquetas”, também interferem no desenho do poder, significando e ressignificando, excluindo e incluindo. Comprovando a capacidade secular da estética em dividir e caracterizar a humanidade – e até a pretensa “divindade de alguns” -, Ribeiro (1983, p. 87-88) disserta acerca do comportamento da rainha francesa Maria Antonieta nos bailes do Século XVIII, asseverando que

por sua condição, cada pessoa merece um lugar distinto. Este é o mérito da rainha: saber cumprimentar. Desta maneira, não só ela reconhece cada nobre em sua posição como, àqueles que não sabem quem ele é, ela o dá a conhecer. A etiqueta, apontando posição a todos, é modo de reconhecimento e conhecimento. O gesto da rainha divulga, exhibe; permite que, ao olhar do visitante, toda a trama da corte se exponha. É o que faz da corte um teatro; nela tudo é especializado, representado. Mas, além de dar a conhecer, os gestos têm uma função principal, a de permitirem um reconhecimento recíproco entre os nobres. Pela etiqueta cobrem-se de honra quem recebe e quem faz a reverência.

A partir desta análise, o Ribeiro (1983) deixa bem claro que a “sacralidade” das formas também estava presente na nobreza europeia, ou seja, na classe política, que se utilizava de eventos restritos para simbolizar a ordem e enaltecer por meio dos gestos de

honra o *status quo*. Esse “saber cumprimentar a rainha” era, na verdade, um ritual de reforço (DAMATTA, 1997) das posições sociais ocupadas por cada uma das pessoas, tendo como pano de fundo a capacidade da estética em excluir alguns e enobrecer outros.

Mesmo com o fim do Absolutismo, toda essa reverência para com a autoridade – que antes era a rainha - continuou vigorando no Direito pós-moderno, especialmente na forma das instituições clássicas. Porém, tudo isso não se trata apenas de fatos casuais ou meramente decorrências históricas, realidades observáveis, mas sem maiores explicações. Segundo Foucault (1996, p. 39),

o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo de um diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todo o conjunto de signos que devem acompanhar o discurso; fica, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção. Os discursos religiosos, judiciários, terapêuticos e, em parte também, políticos não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos.

Em resumo, tudo isso se dá porque “a instituição da sociedade é a instituição de um mundo de significações” (STRECK, 1994, p. 64). São justamente esses aparatos ritualísticos que criam o mundo como conhecemos, dando todo o subsídio necessário para a manutenção do poder. É por isso que em reportagens sobre o assunto, embora se observe uma tonalidade absoluta em torno das “dicas comportamentais” (como se inevitáveis para o “bom funcionamento” de uma audiência judicial), não existem maiores exageros acerca do formalismo, pois ele de fato é cobrado - e precisa ser. Não fosse assim, as instituições perderiam seu principal mecanismo de expressar a autoridade.

O site *WikiHow* (2018), por exemplo, instrui a utilizar em audiências roupas comportadas e sóbrias, pois a utilização de roupas “sociais e conservadoras” seria um sinal de respeito ao juiz e aos oficiais de justiça. Sugere aos homens o uso de calças, sapatos e

camisas sociais, enquanto para as mulheres aconselha o uso de vestidos discretos, *tailleur* ou calça social com camisa. Desaconselha para o uso de chinelos, sandálias abertas, sapatos de salto muito altos e tênis, bem como o uso de roupas com cores muito chamativas ou vestir-se todo de preto.

Até mesmo joias, como pulseiras, brincos e colares são desaconselhados pelo site de dicas, restringindo seu uso a uma aliança [fazendo ressaltar, indiretamente, um aspecto tradicional, ou seja, que a parte é casada e, portanto, “de família”] e relógio [que pode ser um símbolo de que a parte tem cuidado com horários e compromissos, ou seja, dá a entender que se trata de uma pessoa com responsabilidades]. Não usar peças justas, decotadas, curtas ou transparentes, assim como utilizar camisetas com logos, imagens e frases indiscretas, também são atos despersuadidos. As dicas não param por aí: prescreve-se ainda cobrir possíveis tatuagens, e retirar óculos de sol e chapéu assim que se entre no fórum. Tirar a gravata ou o paletó? Nunca, de jeito nenhum (WIKIHOW, 2018).

Ao tratar do comportamento da parte, o site conclama para maior atenção à linguagem corporal, sugerindo manter contato visual com todos que possam dirigir a palavra, pois “nunca se sabe com quem você pode dar de cara do lado de fora do fórum. A pessoa ao seu lado no elevador pode ser um juiz, advogado ou membro do júri” (WIKIHOW, 2018), ou seja, quer transmitir a mensagem de que “você está sendo vigiado o tempo inteiro”, e, por isso, precisa cuidar para que a aparência esteja o tempo todo impecável (WIKIHOW, 2018).

Além disso, dentre as várias sugestões, chama a atenção uma em especial: perguntar a um oficial de justiça, antes da audiência, como o juiz da causa gosta mais de ser tratado. “Vossa Excelência” é o mais indicado, mas pergunte por via das dúvidas” (WIKIHOW, 2018). Nisso tudo reside justamente aquilo que Ribeiro (1983, p. 8) expõe com relação ao Antigo Regime e a preparação desse verdadeiro ritual: “na linguagem e nos trajes, a imagem de uma sociedade hierarquizada exibia-se aos sentidos, tornava-se visível”. Até mesmo a maneira de sentar-se é apontada: “com as costas eretas” (WIKIHOW, 2018), sem

mascar chicletes, comer ou beber, com total atenção aos procedimentos.

Embora a presença de certo exagero nas prescrições, não é possível criticar essas postagens, pois, conforme se percebe em diversos casos ocorridos em território brasileiro, o que buscam prevenir de fato existe. Um exemplo perfeito disso ocorreu no ano de 2007, na 3ª Vara do Trabalho de Cascavel, no Paraná, na qual houve uma grave violação de Direitos Humanos, com motivações diretamente relacionadas à indumentária de um cidadão, o que causou grande à época grande repercussão nacional.

Na ocasião, o juiz que presidia a Vara adiou a audiência em questão sob o pretexto de o lavrador Joanir Pereira calçar chinelos de dedo durante a solenidade, embora estivesse “com sua melhor roupa”, vestindo calça e camisa social. Conforme os relatos, o juiz afirmou que não iria “realizar esta audiência, tendo em vista que o reclamante compareceu em Juízo trajando chinelo de dedos, calçado incompatível com a dignidade do Poder Judiciário” (CONJUR, 2018a).

Após a publicidade do caso, o juiz alegou em sua defesa que, quando atuou em outras comarcas (Curitiba - PR, por exemplo), havia um consenso social de não se frequentar uma audiência de chinelos, mas que, como na região de Cascavel (PR) existem muitas áreas rurais, a situação é diferente, sendo que, diante disso, ele deveria rever seus conceitos. O magistrado disse, ainda, que, embora não tenha entendido a atitude do trabalhador como uma ofensa, somente suspendeu a audiência para manter o “decoro”, exemplificando que “em um casamento, por exemplo, você vai vestido adequadamente” (CONJUR, 2018a). Ocorre, todavia, que o casamento não pode de maneira alguma servir como parâmetro de julgamento para o caso em tela, tendo em vista que se trata de uma cerimônia religiosa – frisa-se, privada -, enquanto a audiência judicial é uma cerimônia pública e cidadã.

Sabendo da repercussão negativa de seu ato, em nova audiência, em substituição à audiência suspensa, o magistrado pediu desculpas formais ao agricultor e, além do mais, levou um par de

sapatos para presenteá-lo, mimo que o trabalhador recusou, entendendo isso como uma “nova humilhação” (JUS BRASIL, 2018a), preferindo ficar calçado com os sapatos que havia tomado emprestado de seu sogro, mesmo sendo dois números a menos do que o tamanho de seu pé (CONJUR, 2018b).

Inconformado com o fato, o trabalhador rural ingressou com uma ação de indenização contra a União, sendo que a juíza Marize Cecília Winkler, da 2ª Vara Federal de Cascavel (PR), condenou o poder público a repassar ao agricultor o montante de R\$ 10.000,00, a título de reparação pelo dano moral sofrido. Contudo, chama a atenção parte da justificativa da decisão da magistrada, quando esta expõe que “comparecer a um ato judicial trajando calça jeans, camisa social e chinelo não gera ofensa alguma à Justiça do Trabalho, nem causa tumulto ao ato, o que ocorreria se o reclamante comparecesse fantasiado, num nítido tom de deboche” (CONJUR, 2018a), dando a entender que, embora no caso julgado não haja atentado à dignidade do Poder Judiciário, determinados tipos de vestuário (num certo contexto) podem ser entendidos como ofensivos à Justiça.

Tendo em vista o servidor público ter agido com dolo, ele teve de ressarcir à União - que exerceu seu direito de regresso junto à 1ª Vara Federal de Paranaguá, estado do Paraná - o valor de R\$ 12.400,00 (CONJUR, 2018a). Na decisão, o juiz federal Alexandre Moreira Gauté entendeu que seu colega agiu com culpa grave, de maneira imprudente, uma vez que a vítima se tratava de “trabalhador rural, pessoa de poucos recursos financeiros, que não foi à audiência usando sapatos porque sequer tinha esse tipo de calçado, não porque quisesse ofender a dignidade do Poder Judiciário” (UOL, 2018).

Não bastasse tudo isso, quatro anos depois o juiz trabalhista Bento Luiz de Azambuja Moreira (o mesmo da história dos chinelos) voltou a se envolver num caso análogo. Dessa vez, enquanto titular da 1ª Vara do Trabalho de Foz do Iguaçu, estado do Paraná, suspendeu a audiência, designando nova data para audição, uma vez que o pedreiro Cristiano Angelo do Nascimento, reclamante em um processo

trabalhista, compareceu vestido com bermudas (JUS BRASIL, 2018b).

Na ata da audiência, o magistrado expressou o seguinte:

tendo em vista a regra do artigo 445, inciso I, do CPC, que confere ao juiz o poder de polícia em manter o decoro na sala de audiências, e ainda, considerando que o reclamante compareceu a esta audiência trajando bermudas, entende este juiz do Trabalho que o traje não se coaduna com a realização de um ato formal dentro de uma sala de audiências do Poder Judiciário. [...] o Juízo convida o reclamante a se retirar da sala de audiências. (JUS BRASIL, 2018b).

Além desse caso, o qual o operário preferiu não comentar, há um relato do advogado Marcelo Picoli que chama muito a atenção. Segundo ele, em outra oportunidade, um homem de idade avançada havia se apoiado na escrivaninha do mesmo magistrado para assinar uma ata de audiências, ao que o togado não admitiu “que o homem encostasse os braços no móvel”, uma vez que isso, mais uma vez, atentaria contra a dignidade do Poder Judiciário (GAZETA DO POVO, 2018). Ao ser questionado sobre esse caso, o magistrado, em sua defesa, exclamou: “eu sou detalhista, exijo as formalidades que o decoro pede nas audiências” (GAZETA DO POVO, 2018).

O problema com o vestuário atingiu tamanha dimensão no fórum de Foz de Iguaçu - PR, que a Ordem dos Advogados do Brasil passou a manter, em um armário de sua sala, “um traje composto por calça, camisa com mangas e tênis para socorrer os desprevenidos” (JUS BRASIL, 2018b). A instituição, por sua vez, se posiciona contrariamente a esses atos de exclusão, alegando que “não existe lei que indique qual roupa ou calçado uma pessoa deve usar em uma audiência; vale o bom senso” (JUS BRASIL, 2018b). É possível dizer que, nesses casos relatados, os direitos de não distinção por qualquer condição humana, bem como de livre acesso à Justiça (todos direitos protegidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos), foram preteridos pelo gosto pessoal de um magistrado acerca de roupas.

Em virtude das recorrentes polêmicas e violações de Direitos Humanos nos tribunais brasileiros, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) resolveu se posicionar sobre o caso. Em jurisprudência

decorrente de demanda relacionada ao vestuário em ambiente de fórum, o Ministro Tércio Lins alegou que julgar casos relacionados às roupas não faz parte da previsão constitucional da atuação do órgão. Em suas palavras, “esta matéria relacionada aos costumes não tem o menor sentido de ser aqui tratada. Não somos agência nacional reguladora do vestuário nem ditamos a moda e os costumes dos frequentadores dos ambientes forenses” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018b). Ainda assim, na decisão do Conselho em pauta, ficou definida a seguinte ementa:

VESTUÁRIO. RESTRIÇÃO. ACESSO A FÓRUM. PRESERVAÇÃO DO DECORO E DA DIGNIDADE DA JUSTIÇA. 1. Inscreve-se no exercício do poder de polícia, atribuído a Juízes e Tribunais, velar por que se preservem padrões mínimos de dignidade e de decoro no acesso aos órgãos do Poder Judiciário (CPC, art. 125, III, e art. 445, I), desde que tal não implique discriminação socioeconômica ou denegação de Justiça. 2. Não há mácula de ilegalidade em comunicado de Juiz Diretor do Fórum que impede a entrada nas dependências do Fórum de pessoas com trajes inadequados (calção, short e bermudões) se a norma proibitiva não é rígida e admite exceções em casos de urgência ou de impossibilidade financeira de a parte vestir-se de outro modo. 3. A Constituição Federal veda a discriminação arbitrária, não o tratamento diferenciado ditado pela razoabilidade e justificado pelo padrão médio de moralidade da sociedade. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018b).

No julgamento desse caso, no qual se questionava uma normativa baixada pelo juiz presidente do fórum da Comarca de Vilhena, estado de Roraima, o CNJ entendeu pela não ilegalidade na “proibição de entrada no fórum de pessoas com calção, shorts e bermudões, como também de bonés e chapéus” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018a), em nome do “bom senso, da razoabilidade e sem prejudicar o acesso das pessoas à Justiça”. O posicionamento do Conselho foi de que o juiz presidente da Comarca tem competência para regular sobre essas questões, ou seja, relegou algo tão importante à simples arbitrariedade dos magistrados.

Quando observados os regimentos internos dos tribunais estaduais é comum encontrar tais previsões objetivas acerca da maneira de vestir dos juristas. Por exemplo, no Regimento Interno do

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em seu artigo 54, que trata da posse dos desembargadores, prevê o § 3º que “na posse em sala nobre, os membros do Conselho Superior da Magistratura, o orador e o empossando usarão as vestes talares completas, inclusive o colar do mérito”; e que “nas posses solenes, o mesmo será exigido dos desembargadores que tomarem assento à Mesa e na bancada” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016). No caso do Rio Grande do Sul, há a menção da obrigatoriedade do uso de vestes talares por parte de seus integrantes em todas as sessões públicas, o que pode ser observado logo no início do regimento, nas disposições iniciais, de forma especial no artigo 2º da legislação (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Na justiça trabalhista (justamente aquela que deveria socorrer o desvalido) ocorre o mesmo, inclusive em estados do nordeste, região do Brasil onde faz calor o ano inteiro. Se observarmos o artigo 10º do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, sediado no estado da Bahia, nele consta que “os Desembargadores usarão vestes talares nas sessões, na forma e modelo aprovados pelo Tribunal” (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, 2016).

Já no Supremo Tribunal Federal – STF, órgão máximo da jurisdição brasileira, seus membros se utilizam de vestes talares (em sessões solenes) e capa preta (em sessões ordinárias e extraordinárias), em respeito ao artigo 16 do regimento interno do tribunal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016), visando a realçar sua autoridade e a imparcialidade (no sentido de que todos os juízes – mesmo em tempos diversos - são iguais).

Por outro lado, já houve diversas manifestações de juristas, inclusive ministros do STF, questionando a existência dessas definições em relação a vestimentas, em especial por conta da questão de gênero e pela dificuldade de acesso à Justiça por pessoas humildes. Debates como esse já causaram avanços importantes, como, por exemplo, a medida administrativa votada pelo plenário em maio do ano de 2000, que liberou o uso de calça comprida (acompanhada de

blazer) para as mulheres. Até então, elas só podiam ingressar na corte vestindo saia.

Embora com autorização prevendo o contrário, a tradição no uso de saia por parte das mulheres naquele ambiente continuou a vigorar, vindo a ser quebrada somente após sete anos, em 2007, quando a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha (presidente do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2016 e 2018) decidiu por ir trabalhar, pela primeira vez, trajando calça. À época, embora já estivéssemos no século XXI, o fato precursor virou matéria de jornal (D'ELIA, 2016).

### **3 SUBCIDADANIA: PERCALÇOS NO ACESSO À JUSTIÇA**

O conceito de cidadania é multifacetado e assume formas variadas no decorrer da História. No presente artigo optou-se por uma abordagem da cidadania a partir de sua origem moderna, deixando-se, portanto, propositadamente, de considerar seus antecedentes históricos greco-romanos. Nesse sentido, deve-se salientar, inicialmente, que no âmbito jurídico é ainda bastante comum a compreensão da noção de cidadania a partir de sua redução ao exercício dos direitos políticos. A partir dessa concepção, a ideia central de cidadania é a de pertencimento a um Estado nacional, ou seja, a ideia de *nacionalidade*, a permitir que o indivíduo participe plenamente da vida política deste Estado.

No entanto, para além deste conceito reducionista de cidadania, é possível falar de uma acepção *ampla* que, segundo Marshall (1967), pode ser analisada a partir da evolução histórica dos direitos humanos. Nesse sentido, a cidadania ampla abarca, além do exercício dos direitos políticos, o exercício dos direitos civis e sociais.

Com isso, pode-se afirmar que a cidadania moderna origina-se no contexto libertário e revolucionário de derrocada do medievo e estabelecimento do Estado Moderno, no qual

[...] o projeto social da burguesia como nova classe emergente alicerçava-se em um novo *status*: não mais o *status* servil caracterizador do período medieval do feudalismo, marcado pela desigualdade institucionalizada em estamentos ou ordens, mas o *status* da cidadania civil. (CORRÊA, 2002, p. 210).

Surge, então, a partir da conquista dos direitos civis, o primeiro sentido histórico atribuído à cidadania moderna, qual seja: a ideia básica de participação na sociedade a partir de um *status* de igualdade e liberdade.

No decorrer do século XIX, o conceito de cidadania vai ser implementado com a conquista dos direitos políticos, ou seja, de participação na formação do poder político do Estado, quando se torna possível falar do surgimento também de uma *cidadania política*. É quando o direito de voto, até então privilégio exclusivo da classe detentora do poder econômico, é estendido a novos setores da população.

No entanto, a acepção de cidadania a partir da ótica do exercício conjunto dos direitos civis e políticos é insuficiente, haja vista que ainda carece das condições materiais adequadas para a plena efetivação destes direitos em um contexto de profundas desigualdades sociais. É assim que, no início do século XX, os direitos sociais, conquistados sob a influência da Revolução Russa, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, passam a ser compreendidos e assumidos como integrantes do *status* da cidadania, tornando, somente então, possível falar em um conceito *amplo* (BEDIN, 2000).

Esta terceira geração de direitos que vem a complementar a noção de cidadania civil e política, amplificando-a, compreende

[...] os chamados direitos de créditos, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de

realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social. Estes direitos, portanto, não são direitos estabelecidos ‘contra o Estado’ ou direitos de ‘participar no Estado’, mas sim direitos garantidos ‘através ou por meio do Estado’. (BEDIN, 2000, p. 62).

Com a conquista dos direitos sociais, portanto, o elemento social passa a integrar o conceito de cidadania, referindo-se à possibilidade de se ter garantido um mínimo de condições econômico-sociais para se viver com dignidade dentro de uma determinada comunidade política. Assim, a cidadania em sua acepção plena aparece “como a titularidade dos direitos fundamentais, preservação da dignidade como pessoa humana, e a participação nos processos políticos, respaldada nos deveres de reciprocidade para com os demais cidadãos.” (ROCHA, 2007, p. 36). Daí a cidadania plena ser conceituada por Marshall (1967, p. 76), como “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*.”

No sentido amplo ora abordado, portanto, a cidadania significa a realização democrática de uma sociedade, por meio da garantia a todos os seus cidadãos do acesso ao espaço público e de condições para uma existência digna, o que demanda organização e articulação política no sentido de superação de toda e qualquer forma de exclusão. Na realidade brasileira, no entanto, tal acepção de cidadania ainda se apresenta como *utopia* em decorrência de alguns fatores relacionados ao modelo de formação e desenvolvimento de nossa sociedade.

Com efeito, trasladando esta discussão para a realidade brasileira, o sociólogo brasileiro Jessé Souza realiza uma análise profunda acerca da diferenciação social no Brasil, especialmente por parte das autoridades do Estado. O autor leva em conta em seu trabalho a subcidadania da maior parte da população brasileira, assim como o abismo material e valorativo existente entre as classes e grupos sociais da nossa sociedade, todos fatores decorrentes, segundo ele, “de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que se

implanta paulatinamente no país a partir de inícios do século XIX” (SOUZA, 2004, p. 80), ou seja, um processo que se dá “de fora pra dentro”, e que se mostra impessoal e de difícil percepção na vida cotidiana. O Judiciário também pode ser visto como parte desse “pacote” a que o colonizador nos presenteou.

Por não entender que as instituições ocidentais sejam a saída para as crises dos países subdesenvolvidos, o autor acaba descartando (para uma análise do caso do Brasil) a análise positivista de Max Weber (2004, p. 80), que propõe que a única saída para as sociedades não-ocidentais fugirem da pré-Modernidade é repetir os passos das civilizações ocidentais (tendo como espelho a revolução protestante) e alcançar, assim, o desenvolvimento, garantindo “o passaporte para relações modernas na economia, na política e na cultura”. Nesse contexto, de acordo com o pensamento weberiano, o capitalismo, o mercado, o Estado, o racionalismo, a estética burguesa e monopólio da violência – todas instituições como modelos prontos, inclusive o Judiciário e seu *status* – seriam entendidos como capazes, por si só, de transformar a realidade de países periféricos,

Segundo Jessé Souza (2004), que se contrapõe a essa proposta, é justamente por conta da ideologia positivista - tendo a “burocracia como fortaleza e fonte de racionalidade” (BAUMAN, 2010, p. 138) - que há uma aclimação desses valores e instituições na moral brasileira, mesmo não sendo modelos desenvolvidos democraticamente pelos cidadãos e para os cidadãos do Brasil. Sendo assim, o mercado e o Estado

[...] são perpassados por [essas] hierarquias valorativas implícitas e opacas à consciência cotidiana, cuja naturalização, que a transveste de “neutra” e “meritocrática”, é responsável pela legitimação da ordem social que essas instituições atualizam. A compreensão dessa “ideologia espontânea” é fundamental para que possamos perceber a importância do componente simbólico e cultural na produção social da desigualdade e da subcidadania, sem apelar para o “essencialismo culturalista”, típico das abordagens que articulam personalismo, familismo e patrimonialismo, as quais descuram da articulação entre valores e seu necessário ancoramento institucional, único vínculo que poderia explicar de que modo valores influenciam o

comportamento efetivo dos agentes. (SOUZA, 2004, p. 81).

Assim, a autoridade do juiz (ou mesmo de outros agentes públicos) é entendida como um desejo inquestionável da República e, por isso, deve ser respeitado e tratado com reverência. Isso ocorre porque frequentemente “o simbolismo é visto como simples revestimento neutro, como instrumento perfeitamente adequado à expressão de um conteúdo preexistente, da ‘verdadeira substância’ de relações sociais, que nem acrescenta nem diminui nada” (CASTORIADIS, 1982, p. 143).

Essa pretensa neutralidade, a que se referem Castoriadis (1982) e Jessé Souza (2004), acaba dialogando com a ideia marxista da “ideologia espontânea do capitalismo”, vez que, do mesmo jeito que aparentemente a força de trabalho é vendida pelo valor justo, ou seja, como mercadoria e não como meio de exploração, também os modelos ocidentais – importados do centro para a periferia - acabam servindo como forma de dominação velada e natural, o que só é possível observar quando adicionados os horizontes valorativos, morais e simbólicos (SOUZA, 2004, p. 81).

Contextualizando sua afirmação, Souza (2004) explica que com a Reforma Protestante na Europa, há a redefinição de toda a hierarquia social, especialmente a partir da rejeição do sagrado mediado. Assim, os protestantes acabaram rejeitando a maior ou menor sacralidade de certas funções que seriam de base para as sociedades tradicionais. Essa nova noção de hierarquia é o que Taylor chama de “dignidade”, pois tem base na tendência igualitária de potencialização das individualidades (SOUZA, 2004).

Nas suas palavras, “em vez da “honra” pré-moderna, que pressupõe distinção e privilégio, a dignidade pressupõe o reconhecimento universal entre iguais” (TAYLOR, 1994). Contudo, a construção de uma razão em torno do trabalho produtivo também acarretou o aperfeiçoamento de princípios reguladores da atribuição de respeito e deferência, ou seja, embora tenha havido mudanças, a ideia de poder foi mantida, ainda que com outras justificações.

O que antes era imutável e constituído pelo sagrado acabou sendo substituído por uma nova noção de cidadania jurídica e política: o reconhecimento social. A identificação dos “operadores simbólicos” passou a permitir aos indivíduos “classificar os outros como mais ou menos dignos de seu apreço ou desprezo” (SOUZA, 2004, p. 83), não mais tendo como base a simples hereditariedade, e sim uma estrutura psicossocial. Nas palavras de Souza (2004, p. 83), “é essa estrutura psicossocial o pressuposto da consolidação de sistemas racionais-formais como mercado e Estado e, depois, produto principal da eficácia combinada dessas instituições”.

Nesse novo momento há uma reinterpretação da ética da honra (da Antiguidade) para o ideal cartesiano (controle racional). A racionalidade deixa de ser substantiva e passa a ser procedural. O homem racional passa a pensar de acordo com os muitos cânones e dogmas, fazendo surgir um novo sujeito moral, intitulado por Taylor de “*self* pontual”, vez que “desprendido de contextos particulares e, portanto, remodelável por meio da ação metódica e disciplinada” (SOUZA, 2004, p. 82), ou seja, um homem capaz de se adaptar a uma nova cultura, capaz de interiorizar todos os novos valores.

Para complementação (e entendimento) dessa teoria (e aplicação ao que essa dissertação se propõe), a noção de *habitus* é fundamental, vez que, para Bourdieu (1989), existe um conjunto de disposições culturais e institucionais que são inscritas no corpo e que se expressam na linguagem corporal dos indivíduos. Esse conjunto de preferências forma o *habitus* de classe, que

[...] abrange todas as dimensões da vida humana que implicam alguma escolha – vestuário, comida, formas de lazer, opções de consumo etc. –, o gosto funciona como o sentido de distinção por excelência, permitindo separar e unir pessoas e, conseqüentemente, forjar solidariedades ou constituir divisões grupais de forma universal [...] e invisível. [...] mesmo as escolhas consideradas mais pessoais e recônditas, desde a preferência por carro, compositor ou escritor até a escolha do parceiro sexual, são, na verdade, frutos de fios invisíveis que interligam interesses de classe, fração de classe ou, ainda, de posições relativas em cada campo das práticas sociais. Esses fios tanto consolidam afinidades e simpatias, que constituem as redes de solidariedade objetivamente definidas, como

forjam antipatias firmadas pelo preconceito (SOUZA, 2004, p. 85).

Entretanto, embora carregue importantes constatações, Souza (2004) considera que a divisão por classes proposta por Bourdieu (1989) não é suficiente para explicar na totalidade a exclusão social no Brasil, tendo em vista também se tratar de uma especulação externa. Para o sociólogo brasileiro, existe um sentido de consolidações históricas e lutas políticas que são de fundamental importância e que, todavia, ultrapassam a dicotomia de classes. É por isso que Souza (2004) propõe a divisão do conceito de *habitus* em dois: o *habitus* primário e o *habitus* secundário.

Segundo ele, o *habitus* primário seria um processo histórico de aprendizado coletivo, ou seja, um conjunto de

[...] esquemas avaliativos e disposições de comportamento objetivamente internalizados e incorporados, no sentido bourdieusiano do termo, que permitem o compartilhamento da noção de “dignidade” no sentido tayloriano. É essa “dignidade”, efetivamente compartilhada por classes que lograram homogeneizar a economia emocional de todos os seus membros numa medida significativa, que me parece ser o fundamento do reconhecimento social infra e ultra jurídico, o qual, por sua vez, permite a eficácia social da regra jurídica da igualdade, e, portanto, da noção moderna de cidadania. É esta dimensão da “dignidade” compartilhada, no sentido não-jurídico de “levar o outro em consideração”, denominado por Taylor de respeito atitudinal, que tem de estar disseminada de forma efetiva na sociedade para que se possa vislumbrar concretamente a dimensão jurídica da cidadania e da igualdade garantida pela lei. (SOUZA, 2004, p. 87)

Por outro lado, o *habitus* secundário diria respeito às “sutis distinções”, ou seja, a dimensão em que o “gosto” serve como uma moeda invisível, que transforma o capital econômico puro e, especialmente, o capital cultural, “travestido em desempenho diferencial por conta da ilusão do “talento inato”, em um conjunto de signos sociais de distinção legítima, a partir dos efeitos típicos do contexto de opacidade em relação às suas condições de possibilidade” (SOUZA, 2004, p. 90), ou seja, o mérito. Com relação ao *habitus* secundário, Souza (2004, p. 91) refere não perceber nenhuma

diferença relevante entre sociedades modernas do centro e as sociedades da periferia, vez que, “ao contrário do que proclama a ideologia da igualdade de oportunidades nos países avançados, os dois tipos de sociedade encontram-se no mesmo patamar”.

O que o sociólogo quer dizer é que o capital simbólico e econômico (*habitus* secundário) sempre é desigual, seja nos países desenvolvidos, seja nos países pobres. Não obstante, nesses dois contextos distintos existem severas diferenças no acesso à cidadania. Souza (2004, p. 91) explica essa diferença explícita dizendo que “a distinção fundamental entre esses dois tipos de sociedade parece [...] localizar-se na ausência de generalização do *habitus* primário, ou seja, do componente responsável pela universalização efetiva da categoria de produtor útil e de cidadão”.

Em outras palavras, a justificativa para que bem vestidos e mal vestidos sejam tratados de forma diferente perante a Justiça brasileira nada mais é do que uma “dimensão objetiva da moralidade, a qual permite, em última instância, todo o processo de fabricação de distinções sociais” (SOUZA, 2004, p. 90), que naturaliza a “ideologia do desempenho” (ou seja, do que essa pessoa produz ou significa para a sociedade), como corolário da “dignidade do ser racional”.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De maneira muito acertada, Souza (2004) deixa bem evidente a distinção que há entre as nações onde há um consenso básico e transclassista, representado pela generalização de todas as precondições sociais que tornam possível o compartilhamento efetivo do que denomina *habitus* primário em sociedades avançadas, e as nações construídas/constituídas sobre a mera simbologia dos modelos coloniais, ou seja, ausentes de um *habitus* primário de dignidade

compartilhado por toda a população. A diferença habita justamente na construção autopoietica de um significado de dignidade coletivo.

Sendo assim, o que falta ao Brasil para que todos sejam de fato tratados com igualdade perante os poderes é a noção coletiva de conquista da cidadania, de incorporação dos direitos, a desconstrução dessa espécie de “rede invisível” que une todos os operadores por meio de um acordo implícito, o qual nunca foi verbalizado, reforçando o valor diferencial entre os seres humanos nas práticas institucionais.

Em resumo, é inadmissível que em um país fundado sob um regime constitucional democrático ainda tenhamos que assistir a graves violações de Direitos Humanos por parte de alguns operadores do Direito. Não se pode aceitar que qualquer cidadão brasileiro seja discriminado por conta de suas vestimentas ou linguajar, ainda mais nos ambientes dos tribunais, espaço onde deveria se sentir acolhido. Isso acaba sendo ainda mais grave, levando em conta que o Poder Judiciário deve servir como defensor dos Direitos Humanos e jamais agir como algoz.

Data de Submissão: 24/07/2019

Data de Aprovação: 16/09/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros L. Costa

## **REFERÊNCIAS**

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 2. ed. rev. e ampl. Ijuí: UNIJUÍ, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Berthand Brasil, 1989.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução: Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CONJUR. **Juiz que adiou audiência porque lavrador usava chinelos terá que pagar R\$ 12 mil**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-09/juiz-adiou-sessao-porque-lavrador-usava-chinelos-ressarcira-uniao>>. Acesso em: 17 jan. 2018a.

CONJUR. **Trabalhador punido por usar chinelo recusa sapato de juiz**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2007jul04/trabalhador\\_punido\\_usar\\_chinelo\\_recusa\\_sapato\\_juiz](https://www.conjur.com.br/2007jul04/trabalhador_punido_usar_chinelo_recusa_sapato_juiz)>. Acesso em: 18 jan. 2018b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. **CNJ considera legal norma que define traje para entrar na Comarca de Vilhena (RO)**. Disponível: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/67094-cnj-considera-legal-norma-que-define-traje-para-entrar-na-comarca-de-vilhena-ro>>. Acesso em: 16 jan. 2018a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. Jurisprudência. **Processo nº 0000123-13.2009.2.00.0000**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/Infojurisl2/Jurisprudencia.s?eam;jsessionid=4A5179524D387FAA7E681EF91182CCB1?jurisprudenciaIdJuris=42912&indiceListaJurisprudencia=3&firstResult=100&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 16 jan. 2018b.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

D'ELIA, Mirella. G1. **Ministra quebra tradição e usa calça no STF**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/o,,MUL11565-5601,00-MINISTRA+QUEBRA+TRADICAO+E+USA+CALCA+NO+STF.html>>. Acesso em: 21 out. 2016.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GERALDO, Zé. **Cidadão**. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/ze-geraldo/68686/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

INVESTIDURA, Portal Jurídico. **O que levar e que roupa vestir numa audiência judicial**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 09 jun. 2017. Disponível em: [investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/conhecimento/335781-o-que-levar-e-que-roupa-vestir-numa-audiencia-judicial](http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/conhecimento/335781-o-que-levar-e-que-roupa-vestir-numa-audiencia-judicial). Acesso em: 15 jan. 2018.

JUS BRASIL. **Indenização para trabalhador que, calçando chinelos, foi barrado em audiência**. Caso ocorrido na Justiça do Trabalho em Cascavel (PR) tem sentença que condena a União. Operário receberá R\$ 10 m. Disponível em: <<https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/2594035/indenizacao-para-trabalhador-que-calcando-chinelos-foi-barrado-em-audiencia-caso-ocorrido-na-justica-do-trabalho-em-cascavel-pr-tem-sentenca-que-condena-a-uniao-operario-recebera-r-10-m>>. Acesso em: 17 jan. 2018a.

JUS BRASIL. **Reclamante de bermuda, juiz suspende a audiência**. Disponível em: <<https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/2829668/reclamante-de-bermuda-juiz-suspende-a-audiencia>>. Acesso em: 19 jan. 2018b.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

RIBEIRO, Renato Janine. **A etiqueta no antigo regime: do sangue à doce vida**. São Paulo: Editora brasiliense, 1983.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. Judiciário: cidadania e reforma. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 27-46.

SOUZA, Jessé. **A gramática social da desigualdade brasileira**. In: Revista Brasileira De Ciências Sociais - Vol. 19 N<sup>o</sup>. 54, 2004, ps. 79-96.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Diário do Tribunal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_1980.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2016.

TAYLOR, Charles. **The politics of recognition**. In: Amy Gutmann (org.), Multiculturalism, Princeton, Princeton University Press, 1994.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Regimento interno do Tribunal de Justiça de SP**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CECRIMP/Legislacao/NOVO\\_RITJSP.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CECRIMP/Legislacao/NOVO_RITJSP.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2016.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Regimento interno do Tribunal de Justiça do RS**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/>>. Acesso em: 21 out. 2016.

Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Regimento interno do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região**. Disponível em: <[http://www.csjt.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=d03f65cc-4cf1-4484-b6a9-555a93f1af62&groupId=955023](http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d03f65cc-4cf1-4484-b6a9-555a93f1af62&groupId=955023)>. Acesso em: 21 out. 2016.

UOL. **Juiz que barrou audiência porque lavrador usava chinelo terá de pagar R\$ 12 mil**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/03/09/uniao-vence-acao-contra-juiz-que-adiou-audiencia-do-lavrador-de-chinelos.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2018a.

WikiHow. **Como se comportar em um Fórum de Justiça**. Disponível em: <<https://pt.wikihow.com/Se-Comportar-em-um-F%C3%B3rum-de-Justi%C3%A7a>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

**The Democratization Of Brazilian Justice Between Symbols, Rituals And “Juridiquês”: Notes For A Citizen Justice**

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

José Ricardo Maciel Nerling

**Abstract:** This article deals with the difficulty of democratizing access to justice, demonstrating how symbolism (including all forms of languages) are potential obstacles to the construction of a justice accessible and open to all citizens. At first, it discusses the legal aesthetics of institutional rites, highlighting by example the enormous barrier between Brazilian citizens (especially the poor) and the Judiciary. Thus, it makes clear how much the formalities involving contemporary legal rites are potentially exclusionary, severely injuring human rights. Secondly, it is dedicated to finding possible reasons why there are so many aesthetic mechanisms that exclude each other in the structure of Brazilian legal institutions, using, for this purpose, especially the theories of sociologist Jessé Souza, who deals with aspects related to citizenship, as well as the absence or difficulty of building a national legal identity.

**Keywords:** Legal Aesthetics. Citizenship. Human rights.

## **A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Contraposição Entre Ativismo Judicial E Popular**

**Caroline Ferri**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), atuando nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito. E-mail: carolineferri@gmail.com

**Daniel Lena Marchiori Neto**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil(2012). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: danielmarchiorineto@gmail.com

**Bruna Bottero Corrêa**

Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: brunabotterocorrea@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo tem como tema a Iniciativa Popular Legislativa observada a partir da articulação com a teoria dialógica oriunda da vertente do Constitucionalismo Popular, proposto pelo constitucionalista norte-americano Mark Tushnet. O objetivo é explorá-la como instrumento capaz de pôr em prática o ativismo popular contrapondo o ativismo judicial. Para tanto, buscou-se como objetivo secundário apresentar brevemente a que se propõe a crítica desenvolvida pelo intelectual para em um segundo momento demonstrar como a Iniciativa Popular pode promover os diálogos institucionais que ela defende em favor da *praxis* democrática.

**Palavras-chave:** Iniciativa Popular Legislativa. Constitucionalismo Popular. Ativismo Judicial.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Contraposição Entre Ativismo Judicial E Popular**

Caroline Ferri

Daniel Lena Marchiori Neto

Bruna Bottero Corrêa

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem o propósito de explorar a teoria dos diálogos institucionais, a partir da vertente oriunda das obras do constitucionalista norte-americano Mark Tushnet, que defende um “Constitucionalismo Popular”. O propósito é articular a ideia do intelectual com a Iniciativa Popular Legislativa.

Mark Victor Tushnet (1945) leciona na Faculdade de Direito na qual obteve seu grau de Bacharel, a prestigiosa Universidade de *Harvard*. Tornou-se Mestre em História pela Universidade de *Yale*, em 1971. Durante o período de 1972-1973 serviu à justiça, auxiliando o juiz *Thurgood Marshall*, reconhecido como o primeiro afro-americano nomeado para a Suprema Corte. Após essa significativa experiência, assume a docência em Direito na Universidade de *Georgetown*, em 1981, na qual hoje é considerado professor emérito. Somado a isso, foi secretário da Conferência sobre Estudos de Direito

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

Crítico, de 1976-85 e presidente da Associação da Escola do Legislativo Americano, em 2004.

A partir de sua significativa experiência com *Thurgood Marshall* produziu uma série de estudos consubstanciados nas obras *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*, *Making Constitutional Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court 1961-1991* e, em especial, *Taking the Constitution Away from the Courts*, em que se dedica a desenvolver uma abordagem para pensar sobre a Constituição longe dos tribunais e onde a integralidade do projeto é resumida quando descreve o “Constitucionalismo Popular”. A teoria tem como proposta rediscutir a interação possível entre poder popular e os poderes institucionais, especialmente frente a decisões das Cortes Judiciais de última instância.

Sugere-se que, a depender do seu modo de realização, a Iniciativa Popular Legislativa pode revigorar o significado da Constituição com a participação do povo, além de redistribuir o poder político decisório entre os cidadãos. O resultado pode ser uma justiça mais social e um constitucionalismo mais popular<sup>1</sup>.

O artigo será dividido em duas seções. A primeira apresentará uma análise, ainda que breve da crítica proposta por Tushnet, especialmente a oriunda da obra *Taking the Constitution away from the Courts* (1999)<sup>2</sup> e de que maneira ela promove a revalorização do ativismo popular a fim de complementar de maneira equilibrada a atuação dos poderes, em especial, em face do ativismo judicial. Nesse contexto, a segunda buscará apontar em que medida a Iniciativa Popular Legislativa pode ser considerada um instrumento de diálogo

---

<sup>1</sup>Vale ressaltar, entretanto, que esta é uma via de mão dupla. A Iniciativa Popular também pode ser conservadora. Dificilmente o povo se uniria para ser contra direitos sociais; em linhas gerais, o povo quer mais direitos sociais. O problema é que a Iniciativa Popular Legislativa em um país conservador pode redundar em menos direitos individuais (em questões como segurança, legalização do aborto, direitos aos LGBT, etc.).

<sup>2</sup>Tushnet (1999) explora a proposta política de um constitucionalismo que priorize a manifestação popular em detrimento de decisões monocráticas oriundas do posicionamento dos Tribunais de última instância.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

institucional, inspirado na teoria do “constitucionalismo popular”, promovendo a abertura do espaço legislativo para a atuação popular direta, com fim de efetivar a participação popular democrática.

## 2 O ATIVISMO JUDICIAL E O CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Quando a ciência jurídica se afasta do estudo do processo de produção da norma, é gerado pelo menos um efeito indesejável: os juristas esquecem de problematizar a perda da dimensão democrática que, por vezes, ocorre no Legislativo, nos seus processos e procedimentos e que acaba por refletir no Judiciário. Daí a importância de optar-se por um estudo do Direito relacionado a produção normativa no seu nascedouro: o legislativo. É certo que esse processo não deve ser realizado apartado das discussões sociais e técnicas promovidas pelo próprio Judiciário. No entanto essa questão vai mais além, especialmente no que se refere ao Estado e as noções de soberania popular e de democracia.

Existem muitas discussões sobre a necessidade de efetivação da soberania popular e do princípio democrático. Porém, pouco avanço prático há na efetivação desses conceitos, posto que a representação e as decisões judiciais se sobrepõem a uma *praxis* democrática elevada ao seu mais alto nível, em que os cidadãos efetivamente decidem sobre a política que os rodeia.

Comumente, a interpretação dos tribunais tenta suprir *a posteriori* a carência democrática do processo legislativo na tentativa de resgatar o resultado normativo, ou seja, a lei, desse efeito perverso. Todavia, as decisões das Cortes, por si só, não são capazes de sanar essa lacuna, mantendo a precariedade em termos democráticos, já que

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

não há uma consulta direta a população, ao menos no cenário institucional brasileiro.

Parte desses problemas advêm da naturalização das instituições como *imutáveis* e da noção de que alterações nas suas formatações causariam consequências desagradáveis. Esse obstáculo epistemológico é o de que o povo não poderia decidir diretamente as questões políticas postas em discussão no âmbito legislativo. Esse paradigma é aceito como imutável e como benéfico na medida em que as questões de relevância para sociedade devem ser tomadas por pequenos e por qualificados grupos, o que é defendido também pelo judiciário.

O Constitucionalismo moderno e a teoria de Montesquieu igualmente consagram o legislativo nesse quase axioma. É inegável o enraizamento do constitucionalismo pós-guerra e da premissa genérica de tripartição dos poderes estatais. De certa forma:

A naturalização de gramáticas institucionais paralisa a capacidade analítica dos juristas e impede a transformação das instituições políticas com base em uma noção pré-concebida de constitucionalismo e da Teoria da Separação dos Poderes (CASTRO; RAMOS, 2014, p. 3).

Essa naturalização pode ser interpretada como a aceitação inquestionável de determinados desenhos institucionais que favorecem aos conceitos engessados de como as decisões políticas devem ser tomadas e até que ponto a população consegue exprimir suas decisões através do legislativo, órgão representativo dessas vontades. É quase intuitiva a assertiva de que a representação parlamentar corresponde vagamente aos interesses populares. Além disso, nesse modelo fechado à participação popular direta, a dinâmica legislativa não acompanha as mudanças sociais.

Um segundo dilema é a falta de mecanismos que tornem efetivamente realizável a democracia, tida como uma questão de poder. As práticas democráticas parecem estar muito aquém do ideal democrático.

Apesar de concebível a ideia de uma sociedade tecnológica, que descentralize o poder de forma que as pessoas participem da

## **A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...**

construção e da votação das leis de forma mais dinâmica, essa situação ainda parece distante. O povo, em sua maioria, não participa do debate em torno de processos de aprovação das leis, pois este não é realizado com fins de proporcionar uma efetiva interferência do povo, mesmo nos assuntos mais rotineiros. Nesse sentido, o modo geral de produção das leis tem ferido à democracia e tem afastado o povo de uma atuação ativa.

A tecnologia poderia permitir o desenvolvimento desse cenário democrático de descentralização da produção legislativa, desde que existente o interesse do Estado e envolvimento de setores à serviço dessa prática. A aparente falta de uma orientação educacional voltada para a conduta de participação política ativa e de um estímulo significativo das organizações estatais e de poderes instituídos, favoráveis a que isso ocorra, igualmente não contribuem para o desenrolar dessas questões.

Um problema crônico é a perda da legitimidade das questões políticas levadas a debates pelos atores políticos (MENDES, 2007). Devido a uma falha grave de representação, as demandas pressupõem interferências de comandos que não os do povo, em que pese esses interesses possam eventualmente coincidir ainda que indiretamente com a expectativa do cidadão comum.

O Parlamento em sua atual configuração não parece ser capaz, embora não haja escopo para a afirmação de que um dia pôde servir efetivamente a este propósito, de atender aos anseios populares, restando claro que a concepção clássica de Legislativo como representante do povo pode ser considerada mera retórica. Desde uma perspectiva de Estado organizado para respeitar escolhas e decisões políticas compartilhadas entre os cidadãos através de processos e de procedimentos democráticos, como concebido desde a tradição ocidental greco-romana, é de se procurar alcançar novas formas de aprimorar esse exercício contínuo de administrar a organização da vida em sociedade.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

O Congresso representa o poder do povo instituído apenas formalmente pela estruturação do Estado moderno, mas não um espaço de manifestação dos interesses populares. Por isso, no Brasil, como em diversos outros países, a crise de legitimidade do Poder Legislativo é evidente.

O ativismo judicial é um fenômeno que ganhou espaço há algum tempo na cena jurídica e seu viés crítico tem sido bastante explorado pelos constitucionalistas. Existem opiniões contrárias, mas também favoráveis à sua realização. Essas críticas se dividem, basicamente, em duas vertentes, pois:

Na academia jurídica, não é raro encontrar discursos inflamados ora em defesa, ora em oposição ao sistema de revisão judicial exercido pelas Cortes Supremas em sede de controle de constitucionalidade das leis e de atos do Poder Executivo. Em sociedades democráticas, é comum se deparar com duas possíveis variáveis que se relacionam à presença ou ausência de restrições explícitas ao Poder Legislativo das maiorias parlamentares. Elas se referem, especificamente, ao poder de emendarem suas Constituições (em modelos que vão do flexível ao rígido) e à presença ou ausência de revisão judicial (CABRAL, 2014, p. 196).

Dentre os posicionamentos que consideram o ativismo judicial algo positivo, a atuação dos juízes é um dever frente à inoperância de outras instituições. Esse posicionamento condiz com a atuação de um Estado afirmativo e prestacional, garantidor, conquistado pelas últimas gerações de direitos humanos e sociais. Nesse cenário, as decisões da Corte Suprema acolheriam melhor os apelos da sociedade, fornecendo respostas e resoluções aos problemas políticos, ao atender as demandas que não recebem a devida atenção pelo Poder Legislativo. De fato, em que pese as dificuldades ainda presentes, o acesso à justiça parece restar mais próximo do cidadão do que o acesso à democracia legislativa.

Uma das críticas contundentes ao Judiciário, que parte da vertente contrária à sua atuação, é embasada na suposta transposição da linha tênue entre julgar e legislar. Por isso, essa atividade política das Cortes Supremas é duramente criticada. O Judiciário estaria exercendo um poder que deve ser, por natureza, democrático. Não o

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

caberia tal posicionamento, em virtude de não possuir gênese democrática. Sendo assim, esse trabalho pertenceria tão somente ao Poder Legislativo, sendo sua tarefa precípua.

O tensionamento é relevante na medida em que descortina um desequilíbrio preocupante. A desigualdade entre o peso de uma e de outra decisão institucional, como se as decisões da Suprema Corte fossem mais enaltecidas e mais valoradas, além de consideradas preponderantes sobre as demais, causa uma injustiça sistêmica prejudicial à democracia e aos diálogos institucionais, que presumem a interação entre povo e poderes.

A combinação de questões políticas mal compreendidas pela sociedade e pouco debatidas, porém aprovadas no Parlamento, com pouca participação popular e a falta de métodos que possibilitem uma maior participação democrática na criação do Direito, implicam em uma maior atuação das Cortes do Poder Judiciário. O Judiciário, por sua vez, através do controle de constitucionalidade (*judicial review*) controla não apenas a legalidade, mas acaba por conjuntamente contornar a carência democrática. Ao decidir por meio de uma interpretação legal, opta por um posicionamento político, atribuição precípua do Poder Legislativo. Essa prerrogativa lhe é conferida constitucionalmente, porém o contínuo aumento dessa atividade revela a falta de novos procedimentos e modelos ou desenhos institucionais e de seus instrumentos, efetivamente democráticos.

Não há como diferenciar uma interpretação legal e, em especial, da Constituição, de uma interpretação política. Como adequadamente apontam Bernardes e Lima (2018, p. 24), no cenário contemporâneo “a aproximação entre Direito e moral amplia o horizonte de definição do poder político do Judiciário, sobretudo pela tentativa perene de se construir uma tradição constitucional democrática capaz de balizar o processo decisório”. De maneira geral, essas situações de decisões casuais sobre questões de extrema relevância causam desconforto ao gerarem uma atmosfera de insegurança jurídica.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

As cortes superiores, diante dessa deficiência democrática, obviamente não encontram todas as respostas aos casos, mesmo em países como o Brasil, de Constituição analítica. Esses julgamentos pouco adotam processos democráticos, pois possuem natureza autocrática, ressalvadas exceções<sup>3</sup>. Mariotti, Fernandes e Lunelli (2018) constataam a importância da cidadania ativa para além do exercício do voto na representação política, mas por uma atuação mais efetiva da participação popular.

A teoria dialógica comportada no estudo do constitucionalista norte-americano Mark Tushnet, em especial na obra em que aborda o “Constitucionalismo Popular” (1999), busca discutir o significado da Constituição, mas tendo por base os diálogos entre os diferentes âmbitos institucionais, incluindo o povo. A crítica que propõe envolve não só as decisões judiciais como também a criação legislativa.

Tushnet (1999) sugere uma maior abertura das instituições à interação com o povo, especialmente no momento de tomada de decisão. Ao interpretar a legislação, o ativismo judicial provoca uma série de questionamentos e levanta críticas à questão da legitimidade, exclusividade e alcance desse poder. Essa situação também expõe certa fragilidade do poder do povo e de sua impotência frente aos poderes ditos democráticos. De acordo com Tushnet (2015), esses procedimentos podem conter “níveis substancialmente mais elevados de participação do público” (p. 1188).

O “Constitucionalismo Popular” propõe o reequilíbrio dos poderes institucionais e defende o envolvimento do povo com o significado da Constituição. Sua tese está ancorada na previsão preambular da Constituição e no poder que ela atribui ao povo americano. Embora inspirada na realidade norte-americana, a teoria se baseia em questões comuns às democracias contemporâneas.

---

<sup>3</sup>A pesquisa de Godoy (2017) conclui que as audiências públicas e os *amici curiae* são métodos positivos de diálogo capazes de influenciar as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

Por isso, a importância do debate sobre um direito constitucional mais popular, tendo em vista que, conforme esclarece Lois e Bastos (2010), as teorias dialógicas, como a desenvolvida por Tushnet (1999), partem do envolvimento do Direito com a Política, levando em conta a complexidade das sociedades contemporâneas. Sob uma perspectiva interacionista, a teoria dialógica busca resgatar a complexidade existente nessa dinâmica, negada pelas abordagens tradicionais.

Sua proposta não necessariamente contrapõe o ativismo judicial, mas defende a composição deste com o ativismo **popular**. Portanto, o protagonismo do povo seria elementar devendo ser, desde que fundamentado em premissas constitucionais, reconquistado. A defesa supremacia constitucional em detrimento da *judicial* é o ponto de partida para a promoção da atuação popular, já que as Constituições democráticas consagram a soberania popular, o voto, a liberdade e a participação política dos cidadãos.

Segundo Bertomeu (2016), Tushnet “tem uma preocupação profunda pela justiça social e considera que os juízes em seu país não são aliados nesta causa” (p. 97), já que as Cortes nem sempre estão preocupadas com o lado social de suas decisões e, principalmente, com o quesito democrático (TUSHNET, 1999). Portanto, é inegável sua busca pela revalorização do Legislativo, mas como palco da atuação política popular.

A pedra fundamental na qual baseia sua crítica consiste na recuperação do domínio popular sobre a lei, na tomada de acento pelo povo nos espaços institucionalizados de poder. Nesse sentido, critica o ativismo judicial, mas, mais que isso, incentiva a participação popular nos processos de formação e a interpretação da lei, ou seja, resgata o “valor da participação institucionalizada” (GARCÍA, 2009, p. 79) e assim, “retomar a ideia de um constitucionalismo fundado na vontade popular” (SEGOVIA, 2013, p. 129).

Essa retomada, por sua vez, completa o ciclo, pois promove igualmente a revalorização do Legislativo, por ser o espaço, em tese,

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

adequadamente estruturado para a realização das deliberações legislativas. Por isso, diz-se que:

[...] a mensagem de Tushnet vai muito mais além da manifestação da dita vontade de maneira esporádica e intermitente [...] O autor afirma que a interpretação política da Constituição a democratiza em grande medida e que a consciência política da comunidade deve expressar-se em uma atitude ativa do povo (CANAL, 2012, p. 154).

As constituições devem pertencer à coletividade, ao povo que a proclama, não apenas quando do seu surgimento, estando ou devendo estar constantemente sob poder do povo ou “*in their hands*” (TUSHNET, 1999, p. 15). Para o constitucionalista, mesmo os *liberais* passaram a ter um posicionamento temeroso no que se refere às disposições constitucionais estarem efetivamente à disposição do povo e, principalmente, frente ao voto popular. No âmbito legislativo, o medo engloba uma “omissão proposital” dos representantes do povo que “insistem em deixar de lado a fundamental discussão sobre a organização e o exercício do poder” (GODOY, 2017, p.109). As Cortes passaram a exercer o monopólio exclusivo em dizer a Constituição e, em última análise, do controle de constitucionalidade.

As decisões judiciais das Cortes Supremas – e o peso dado a elas – são duramente criticadas por Tushnet que convoca o povo a contestá-las. O intelectual encoraja vigorosamente todos a assumirem a responsabilidade de proteger as liberdades constitucionalmente previstas e aponta como um dos principais meios, o voto. Convoca a tradição político-cultural americana salientando que a liberdade se faz através da própria deliberação popular. A contínua decisão dos Tribunais afetaria essa tradição, qual seja, o simbólico espírito liberal da nação norte-americana responsável por autogovernar-se, culturalmente menos suscetível ao patriarcalismo e que privilegia a democracia. A consequência por ele apontada e que também pode ser atribuída a outros contextos políticos nacionais, é a perda da autonomia política do indivíduo. Até mesmo porque “os desacordos sobre direitos, quando são profundos, não podem ser eliminados pela Corte Suprema” (ORTEGA, 2011, p. 737). Por outro lado,

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

independentemente de a discussão ser benéfica ou não, o ativismo judicial pode ser considerado uma consequência lógica do enfraquecimento democrático do Legislativo nas principais democracias contemporâneas. A partir dessa constatação, o empenho de Tushnet é válido, pois tenta resgatar o espírito participativo na construção e na interpretação da Constituição pelo povo, usando do argumento de que é ele seu verdadeiro detentor.

O constitucionalismo torna-se popular porque a responsabilidade pelo direito constitucional é amplamente distribuída. Este ativismo depende do agir no diálogo político com os outros: na rua, na cabine de votação ou no Legislativo (TUSHNET, 1999).

No cenário norte-americano, a Constituição, por ser sucinta, necessita de constante adequação aos casos legais. Esse trabalho interpretativo ficaria a cargo da Suprema Corte. Por isso, o sistema da *common law* reflete mais claramente essa atmosfera autocrática. Portanto,

Muito embora o *ativismo judicial* seja um tema sobre o qual ainda predominam as controvérsias – sobretudo em razão da importância histórica da *Supreme Court* –, não há dúvidas de que ele surge no sistema jurídico norte-americano, em que os precedentes constituem a principal fonte do direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação do direito, de tal modo que o papel desempenhado pelos tribunais se tornou uma pauta constante na discussão jurídico-política.

Todavia, considerando o fenômeno da *judicialização da política*, observa-se que o ativismo judicial e suas implicações ultrapassam as fronteiras da *common law* [...] (TRINDADE; MORAES, 2011, p. 138).

Enquanto a Constituição norte-americana é bastante sintética, a Constituição brasileira é densa, extensa e analítica, além de ser rígida quanto a processos para a sua modificação, tendendo à estabilidade. No entanto, não está eximida de lacunas ao que parece, propositalmente favoráveis ao exercício de um controle político normativo restrito ao povo.

Apesar das diferenças, em ambos cenários, brasileiro e norte-americano, existem os mesmos atores: o povo, os políticos profissionais que atuam diretamente através do Poder Legislativo e a

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

Suprema Corte. Todos eles estariam envolvidos pelos direitos e deveres constitucionais, alguns mais, outros menos atuantes no jogo político (TUSHNET, 1999).

Na realidade norte-americana o governo dividido ou a posição política dividida da sociedade fez com que o poder decisório recaísse mais sobre o Poder Judiciário. Com o passar dos anos, os conservadores passaram a assumir o governo e, tendo em vista a afirmação histórica dos direitos sociais por parte da Suprema Corte, houve essa inversão, em que o povo então passa a protestar pela atuação da Corte e não mais contra ela (GODOY, 2017).

A proposta teórica do “constitucionalismo popular” (1999) tenta revigorar o papel do poder político popular em pensar e expressar o significado do Direito Constitucional, negando a palavra final da Suprema Corte, sem pretensão de substituí-la e sem que com isso haja temor quanto à proteção das liberdades. A teoria constitucional rediscutida busca abrir novos caminhos, novas possibilidades, em meio ao ativismo judicial, através do resgate da interação popular com as instituições e com o controle jurisdicional.

A teoria constitucional popular vai além da mera respeitabilidade da lei e dos seus intérpretes, expondo que o quesito democrático deve ser priorizado no mais elevado nível, em que o povo *decide*, respaldado na legitimidade que lhe fora atribuída constitucionalmente. As declarações judiciais não mereceriam consideração especial em detrimento de interpretações obtidas através de processos dialógicos institucionais com o povo e da observância da Constituição. Os diálogos institucionais, desse modo, contrapõem-se ao parecer constitucional das cortes, em favor de uma teoria constitucional popular ou de um “direito constitucional popular” (*populista constitutional law*) (LIMA, 2014, p. 55). Na proposta teórica, a proteção dos direitos constitucionais através de um direito constitucional popular ou do *Constitucionalismo Popular* seria mais eficaz. A teoria do direito constitucional popular (*populista theory of constitutional law*), portanto,

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

[...] reforça o sentido de uma Constituição popular paralela a Constituição legal norte-americana, que não está confinada a um determinado ato constituinte, mas que, pelo contrário, se renova com as constantes interpretações que lhe são conferidas pelo Povo. (BOLONHA; ZETTEL; RANGEL, 2014, p. 175).

Sendo assim, o contexto do diálogo institucional se dará a partir da interação conjunta de instituições, da população, dos representantes e das cortes, resultando na interpretação constitucional popular. Essa teoria constitucional “é uma proposta útil para repensar-se criticamente nossa inclinação por alguns aspectos do constitucionalismo europeu do pós-guerra, em particular a supremacia judicial e o desdém para com os movimentos sociais como geradores do sentido constitucional” (ORTEGA, 2013, p. 191) e, acrescenta-se, repensar-se criticamente o ordenamento em geral.

Em certa medida, é possível afirmar que os movimentos e as manifestações sociais de grande escala, no nível de comunicação global, são irrepresentáveis, seja pelos Tribunais ou, até mesmo, pelo quase ato-falho da representação parlamentar. Mesmo assim, o poder político e a soberania na contemporaneidade permanecem notoriamente concentrados no Poder Legislativo e no Poder Judiciário. A soberania popular não participa das esferas de poder. A participação através de meios tidos como democráticos apresenta muitas limitações, como é o caso da Iniciativa Popular Legislativa. A soberania e o poder, quando desconcentrados e redistribuídos favorecem a democracia. Porém, essas transformações parecem exigir práticas democráticas que adotem métodos que combinem pelo menos duas prerrogativas principais: sejam mais acessíveis a um maior número de participantes e dotadas de efetivo peso decisório.

A corrente teórica do “Constitucionalismo Popular” pode auxiliar na demonstração de que a construção de uma legislação mais democrática pode amenizar o ativismo judicial e favorecer decisões socialmente mais democráticas. Portanto, uma das principais contribuições dessa corrente para a política e para o pensamento jurídico contemporâneos parece ser problematizar meios de fortalecer

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

o ativismo social, através da busca por um melhor equilíbrio entre os poderes.

O ativismo popular é o meio de retomada da Constituição, do poder político atribuído ao povo, único suficientemente forte e legítimo para nortear os direitos sociais. Ao tentar fazer frente às decisões jurisprudenciais, que definem o que é a Constituição, o “Constitucionalismo Popular” inevitavelmente revaloriza o Legislativo, porém reforçando o papel do povo e não de seus representantes. O papel individual de cada cidadão eleitor é primordial ao discutir as questões políticas e participar ativamente das decisões dos espaços de poder, através de todos os meios legais existentes até atingir um nível em que possa ser recebido de modo efetivo na interpretação conjunta no diálogo com os demais poderes.

A síntese dessa interação seriam as respostas provisórias para os mais variados problemas e temas debatidos nas variadas esferas, considerado o efetivo ativismo popular e seus resultados. Observa-se, contudo, que não é possível vislumbrar um método claro para essa teoria. Uma das principais dúvidas levantadas acerca dessa proposta teórica é a de como colocá-la em prática.

Tushnet (1999) sugere a criação de uma espécie de constitucionalismo paralelo ao original. Esse constitucionalismo mais sucinto em face do consagrado pelos constituintes seria produzido pelas interações populares com as instituições em um cenário de utilização de meios democráticos conhecidos, levados a sério por todos envolvidos. Ou seja, defende o que parece ser, simbolicamente ou não, uma segunda Constituição, que chamará de constituição  **fina**, contrapondo-se à constituição  **encorpada**. Ela seria resultado desse método que inclui a constante interação popular ativa na interpretação de seus direitos e deveres, em diálogo com os demais poderes, em respeito mútuo, embora não se saiba exatamente como isto ocorreria.

Para tornar mais palpável a proposta de um direito constitucional popular, importa discutir a reorganização do desenho institucional do Estado moderno e de seus métodos. Porém, isto

## **A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...**

exigiria um estudo teórico mais denso. Em vez disso, um caminho interessante passa a ser problematizar instrumentos constitucionalmente previstos, dentre eles, a Iniciativa Popular Legislativa. A possibilidade de um método efetivamente mais democrático pode ser explorada através desse procedimento.

A Iniciativa Popular Legislativa é sugerida para ser posta em articulação com a teoria, visando uma contribuição à sua realização. Entende-se que o instrumento se encaixa perfeitamente na descrição proposta por Tushnet, pois além de ser um mecanismo conhecido e previsto constitucionalmente em diversos países, possibilita uma atuação política mais concreta desde que configurada de forma intuitiva, ou seja, acessível a todos.

Existe a necessidade do interesse estatal para que essa construção legislativa possa ser recebida de forma idônea, respeitando-se o processo do início ao fim pelos poderes institucionais. Cabe salientar a sua importância como meio de pressão desses mesmos institutos na colaboração para a sua efetiva realização. Por outro lado, deve haver a participação popular interessada em dominar tais meios sem, contudo, ver seu trabalho e sua dedicação ignorados ou sem resposta dos poderes institucionais. O caráter da participação popular a que serve a Iniciativa Popular precisa ser mantido e não desvirtuado.

A seção que finda abordou brevemente a teoria de Tushnet, que defende o “Constitucionalismo Popular”. Na seção a seguir, é proposto um ensaio inspirado na teoria, no sentido de apontar a Iniciativa Popular Legislativa como instrumento de diálogo institucional a serviço da prática democrática.

### **3 A INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO**

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

A esfera de poder estatal é ampla. Entretanto, consiste em tarefa difícil, porém imprescindível, a consideração da escolha popular ativa nas decisões políticas que envolvem o aspecto da produção legislativa da sociedade. Nesse sentido, importa rediscutir quais opções podem ser exploradas em termos de constitucionalismo, no contexto das democracias atuais.

A categoria **Iniciativa Popular** pode ser juridicamente entendida como o direito do povo de atuar como legislador. A Iniciativa Popular Legislativa, conforme previsão constitucional, é um instituto legal que permite a criação de uma lei diretamente pelos cidadãos eleitores, embora o procedimento adotado nem sempre a torne tarefa viável.

O significado de iniciativa popular abrange muitas possibilidades. Fora do campo estritamente jurídico, poderia significar o interesse de qualquer cidadão, independentemente de qualquer razão, em tomar a iniciativa perante algo de seu interesse. Porém, dentro do campo jurídico e na esfera social, existem critérios legais que delimitam essa atuação. Na ceara da legalidade e da norma jurídica, a expressão

[...] designa, em termos genéricos, diferentes maneiras de participação popular no exercício dos poderes Legislativo e Executivo – incluindo o plebiscito, referendo, conselhos gestores, orçamento participativo, conselhos – em termos estritos, ou iniciativa popular legislativa, o poder de acesso de um grupo de cidadãos na elaboração de um Projeto de Lei, cumpridos certos pressupostos legais, a ser submetido à apreciação do Poder Legislativo (FLEURY, 2006, p. 94).

Logo, importa esclarecer que, conforme a significação acima apresentada, o emprego do dito, neste estudo, tem a intenção de fazer referência à iniciativa popular legislativa, ou seja, à manifestação popular voltada à produção de lei. No processo legislativo, a iniciativa legislativa pode ser dividida entre aquela oriunda do parlamento e a extraparlamentar. A iniciativa parlamentar de lei é tomada pelos membros do parlamento, enquanto a extraparlamentar advém de

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

qualquer um dos outros legitimados, ou seja, reconhecidos legalmente na organização jurídico-legal do Estado para construir as demais leis.

A iniciativa popular está compreendida no campo da atividade ou iniciativa legislativa extraparlamentar, sendo o povo legítimo para tomá-la. A iniciativa pode ser popular ou geral, ou ainda, geral plena. A iniciativa geral ou popular corresponde à tomada da iniciativa legislativa por qualquer cidadão, caso em que não é plena, pois limitada pela iniciativa privativa e de matéria reservada. No caso da adoção da iniciativa geral plena, podem ser propostas leis sobre qualquer assunto e de qualquer natureza, cabendo, inclusive, para diferentes tipos legais, como o tipo legislativo comum (para a criação de projetos de lei) ou mesmo o constitucional (para a criação de projetos de emenda constitucional), sem exceções.

A criação de leis é uma das tarefas primordiais do Estado. **Governar é fazer leis.** Um dos dilemas do Estado Democrático é justamente reafirmar a vontade popular, fazer com que os eleitores, sintam-se representados. A falta de confiança nos eleitos é corrente. A indignação do povo origina-se da dificuldade do parlamento em ouvi-lo. Pior que esta circunstância, somente o completo descaso para com as demandas populares.

O acentuado *déficit* democrático (MENDES, 2007) se traduz na separação e no distanciamento entre o corpo político eleito pelas vias institucionais e os cidadãos. Isto leva ao descrédito dos eleitores no sistema partidário provocando um verdadeiro afastamento da vida política (ZHOURI, 2016). Essas questões polêmicas resultam na reconhecida *crise* vivenciada pelo sistema democrático-representativo (LEAL, 2011) derivada fundamentalmente da sua incapacidade de dar efetividade à soberania popular (SANSON, 2007).

O trabalho de recuo histórico filosófico-político, realizado por Vieira (2004, p. 21), na identificação do que chama de “impulso abstraidor”, realiza um pouco da retomada da problematização sobre o lugar do político. Uma das vertentes do impulso abstraidor é revelada quando da análise do conceito de soberania.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

Ao longo dos trabalhos intelectuais dos pensadores políticos, especialmente os liberais clássicos, o conceito de soberania vai sendo esvaziado a ponto de ser abstraída toda a substância significativa do termo, quando da origem da sua designação conceitual. Ao tornar-se um “significante vazio” (BURITY, 2014, p. 70), a influência sobre seu significado passa a constituir a realidade. Com o tempo, isto vai ocorrendo, como demonstra o autor, com todas as noções fundantes da Ciência Política.

Um dos resultados desse acontecimento foi o deslocamento do *poder* para as mãos do legislador como algo lógico. O esvaziamento da noção de soberania alcança seu ápice com o sistema de tripartição dos poderes, “tornando-a, dessa maneira, inclusive supérflua” (VIEIRA, 2004, p. 40). Por isso, ela é mesmo considerada, por vezes uma utopia (MARÍN, 2014). Não mais um único soberano ocupa o lugar de poder, o povo o ocupa, porém, o faz por meio de representantes eleitos. Nesse contexto, o poder é também um lugar vazio (FERRI, 2012). Como sugere a autora, a vacuidade deste espaço, necessária ao regime democrático, induz igualmente à assertiva de que a soberania popular só pode existir enquanto modo de operar institucional. Este parece ser o caso, dentre outros, da IP.

Juridicamente, ela é um instrumento parte deste poder democrático. Ninguém deve deter o procedimento além do povo. Por isso também é um espaço vago, ocupado apenas provisoriamente, quando manifestações expressas desse povo alcançam a materialização mediante propostas de legislação. Dessa maneira, o povo só se constitui através da iniciativa popular legislativa operacionalizada e resultante em um projeto de lei. O povo soberano é ele próprio, a lei, quando a consegue inaugurar. No regime que a democracia forja, só o consegue assim, e de modo provisório. Em termos gerais, o regime democrático permite transitar entre o mais próximo da liberdade política democrática e o mais perto que se pode chegar do controle desta, através da própria institucionalização.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

As instituições representativas passaram a ser conhecidas após a Revolução Francesa (1789) quando afloram as experiências democráticas através das Assembleias. Em países como a Suíça, essas mudanças foram ocorrendo entre o final do século XVIII e início do século XIX, mas não sem certa resistência, já que a formação estatal suíça era dividida nos chamados Cantões, rurais e urbanos, estes últimos orientados pela cidade principal e famílias influentes. Nos rurais, era possível exercer certo modo de democracia direta, através de reuniões ou assembleias (em alemão *Landsgemeinde*). As casas legislativas não eram necessárias e as novas experiências trouxeram consigo o temor do abuso de autoridade. Aprovar ou não as leis foi o recurso que os suíços lançaram mão, o conhecido referendo (1874), para logo em seguida propô-las diretamente, através da IPL. A primeira manifestação positivada de IP teria ocorrido especificamente no Cantão de Vaud (1845), expandindo-se aos demais até atingir o patamar constitucional (HAZELTINE, 1907).

Os suíços criaram um instrumento que, apesar de fazer parte dessas instituições-modelo, representava uma saída legal a esse mesmo sistema do qual faz parte (OLIVEIRA, 2010). A Iniciativa permitiria ao povo o exercício de legislar. O povo não só fala através do peticionamento de um projeto de lei como pode também, naquele cenário, aprová-lo. Evidente que esse sempre é um temor para qualquer elite política. Hazeltine (1907) remete que, historicamente, grupos de estadistas suíços defendiam que a democracia deveria repousar sobre uma base constitucional segura. Eles consideravam que o procedimento de IPL desestabilizava a ordem.

Uma IPL pode ser o pesadelo de um parlamento, justamente por possibilitar, em certa medida, a criação de cenários políticos imprevisíveis e o deslocamento do poder finalmente para as mãos do povo, situação pouco desejável por quem o detém de maneira segura e quase absoluta. No cenário atual da política contemporânea, o controle político exercido é tão somente do Parlamento sobre a vontade popular. O contrário dificilmente ocorre. A tarefa política da

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

representação precisa ser repensada. A depender do modo como desenhada e desenvolvida, a IPL oportuniza que efetivamente o povo intervenha no processo legislativo, inalcançável no cotidiano, já que dominado pela política parlamentar. Nesse sentido, é interessante reavaliar o papel da representação, pois

[...] se a sociedade moderna, pós-convencional, caracterizada pela divergência, necessita de um direito legítimo que tenha o reconhecimento de seus destinatários deve pautar-se por um procedimento que aproxime os cidadãos substancialmente da produção das leis (MOREIRA, 2010, p. 76).

No fundo, o tocante é a questão da legitimidade da decisão política em um regime democrático, a “adequação entre estruturas decisórias e instituições democráticas” (BOLONHA, ZETTEL E RANGEL, 2014, p. 180). No entanto, mesmo em um cenário de crise institucional, ainda que a IPL seja vista por alguns com grande entusiasmo, culturalmente, especialmente na América Latina, as apostas tradicionais na representação e no neopopulismo (RODRÍGUEZ, 2011) são, de fato, ainda muito intensas.

Para o professor brasileiro de origem suíça Rauschenbach (2014, p. 208-9), “a avaliação sobre os processos de democracia direta dependerá sempre do contexto no qual eles estão sendo aplicados”, pois a IPL funciona diferentemente em contextos diversos já que, além disso, “o contexto institucional geral e os fatores socioeconômicos igualmente influenciam o desempenho dos processos de democracia direta”. Diante disto, além da institucionalização por si só complicada, a base materialista ou as relações econômicas também são condicionantes da construção dos regimes democráticos, consistindo em mais um dos aspectos importantes para a abordagem científica da IP.

A estabilidade econômica fornece o equilíbrio, segurando as revoltas político-sociais. Nesse contexto, são vitais para a mediação política dos conflitos a criação de canais institucionais como a IPL, que proporcionem uma aproximação com o ideal de emancipação política dos indivíduos (SALES JR, 2008). O risco, vale salientar, é aceitar esse

## **A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...**

instrumento como mecanismo de interação capaz de conduzir única e exclusivamente a resultados justos, benéficos e equilibrados em termos de igualdade social. Essa expectativa não é plausível.

À luz da experiência suíça, Rappard (1912) acredita que os intentos daqueles que enaltecem a iniciativa como sendo a condutora da revolução social são tão infundados quanto os temores daqueles que a vêm caminhando em direção contrária a todo o desenvolvimento cultural. Nesse caso, só a sociedade pode efetivamente autorizar a IP, aceitando a pedagogia desse acontecimento, os erros e acertos da sua contínua utilização, bem como seus efeitos (OLIVEIRA, 2010).

Evidente que a IP, apesar de ser um avanço sobre a representação, e teoricamente, poder estar mais alinhada aos interesses sociais coletivos, enfrenta inúmeras resistências e está também à mercê da disputa econômica e dos interesses individuais homogêneos, supostamente mais fáceis de se concretizarem que os coletivos.

Portanto, a IPL é, no mínimo, capaz de diminuir o abstracionismo dos conceitos e das próprias demandas sociais. É um direito político e constitucional e sua análise conceitual não pode estar dissociada do modo como é instrumentalizada. Uma vez desempenhada através de um procedimento favorecedor, movimenta a retomada da soberania política democrática popular, no limite da legalidade da produção das leis.

No Brasil, apesar de ser analítica e conformar detalhadamente direitos e deveres, a Constituição da República Federativa do Brasil, sob análise mais profunda, sinaliza o papel das leis ordinárias e das leis complementares. E é com relação a estas leis que a Iniciativa Popular Legislativa pode ser útil.

A expressão do povo através da Iniciativa Popular serve principalmente, na perspectiva dos diálogos institucionais, como instrumento de pressão, e.g., para a inclusão de pautas populares nas votações parlamentares. Ao transformar uma pauta popular em projeto de lei, com a possibilidade de ser aprovado, torna-se um meio

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

de transportar o posicionamento popular até o Poder Legislativo antes mesmo de chegar nas cortes judiciais. A constante participação popular na construção legislativa dificilmente não promoveria resultados mais genuínos. Esses projetos vão além das inúmeras políticas de governo e das decisões judiciais, podendo alcançar diretamente a própria produção de direitos sociais. Apesar de eventualmente ser um meio de contrapô-los, não deixa de dialogar com os poderes. Ao contrário, pode ter o condão de promover uma aproximação.

Por essa perspectiva, é instrumento dotado de elevado potencial para a tarefa de traduzir a vontade popular no ambiente dialógico, de interação entre o povo e os poderes, a depender do procedimento institucional adotado para a sua realização. Nada mais equilibrado democraticamente que permitir ou, mais que isso, favorecer que o povo expresse sua vontade política, fazendo-a valer juridicamente através da criação de uma lei. Não de outro modo, pode servir como canal institucional de condução das interpretações populares constitucionais ao Legislativo e Judiciário. Nesse sentido,

As teorias e os mecanismos dialógicos assumem importante papel na tentativa de resgate da interação dos poderes estatais extrajudiciais na dinâmica do controle de constitucionalidade da produção legislativa, com vistas a viabilizar que outros entes políticos participem na definição dos significados constitucionais alcançáveis (RESENDE; VIEIRA, 2016, p. 423).

O alcance e os limites dessa atuação serão em grande medida impostos pelos procedimentos institucionais. O rito adotado por cada ordenamento jurídico torna determinante seu desempenho. Para tornar-se apta ao seu propósito de consistir em um instrumento de produção legislativa em que o povo é o autor, é preciso, no mínimo, estar sedimentada em um rito exercitável e respeitado pelos envolvidos. Do contrário, esses instrumentos institucionais que materializam os direitos políticos de participação democrática, em virtude de vários fatores da vida contemporânea, mas, principalmente, por procedimentos institucionais inadequados e má condução institucional, terminam por serem esquecidos ou perderem sua

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

credibilidade, tornando a existência destas previsões legais exemplos de um direito puramente proforma, ou de difícil utilização.

Tushnet (1999), ao tratar da realização do “Constitucionalismo Popular”, automaticamente provoca o questionamento sobre a rigidez dos procedimentos institucionais. A importância do procedimento consiste na abertura institucional que ele permite. O procedimento caracteriza-se, basicamente, pela capacidade institucional de pôr em prática o instrumento. Ainda que, como salienta Godoy (2017), não exista “um procedimento que garanta um resultado sempre justo” (p. 149), é possível fornecer meios que facilitem ou dificultem, de modo que façam funcionar ou travem a dinâmica de participação popular. Ocorre que esta condução é precária e não tem funcionado.

Para a teoria dos diálogos institucionais e do constitucionalismo popular, a análise institucional da prática interacional importa mais que os argumentos democráticos puramente elaborados. Tushnet (1999) sugere a utilização de meios conhecidos para promover os diálogos institucionais que contribuem para um constitucionalismo mais popular. Irá dizer que esses diálogos não aconteceriam fora de qualquer estrutura estatal, mas em ações políticas conhecidas, o que não causaria desconforto geral. Essas ações conhecidas, ainda segundo o autor, poderiam ser o voto e as manifestações sociais nas suas mais variadas formas, quando recebidos pelas estruturas de poder. É com esse fundamento, adotando-se como fio condutor o incentivo do autor ao desdobramento dos diálogos institucionais, através de procedimentos não estranhos, que se sugere como instrumento de prática democrática a serviço da teoria, a *Iniciativa*. Apesar das dificuldades na sua utilização, além de atender ao quesito de ser um instrumento conhecido, a depender do seu desenho institucional, pode se tornar um forte mecanismo de representação da pauta popular.

Tushnet (2015), afirma que “o voto e a iniciativa popular são instrumentos de democracia direta e participação política” (p. 1164-7). Todavia, pode-se dizer que a Iniciativa Popular Legislativa é a combinação de um método bastante direto de democracia com o voto.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

Direcionar o peso que o voto possui politicamente à escolha de projetos de iniciativa popular consistiria praticamente em uma votação, em projetos.

Desse modo, a Iniciativa Popular ganha extremo valor e adquire novo patamar, podendo desse modo ser um importante mecanismo de diálogo institucional. A Iniciativa Popular Legislativa funcionaria como mecanismo dialógico, complementando a teoria do constitucionalismo popular, propiciando sua construção e a interação entre poderes.

Tushnet (1999) defende um controle jurisdicional com ampla abertura ao ativismo popular. A Iniciativa seria um instrumento útil a operar sua teoria desde uma perspectiva de participação popular anterior ao controle jurisdicional das Cortes. O voto popular no projeto pode ocorrer antes mesmo da criação legislativa e antes de ocorrer a interpretação da Suprema Corte. Nestes casos, eventual análise posterior de controle de constitucionalidade, se ocorrer, levará em conta, sobremaneira, a forma como a lei foi concebida.

Um procedimento democrático como a Iniciativa Popular Legislativa pode ser uma das respostas ao questionamento de “como o poder popular deverá ser operacionalizado”, do qual carece a teoria do constitucionalismo popular. A operacionalização só é possível por meio de uma “estrutura normativa capaz de organizar procedimentos deliberativos próprios que valorizem precipuamente a noção de soberania popular”, conduzindo um “sentido das normas constitucionais [...] construído continuamente pelo próprio povo” (BOLONHA, ZETTEL; RANGEL, 2014, 182-3).

Conforme Souza (2003), depende do cidadão comum se aproximar do confuso universo legislativo, cenário de institucionalização da política no constitucionalismo moderno, em que se concentra o Poder Legislativo. A constante atuação da sociedade, no processo de produção da norma, através da *Iniciativa*, poderia ser um método democrático bastante eficaz na produção de um contexto

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

político-democrático mais popular, favorecedor dos diálogos institucionais.

Vale lembrar, contudo, que é preciso perceber os limites da democracia como método e para além do paradigma da codificação, entender a lei e as decisões judiciais como normas e precedentes carregados de cunho político e, portanto, provisórios. A provisoriedade não significa total fugacidade, mas antes, é necessária à democracia. A rigidez impede a alteração dos entendimentos legais e a adequação da legislação às contínuas mudanças sociais. O equilíbrio entre a abertura suficiente para a genuína manifestação popular, representada por um projeto de lei, deve ser uma função também exercida pelos poderes institucionais, desde de que alinhados em uma perspectiva de reciprocidade.

Para Tushnet, a estabilidade democrática é superestimada (LIMA, 2014). Na proposta constitucional tushnetiana, especialmente para o conceito de “Constituição Fina” (TUSHNET, 1999), a instabilidade é crucial. O povo não apenas participa do poder de legislar como é o próprio poder constituinte autêntico, constantemente ativo. Detentor, inclusive, do poder sobre o Legislativo. As determinações legais, portanto, não devem ser rígidas e imutáveis a ponto de prejudicar essa simbiose.

Segundo Bolonha, Zettel e Rangel (2014), a teoria constitucional alicerçada no “constitucionalismo popular” oxigena-se a partir dos acontecimentos socioculturais e movimentos históricos, mantendo a abertura necessária para a circunstancialidade da democracia, principalmente em termos substanciais. Se a proposta é de constante oxigenação da Constituição pelo povo, isto pode ser feito com a utilização da Iniciativa Popular, interpretada como um instrumento do “Constitucionalismo Popular”.

O engajamento maior do povo com a lei e sua respectiva criação pode resultar em um processo legislativo mais dinâmico e legítimo, no seio da complexa sociedade contemporânea, podendo refletir positivamente no Judiciário, inclusive com a diminuição da

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

judicialização da política. Situações estas que não resultariam necessariamente na perda, no enfraquecimento ou na flexibilização da ordem institucional, mas na garantia da efetividade dos direitos e instrumentos disponíveis, bem como na diminuição do *déficit* democrático.

Dentro da teoria dos diálogos institucionais, a Iniciativa Popular pode ser considerada um elemento primordial, já que eventualmente pode ser o impulso capaz de propiciar um maior equilíbrio entre o papel do Judiciário e suas Cortes de um lado e de outro, do Poder Legislativo e seus representantes. Sendo o Congresso parte do ambiente de realização da *Iniciativa*, o Legislativo permanece como o local mais adequado para a realização dessa tarefa, o papel dos representantes seria de coordenação e orientação dos projetos dos eleitores. Essa dinâmica incentiva, a superação do elitismo político do Legislativo, a ressignificação da Constituição e, por que não, uma mudança na noção do que é a função do mandato político.

Através de um diálogo institucional mais aberto entre todos os poderes e com a efetiva participação democrática do que Bagni (2017) chama de “povo legislador”, a **Iniciativa** corrobora para um legislativo menos arraigado na representação e mais suscetível à aceitação da atuação popular ativa e constante. O mesmo serve para a supremacia judicial. O ativismo popular não elimina o ativismo judicial, mas com ele dialoga. O povo estaria mais bem envolvido no desenvolvimento das propostas públicas, como dispõe o projeto teórico do “Constitucionalismo Popular”, antes mesmo de chegar às Cortes.

A Iniciativa Popular Legislativa permite uma experiência de interação institucional única, a depender do seu desenho institucional. A partir do enquadramento desta técnica como mecanismo de diálogo e sua adoção como instrumento do “Constitucionalismo Popular”, revela-se a preocupação decorrente, qual seja, a importância de rediscutir e de analisar criticamente seu procedimento.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A abordagem crítica da teoria do Constitucionalismo Popular alicerçada na base teórica dialógica possibilitou vislumbrar a Iniciativa Legislativa Popular como instrumento a serviço desse diálogo. Esse instrumento de democracia constitucional pode ser capaz de operacionalizá-lo.

A Iniciativa contém o potencial necessário para promover o diálogo institucional essencial à democracia contemporânea, em especial por ser uma dinâmica entre o legislativo-povo. O procedimento adotado é que poderá sustentar adequadamente ou não esse propósito, que possui como caráter a participação popular na democracia constitucional.

A retomada da autonomia política do indivíduo pode ser oportunizada pela Iniciativa Popular, desde que aceita a premissa de que no Estado Moderno, as sociedades passaram a ser regidas por leis construídas por processos de criação legislativa. Os poderes constituintes, em grande medida, atribuíram o poder soberano ao povo. Essa produção, portanto, deve ser democrática, contando com a participação ativa do povo em detrimento do uso exclusivo do ativismo judicial.

A Iniciativa Popular se exercida de forma contínua e a depender do seu desenho institucional, poderia servir como um efetivo meio de realização do ideal proposto pelo constitucionalismo popular, como mecanismo de ativismo popular, interferindo no legislativo antes do tema chegar ao judiciário, sendo afetado pelo ativismo judicial. A proposição de projetos de lei populares diretamente no Poder Legislativo, oportunizando um ativismo democrático, contrapõe fundamentalmente o ativismo judicial. Este, de cunho autocrático, supre a ausência do ativismo popular democrático, e mesmo favorável

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

aos movimentos populares, empobrece o exercício democrático da soberania popular. Os Estados constitucionais, preveem em suas cartas a atuação direta do povo na criação das leis, interagindo conforme defende o constitucionalismo popular, diretamente na interpretação da lei. Essa atividade acontece antes dos temas chegarem nos Tribunais Superiores e em detrimento daquelas escolhidas pelos políticos eleitos, o que amplia e enriquece os debates sócio-políticos e tornam as decisões políticas mais legítimas. Os diálogos institucionais podem ser promovidos através da Iniciativa Popular, capaz de auxiliar na retomada do poder político pelo povo, a depender, observa-se, do procedimento regulatório adotado para colocá-lo em prática.

Data de Submissão: 12/11/2018

Data de Aprovação: 27/09/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Assistente Editorial: Igor Barbosa Beserra G. Maciel

## REFERÊNCIAS

BAGNI, Silvia. El pueblo legislador: Iniciativa popular y referéndum en Perspectiva comparada. **Teoria Jurídica Contemporânea**, jan.-jun. 2017, PPGD/UFRJ, p. 231-252.

BERNARDES, Bruno Paiva; LIMA, Eduardo Martins de. O Poder Político Do Judiciário: Uma Análise Histórica, Jurídica, Política E Sociológica Do Estado Liberal Ao Estado Democrático De Direito. **PRIM@ FACIE**, PPGCJ, v. 17, n. 34, 2018.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

BERTOMEU, Juan F. González. Tushnet y el control de constitucionalidade: una teoría ligeiramente desenfocada. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro**, p. 95-136, 2016.

BOLONHA, C.; ZETTEL, B.; RANGEL, H. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **SCIENTIA IURIS**, Londrina, v.18, n.2, p.171-187, 2014.

BURITY, Joanildo Albuquerque. Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. In.: Org. MENDONÇA, Daniel de; RODRIGUES, Léo Peixoto. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

CABRAL, Rafael Lamera. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 16, n. 2, p. 187-210, maio/ago. 2014.

CANAL, Manuela. La fallida reforma a la justicia y la interpretación política de la constitución a la luz de la obra de Mark Tushnet. **Revista digital de Derecho Administrativo**, n. 8, 012, p. 147-156, 2012.

CASTRO, Bruno Denis Vale; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Entre o ativismo e (in) operância legislativa: deliberação e legitimidade das decisões do supremo tribunal federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da teoria da separação dos poderes. **CADERNOS DE PESQUISA**, São Luís, v. 20, n<sup>o</sup> 2, p. 01-14, maio-agosto 2014.

FERRI, C. **A (in) compreensão do paradoxo da soberania popular na democracia contemporânea**. [tese] / Caroline Ferri; orientador, Sergio Urquhart de Cademartori – Florianópolis, SC, 2012. 239 p.

FLEURY, S. Participação e Opinião pública: iniciativa popular. In: AVRITZER, L.; ANASTASIA, F. (Org.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

GARCÍA, José Guillermo. Los mecanismos de democracia directa como procedimientos institucionales de participación ciudadana en Argentina. **Rev. mex. cienc. polít. Soc.**, México, v. 51, n. 205, p. 77-96, abr. 2009.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

HAZELTINE, M. W. The Referendum and Initiative in Switzerland. **The North American Review**, vol. 185, n. 615, p. 202-213, Maio. 1907.

LEAL, Pedro Henrique Peixoto. **Participação popular na política**: aspectos controversos em face da crise da democracia representativa. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto Lima. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. 2014. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito – Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. A atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista: uma análise a partir da democracia deliberativa de Cass R. Sunstein. In: Seminário Temático, 17, Judiciário, ativismo e política. **Anais do 34º Encontro Anual da ANPOCS**. Caxambu/MG, 2010.

MARÍN, Yezid Gaitán. **La utopía de la soberanía popular. Reflexiones sobre la efectividad del Referendo Constitucional de Iniciativa Popular**. 2014. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidad Nacional de Colombia.

MARIOTTI, Alexandre Abel; FERNANDES, Bruna Souza; LUNELLI, Carlos Alberto. Participação Popular E Poder Judiciário: Uma Possibilidade Para A Proteção Ambiental. **PRIM@ FACIE**, PPGCJ, v. 17, n. 34, 2018.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. **Rev. Katálysis**, vol.10, n.2, p.143-153, 2007.

MOREIRA, Oscar Alexandre Teixeira. **Iniciativa popular de lei: democracia participativa e legitimidade do direito**. 2010. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. **A participação popular no processo legislativo o exercício da cidadania ativa e o discurso do estado democrático de direito no Brasil**. 2010. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ORTEGA, Roberto Niembro. MARK TUSHNET, Why the constitution matters, Yale University Press, Pennsylvania, 2010, 187 pp.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

comentários bibliográficos. **Isonomía**, n. 38, pp. 191-224, abril, 2013.

ORTEGA, Roberto Niembro. Una mirada al constitucionalismo popular. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, ISSN 1138-4824, núm. 15, Madrid, p. 715-742, 2011.

RAPPARD, William. The Initiative, Referendum and Recall in Switzerland. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, vol. 43, The Initiative, Referendum and Recall, p. 110-145, Set. 1912.

RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática. **Revista Sociologia e Política**, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 205-230, Mar. 2014.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial review e democracia: caminhos para um controle dialógico de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 49-74, jul./dez. 2016.

RODRÍGUEZ, Ricardo Veléz. Patrimonialismo, democracia direta e neopopulismo na América Latina. **Diálogos Latinoamericanos**, n. 18, p. 1-20, 2011.

SALES JÚNIOR, Fernando Antônio Castelo Branco. **No alvorecer do século XXI, a encruzilhada da democracia liberal representativa na Argentina e no Brasil. (2001 – 2005)**. 2008. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

SANSON, Alexandre. **Dos institutos de democracia semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular) como fontes de fortalecimento da cidadania ativa**. 2007. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

SEGOVIA, Juan Fernando. La interpretación constitucional populista. **Prudentia Iuris**, N° 76, 2013, págs. 135-164.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: As experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n.53, p.137-164, 2011.

TUSHNET, Mark. **Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961**. New York: Oxford University Press, Inc., 1994.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

TUSHNET, Mark. **Making Constitutional Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court 1961-1991**. New York: Oxford University Press, Inc., 1997.

TUSHNET, Mark. Novos mecanismos institucionais para a criação do direito constitucional. Traduzido por Thiago Filippo Silva Jorge. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 02, p. 1188-1206, 2015.

TUSHNET, Mark V. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Luiz Vicente. **Os movimentos sociais e o espaço autônomo do “político”: o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

ZHOURI, Priscila Rainato. **Déficit democrático e crise da representatividade: a educação cívica enquanto catalisador da participação popular**. In: OLIVEIRA, Armando Albuquerque de; BEÇAK, Rubens. Teorias da democracia e direitos políticos. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

## A Iniciativa Popular Legislativa Como Instrumento De Composição...

### Legislative Popular Initiative As A Tensioning Instrument Between Judicial And Popular Activism

Caroline Ferri

Daniel Lena Marchiori Neto

Bruna Bottero Corrêa

**Abstract:** This paper focuses on Legislative Popular Initiative observed from the dialogical theory of Popular Constitutionalism proposed by Mark Tushnet. The main objective is to evaluate it as an instrument capable of tensing popular activism as opposed to judicial activism. Therefore, the work of Tushnet was briefly presented in order to demonstrate how Popular Initiative can promote institutional dialogues in favor of a democratic *praxis*.

**Keywords:** Popular Legislative Initiative. Popular Constitutionalism. Judicial Activism.

## **Direito Na Sociedade Da Informação: Paradoxos Da Sociedade Em Rede – Coletividade X Individualismo Nas Comunidades Reais E Virtuais**

**Ronny Max Machado**

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo. E-mail: ronnymaxm@yahoo.com.br

**Marco Antonio Barbosa**

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Consultor do UNICEUB - Centro Universitário de Brasília. E-mail: mantobarbosa@gmail.com

**Magali Rodrigues de Souza**

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas FMU de São Paulo. E-mail: magaly.souzza@gmail.com

**Resumo:** Visa-se compreender as noções de sociedade em rede, coletivismo, individualismo e os reflexos no direito, discutindo especialmente as ideias de Fritjof Capra e Castells que, através de diferentes abordagens, convergem para o mesmo pensamento de que o mundo seria uma grande rede onde todos estão interligados, em conexões locais, dentro de outras globais, sendo o principal desafio saber qual o papel do direito nesse contexto. O objetivo é investigar esse pensamento na sociedade da informação pelo método da revisão bibliográfica das obras dos autores citados e de outros das áreas das ciências sociais, jurídicas e da ciência da informação. Conclui-se: (i) que as perspectivas desses autores não podem ser definidas como científicas, porque não descrevem ou representam a realidade, mas, ao contrário, enquadram-se na categoria prescritivo-filosófica, por indicarem comportamentos que consideram adequados para um mundo melhor, em suas visões; (ii) diferentemente do pensamento de Fritjof Capra e Manuel Castells, de que todos estão interligados e que são igualmente importantes para a convivência e sobrevivência harmônica e equilibrada, e de que não haveria níveis de superioridade de uns sobre os outros na perspectiva global, no mundo real o que mais se observa é o solipsismo, ainda que se possa admitir a ocorrência de alguma rede virtual efêmera; (iii) no contexto da realidade e não da idealidade dos referidos autores, o papel do direito permanece de difícil precisão ou objetivação, tanto em razão da dificuldade ou impossibilidade de conceituá-lo univocamente, como a teoria piramidal sempre pretendeu, quanto porque ele não apenas se expressa como também é apreendido e utilizado de formas diversas, encontrando-se em permanente processo de adequação e modificação, imposto pelos novos desafios da sociedade da informação, não podendo ser coisificado e nas realidades em redes vem sendo chamado a atender novas relações, perspectivas e interesses.

**Palavras-chave:** Direito. Sociedade da Informação. Teia. Visão Holística Sociedade em Redes.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA**

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Direito Na Sociedade Da Informação: Paradoxos Da Sociedade Em Rede – Coletividade X Individualismo Nas Comunidades Reais E Virtuais**

Ronny Max Machado

Marco Antonio Barbosa

Magali Rodrigues de Souza

### **1 INTRODUÇÃO**

O tema deste estudo concerne às sociedades ou aos modos de organização em rede. A expressão -rede- tem sido empregada por diferentes autores, em diversos campos do saber e com sentidos distintos. Um desses empregos refere-se direta e simplesmente às redes técnicas. Outro emprego concerne ao campo da sociologia da organização. Neste caso, rede pode ser entendida como a maneira informal de associar agentes humanos.

Como sustenta Bruno Latour, a palavra "rede" é tão ambígua que já deveríamos tê-la descartado há muito tempo. Lembra, no entanto, que a tradição dentro da qual ele a emprega permanece distinta, a despeito de sua possível confusão com outras duas linhas. A primeira delas é, obviamente, a rede técnica - eletricidade, trens, esgotos, internet etc. A segunda vem sendo usada, em sociologia da organização, para introduzir uma diferença entre empresas, mercados e países. Neste caso, rede é uma maneira informal de associar agentes humanos (GRANOVETTER, 1985). Para Latour, quando Manuel

Castells (2000) usa o termo, os dois sentidos se misturam porque rede se torna um modo privilegiado de organização graças justamente ao alcance da tecnologia da informação. Lembra que é também nesse mesmo sentido que Boltanski e Chiapello (2005) se valem da palavra para definir uma nova tendência no modo capitalista de produção.

Como buscar-se-á aprofundar ao longo do presente estudo, o tema redes, além dessas perspectivas acima enunciadas, vêm sendo explorado ainda em outras diferentes áreas do conhecimento, com nuances e enfoques próprios e particulares. Esse é o caso da perspectiva de Fritjof Capra, que desenvolve um pensamento mais geral e filosófico a respeito da vida na Terra. Sua perspectiva pode ser entendida como ecológico-política e seu pensamento como uma travessia transdisciplinar e sistêmica entre ciências naturais e humanas ou sociais, porquanto propõe uma reorientação paradigmática das mesmas (BOEIRA, 2002). Ele sustenta a ligação entre todos os seres e postula modificações no comportamento humano, em uma perspectiva holística ou ecológica, a fim de se garantir a permanência da vida em todas as suas formas. Sustenta também que tanto as sociedades urbanas, assim como os ecossistemas – se tratam de sistemas vivos, dotados dos mesmos princípios de organização, e que podem ser sustentáveis. Pontua que em qualquer sistema vivo há relações de interdependência entre seus componentes, de cooperação generalizada, de reciclagem da matéria, e que o equilíbrio é a sua tendência natural, mas que, porém, a economia e o sistema industrial são lineares. Propõe então, para reverter este quadro, a mudança de paradigmas, a fim de conceber o mundo como um todo integrado, um conjunto de sistemas interconectados, e não como uma coleção de partes dissociadas.

O desenvolvimento do presente artigo parte da análise da obra de Fritjof Capra, objetivando aplicar uma visão, como o próprio autor sugere, holística, entre ela e a obra de Manuel Castells, buscando entender como os dois autores, através de diferentes abordagens, convergem para o mesmo pensamento, qual seja, de que o mundo seja

uma grande teia, onde todos estão interligados, formando redes de conexões locais dentro de redes maiores - redes globais. Ademais, visa-se compreender ainda, como a atuação do direito nesta que é chamada sociedade da informação pode ser compreendido como atuando em rede, seja local, seja global.

O método é o da revisão bibliográfica crítica e o objetivo é o de contribuir para a produção do conhecimento a respeito do pensamento dos autores Fritjof Capra e Manuel Castells e suas convergências, assim como do pensamento holístico como um todo, especialmente a sua validade e em quais termos para o direito na sociedade da informação.

O artigo está estruturado em seis partes, iniciado por esta introdução. Em seguida, no primeiro item, aborda-se a necessidade de repensar os paradigmas em uma sociedade da informação. Depois, no segundo item, são apresentados os pontos convergentes entre o pensamento de Fritjof Capra e Manuel Castells, sob a denominação de “Um pensamento sistêmico de uma Sociedade da Informação”. No terceiro item, discute-se a visão holística aplicada ao direito na sociedade global. Por fim, são apresentadas as considerações finais e as referências.

## **2 REPENSAR PARADIGMAS EM UMA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

Fritjof Capra (1999) denomina de visão holística a capacidade de enxergar esse todo, complexo, que seria a sociedade em rede. Dentro dessa visão, pretende-se entender o mundo como um sistema constituído por sistemas fechados e abertos e, também, esta lógica sistêmica apreende o mundo como representado por uma relação

unificada, na qual cada ação provoca sempre uma reação em cadeia, em maior ou menor grau.

Nos dizeres do autor “os problemas não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes” (CAPRA, 1999, p. 14). Equalizar as relações e os desejos individuais e coletivos, nesta nova sociedade em rede, denominada ainda de sociedade da informação, onde os meios eletrônicos de comunicação são centrais e permitem visualizar esta teia de conexões, parece ser o desafio. Aqui se percebe a importância do direito da sociedade da informação, na medida em que pode ser utilizado como mecanismo apto a intermediar relações e equilibrar interesses individuais e coletivos.

Ainda, segundo Fritjof Capra (1999, p. 14), haveria uma crise de percepção derivada “[...] de uma visão de mundo obsoleta, uma percepção da realidade inadequada para lidarmos com nosso mundo superpovoado e globalmente interligado [...]”. Essa crise de percepção se torna clara ao se observar que o avanço da tecnologia da informação, cujo ícone mais simbólico é a internet que, ao mesmo tempo em que interconecta pessoas, proporciona igual isolamento, de forma que muitos podem pensar que suas ações não se refletem nos outros indivíduos da comunidade, mas, é justamente o oposto que ocorre, pois, a ligação de todos à teia é tal, que qualquer ação em uma de suas pontas, por menor que seja, reflete em toda ela.

Como pontuam Gustavo Cardoso e Manuel Castells (2005, p. 23): “[...] a sociedade em rede é a sociedade de indivíduos em rede”, onde cada indivíduo é um nó dessa mesma rede. Portanto, suas ações de alguma forma irão refletir na sociedade. Destarte, faz-se necessário pensar em cada ação tomada, com vistas à conservação desse ambiente global onde todos estão inseridos. Do ponto de vista sistêmico, as únicas soluções viáveis seriam segundo Fritjof Capra (1999, p. 15), as soluções “sustentáveis” que para Lester Brown (2000, p. 94): “Uma sociedade sustentável é aquela que satisfaz suas

necessidades sem diminuir as perspectivas das gerações futuras”.

Para Fritjof Capra (1999, p. 14), é necessária uma mudança da visão de mundo mecanicista de Descartes e de Newton para uma outra visão holística, ecológica, que enfatiza a interdependência de todos os fenômenos, indivíduos e sociedades, que segundo ele, estão encaixados em processos cíclicos da natureza.

No entanto, para enxergar o mundo desta forma, seria necessária a quebra de paradigmas: mudança de valores, de forma a proporcionar equilíbrio dinâmico entre pensamentos e valores, autoafirmação e integração. Pois de acordo com os pensamentos tanto de Fritjof Capra quanto de Manuel Castells para haver uma sociedade sustentável é necessário, primeiramente, uma mudança de paradigma, ou seja: entender que cada parte integra o todo e desta forma, empregar o conhecimento individual em prol do coletivo.

No entanto, cumpre verificar a aplicação prática de tais conceitos, pois, como sustenta Bauman (2001), os indivíduos estão cada vez mais individualistas e são mornos e céticos em relação ao bem-comum.

Em que pese a visão política de Capra não se pode negar que na contramão do que prega, hoje se tem a era digital revestida de ideologias trazidas pela cibercultura (BITTAR, 2019) essas ideologias servem para justificar novos processos sociais e camuflar o surgimento de novos poderes e formas de dominação. Que pretendem que o ser humano, aos poucos, seja substituído por máquinas na visão de Bittar este corpo humano é único nicho de natureza a ser, ainda, substituído no mundo moderno. Não se pode esquecer que de um lado há a necessidade perene de reconexão com a natureza conforme apregoa Capra, mas de outro a humanidade caminha para contrição total deste vínculo substituindo até o próprio ser humano por máquinas. Na visão de Luzia B Silva e Gustavo S. Preussler (2019), essa busca de superação do homem pela máquina é na verdade uma tentativa desenfreada de controle o chamado biopoder, que há muito é citado por Foucault, se transmuta hoje ao que Mbembe (2018)

denomina necropoder, o primeiro conceito pega a dominação através do domínio do corpo; já o segundo é na verdade a utilização da morte do ser humano como forma de dominação. A visão de Capra, embora um pouco romântica, pode de fato, ser uma das vertentes para se sair deste cenário de dominação.

Embora não se percebam indícios de que essa mudança de paradigma possa ocorrer ao menos em breve espaço de tempo. Embora os pensamentos de Fritjof Capra e de Manuel Castells sejam muito bem articulados, os indivíduos, ao menos em grande maioria, parecem mostrar-se mais egoístas do que altruístas. Destarte, buscase neste estudo melhor conhecer como pode ser compreendido o papel do direito na perspectiva das sociedades ou organização em rede. Seria, talvez, o de possibilitar relações entre indivíduos, grupos e Estados, visando equilibrar disparidades entre os desejos individualistas e o bem-comum?

Fritjof Capra é enfático ao dizer que na atualidade ainda prevalece uma visão obsoleta do mundo, baseada nas ideias cartesianas e mecanicistas de Newton, Descartes e tantos outros cientistas que entendiam o mundo através de cálculos matemáticos, onde tudo ocorreria dentro de um plano de funcionamento mecânico, logo, controlável e previsível. Visão de que era possível ao homem dominar a natureza. Neste mesmo sentido, afirmava René Descartes:

Não admito como verdadeiro o que não possa ser deduzido, com a clareza de uma demonstração matemática, de noções comuns de cuja verdade não podemos duvidar. Como todos os fenômenos da natureza podem ser explicados desse modo, penso que não há necessidade de admitir outros princípios da física, nem que sejam desejáveis (DESCARTES apud CAPRA, 1999 p. 55).

Tudo indicando que o mundo de hoje não possa mais ser entendido dessa maneira, seja pelas conexões e interconexões que se formaram, seja porque funções matemáticas não são suficientes para esclarecer a complexa relação que se criou ao longo dos anos. A denominada sociedade da informação, com suas formas circulares, onde inexistente começo e fim, na qual as relações virtuais tomam forma

e domínio público, onde tudo parece transcorrer de forma transparente é, no entanto, ainda assim, imprevisível. As informações se alastram de maneira vertiginosa e parece não ser possível contê-las, talvez, apenas atenuar suas consequências, mas, jamais apagá-las desse "mundo virtualizado".

As afirmações de Fritjof Capra parecem fazer todo sentido; parecendo ser necessário mudar a visão que se tem do mundo. Repensar os paradigmas vigentes até aqui. Mudança de paradigma, para Thomas Kuhn (1996, p. 255), ocorre sob a forma de rupturas descontínuas e revolucionárias.

Já Fritjof Capra (1992, p. 16), por sua vez, partindo do pensamento de Kuhn, adota definição mais ampla para o termo: "Um paradigma, para mim, significaria a totalidade de pensamentos, percepções e valores que formam uma determinada visão de realidade, uma visão que é a base do modo como uma sociedade se organiza".

Justamente, partindo desta visão de Fritjof Capra, que parece se devam repensar os paradigmas que se têm hoje. O individualismo, a necessidade de acumulação de riqueza em detrimento da conservação do meio ambiente e a ideia de que as ações presentes irão impactar somente gerações futuras parecem mostrarem-se obsoletas. Para Fritjof Capra, é necessária então uma mudança de paradigma, para que a sociedade se organize de uma nova maneira, com vistas ao crescimento sustentável, na perspectiva de que cada indivíduo é parte do todo.

O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, - o mundo como um todo integrado e não como uma coleção de partes dissociadas - ou visão ecológica, se o termo "ecológica" for empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo que o usual. Essa percepção ecológica profunda reconhece a interdependência" (CAPRA, 1999, p. 14).

E para que haja mudança de paradigma, sustenta, é necessária a expansão não apenas de percepções e de maneiras de pensar, mas, também, de valores; os indivíduos devendo adquirir real consciência

de que são parte do ambiente, de que suas ações têm reflexos em todos os demais “nós” da grande teia da vida e para que isso ocorra, Fritjof Capra fala em conexão. Para ele, é necessária consciência de que a mudança de valores ocorra com a mudança de pensamento, segundo a velha máxima: pensar global e agir local. Deve-se abolir os pensamentos egocêntricos e auto afirmativos e substituí-los por pensamentos colaborativos de integração com a teia, sob grave pena de que, caso contrário, haja colapso ambiental e todos padeçam as consequências.

A conexão nas mudanças entre pensamento e valores, ambas podem ser vistas como mudanças da autoafirmação para a integração. Essas duas tendências — a auto afirmativa e a integrativa — são, ambas, aspectos essenciais de todos os sistemas vivos. Nenhuma delas é, intrinsecamente, boa ou má. O que é bom, ou saudável, é um equilíbrio dinâmico; o que é mau, ou insalubre, é o desequilíbrio — a ênfase excessiva em uma das tendências em detrimento da outra (CAPRA, 1999, p. 18).

Ainda segundo Fritjof Capra (1999, p. 19) “[...] todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependências”. Assim, indica como necessária mudança na forma de pensar. Um pensamento mais ético e ecológico “[...] essa ética ecológica profunda é urgentemente necessária nos dias de hoje” (BROWN, 2009, p. 24). A mudança de paradigma não é lógica, mas, psicológica, pois a lógica, segundo ele, não é persuasiva, uma vez que é necessária a obediência a normas que por vezes impõem limitações e ou restrições:

A lógica não nos persuade de que deveríamos viver respeitando certas normas, uma vez que somos parte integral da teia da vida. No entanto, se temos a percepção, ou a experiência, ecológica profunda de sermos parte da teia da vida, então estaremos (em oposição a deveríamos estar) inclinados a cuidar de toda a natureza viva (CAPRA, 1999, p. 20).

Assim, essa mudança de paradigma deve incluir necessariamente mudança na organização social. Mudança de hierarquias para redes (CAPRA, 1999). Essa mudança consistindo em mudar o velho paradigma baseado em valores antropocêntricos

(centralizados no ser humano), para a ecologia profunda, alicerçada em valores “ecocêntricos” (centralizados na Terra) (CAPRA, 1999, p. 19). Sustenta a necessidade de que a noção do bem comum prevaleça sobre as vontades individuais, alinhada ao conceito de redes, mas que extrapole o sentido unicamente virtual ligado à teleinformática e adentre o campo "físico" das relações humanas e humano-ambientais, com vistas a constituir o pensamento sistêmico, no qual tudo se encontraria intrinsecamente interligado.

### **3 UM PENSAMENTO SISTÊMICO DE UMA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

A diferença primordial entre o pensamento de Manuel Castells e o de Fritjof Capra em suas definições de sociedade, é que enquanto o primeiro tenta explicar a rede sob o enfoque formal, baseado em conceitos de tecnologia da informação, o segundo, por sua vez, explica o mesmo conceito dentro da lógica empírica da biologia.

Fritjof Capra usa os conceitos biológicos para sustentar que a sociedade humana utiliza o mesmo princípio de organização que qualquer outro reino vivo. Porém, segundo ele, ocorre que o “homem” erra quando tenta ser superior aos demais, ou se imagina mais importante.

Afirma que todos os organismos vivos são igualmente importantes para manutenção do equilíbrio do ambiente, equilíbrio esse fundamental para a manutenção da espécie humana, pois na medida em que o meio ambiente é destruído, as condições, bem como a qualidade de vida, diminuem consideravelmente. Manuel Castells e Gustavo Cardoso afirmam que a sociedade está interligada formando

uma grande rede.

As redes são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objetivos de performance para a rede. Estes programas são decididos socialmente fora da rede, mas a partir do momento em que são inscritos na lógica da rede, a rede vai seguir eficientemente essas instruções, acrescentando, apagando e reconfigurando, até que um novo programa substitua ou modifique os códigos que comandam esse sistema operativo (CARDOSO; CASTELLS, 2005, p. 20).

Os autores, também utilizam da mesma visão da comunidade científica, mas com um olhar mais voltado à tecnologia, para argumentar que interligação e interdependência são a lógica da rede.

O que a sociedade em rede é atualmente não pode ser decidido fora da observação empírica da organização social e das práticas que dão corpo à lógica da rede. Assim, irei resumir a essência daquilo que a investigação acadêmica (isto é, a produção de conhecimento reconhecida como tal pela comunidade científica) já descobriu em vários contextos sociais (CARDOSO; CASTELLS, 2005, p. 20).

Tem-se consciência de que não é a tecnologia que forma a sociedade em rede, ela já existia, porém não era visualizada por todos. Sob a ótica de Irineu Barreto Junior (2014), o avanço tecnológico ao longo dos séculos é inconcusso, porém nas últimas décadas sob a égide capitalista, tornou-se a mola propulsora da economia, seja em busca da concorrência, seja pela vantagem competitiva de sua vanguarda.

Manuel Castells salienta que a sociedade em rede - sociedade da informação- é apenas o ponto de partida e que as mudanças e tecnologias a partir dela, serão cada vez mais rápidas e constantes.

A sociedade em rede não é o futuro que devemos alcançar como o próximo estágio do progresso humano, ao adaptarmos o paradigma das novas tecnologias. É a nossa sociedade, em diferentes graus, e com diferentes formas dependendo dos países e das culturas. Qualquer política, estratégia, projeto humano, tem que partir desta base. Não é o nosso destino, mas o nosso ponto de partida para qualquer que seja o “nosso” caminho, seja o céu, o inferno ou, apenas, uma casa remodelada (BARRETO JÚNIOR, 2014, p. 26).

Neste sentido, pode-se entender que Manuel Castells

compartilha da mesma visão de Fritjof Capra: todos os organismos vivos fazem parte de um todo, as sociedades independentes de cultura ou país estão interligadas, cada ação em um dos nós dessa rede/teia irá refletir em toda ela. Manuel Castells aponta o paradoxo existente nessa “nova sociedade”: “Vários analistas têm proposto que as sociedades se encontram a viver uma transformação significativa que pode ser caracterizada por duas tendências paralelas que enquadram o comportamento social: individualismo e comunalismo” (CARDOSO; CASTELLS, 2005, p. 3).

Ainda segundo Manuel Castells e Gustavo Cardoso, a sociedade vive um momento de dualidade entre o individualismo e o comunismo. Individualismo porque a cada dia mais pessoas estão preferindo trocar o estresse dos ambientes públicos pela comodidade de suas casas, tendo contato com o mundo apenas através da internet pelas redes sociais, ao mesmo tempo, que compartilham cada detalhe de suas vidas nessas redes, se interligam a várias pessoas, independentemente da localidade e distância que estiverem umas das outras. O espaço parece ser de todos e todos opinam, sobre ele, a sua maneira, daí a ideia de comunismo. Assim, o espaço é ao mesmo tempo circular, pois não se pode determinar seu início ou fim, marcado por um individualismo, na medida em que cada um pode criar seu próprio espaço virtual, e comunista, pois a informação é compartilhada de tal forma que não se pode delimitá-la ou retirá-la por completo desse espaço.

Destarte, a forma que parece mais acertada para se conviver com todos esses antagonismos, associados ao rápido aprimoramento tecnológico e principalmente sobreviver à [...] guerra financeira [...] é o pensamento sistêmico (BURREL; MORGAN 1979, p. 1), segundo aqueles que o adotam<sup>4</sup>. "Os sistemas vivos... [estão] organizados num

---

<sup>4</sup>É necessário esclarecer que os autores deste artigo não são adeptos da teoria dos sistemas, mas, ao contrário, a dos jogos de linguagem, conforme as teorias de Ludwig Wittgenstein e Jean-François Lyotard. Vide: Ludwig Wittgenstein. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo, Nova Cultura, 1999 e Jean-François Lyotard. **A condição pós-moderna**. São Paulo; José Olympio, 2014.

processo circular causal fechado que leva em consideração a mudança do estado atual das coisas que nos rodeiam na maneira como a circularidade é mantida, mas não permite a perda da própria circularidade" (CAPRA, 1999, p. 89). Assim, o pensamento sistêmico, lança o olhar global ou visão holística, sobre esse mundo que mistura virtual e físico, tentando encontrar o meio termo que equilibre as suas relações de forma a que o virtual não agrida o mundo físico e ao contrário, ajude no desenvolvimento sustentável, na difusão da ecologia, incorporando-se ao ambiente físico (CARDOSO; CASTELLS, 2005).

E concluiu que esse padrão de rede, no qual a função de cada componente é ajudar a produzir e a transformar outros componentes enquanto mantém a circularidade global da rede, é a "organização [básica] da vida" (CARDOSO; CASTELLS, 2005).

Manuel Castells e Fritjof Capra convergem na ideia de que a rede é capaz de se auto reproduzir, pela teoria sistêmica - retroalimentar-se. Ambos se utilizam, para tanto, do conceito de autopoiese de Maturama e Varela: "Auto, naturalmente, significa "si mesmo" e se refere à autonomia dos sistemas auto-organizadores, e poiese - que compartilha da mesma raiz grega com a palavra "poesia" — significa "criação", "construção". Portanto, autopoiese significa "autocriação" (ROMESIN; GARCIA, 1997, p. 75). Assim, ambos os autores, compartilham a ideia de que as redes são capazes de se autocriarem, pois, Maturama e Varela supõem que a "[...] autopoiese é um padrão geral de organização comum a todos os sistemas vivos, qualquer que seja a natureza dos seus componentes" (ROMESIN; GARCIA, 1997, p. 75) e ainda que a concepção de autopoiese seja necessária e suficiente para caracterizar a organização dos sistemas vivos, a partir da ótica daqueles que assim entendem.

No entanto, Fritjof Capra vai um pouco mais longe ao afirmar que apesar dessa capacidade de autocriação, os recursos nem sempre são renováveis, pois possuem natureza transitória e efêmera. Assim, a única forma de manter um ambiente adequado à vida exige que se

entenda essa mutação constante e que se tenha consciência de que muitos recursos não são renováveis, sendo necessário um olhar mais ecológico no sentido de sustentabilidade. Produzir e reproduzir sem, no entanto, esgotar o recurso básico necessário para esta renovação.

Não se pode, porém, esquecer a crítica à corrente do desenvolvimento sustentável.

A crítica dessa corrente ao Desenvolvimento Sustentável (DS) é ferina, por considerá-la um puro contrassenso, uma ideologia simplificadora do real, uma simples “tentativa sedutora de salvar o crescimento” (Latouche, 2007, p. 113). Morin (2007, p.75), que não pertence a esse movimento, embora nutra por ele simpatia, também não poupa críticas ao DS, para ele “o desenvolvimento sustentável nada mais faz do que temperar o desenvolvimento por meio da consideração ecológica, mas sem questionar seus fundamentos” (NASCIMENTO, 2012, p. 60, grifo do autor).

Para Serge Latouche (1986), o mais radical dos defensores do decrescimento, o modelo atual de produção e consumo não tem futuro, porque conduz à auto extinção e indica como única saída para a humanidade a adoção de valores e costumes novos, “[...]com abandono da moda, do instantâneo, em troca de uma produção duradoura e decrescente. Enfim, adoção de um novo estilo de vida” (NASCIMENTO, 2012, p. 61).

É possível assim verificar que mesmo as ideias de ecologia e de sustentabilidade compreendidas no pensamento de Fritjof Capra são problemáticas e sujeitas a severas críticas, sendo que, nesta altura do presente estudo, não se pode deixar de assinalar que o seu pensamento se enquadra enquanto teoria moral ou ética, prescritiva, portanto, parcial e não sociológica, no sentido de que não se trata de uma descrição da realidade empírica, mas de uma postura de dever ser, portanto, não científica.

#### **4 NECESSIDADE DE UMA VISÃO HOLÍSTICA DO DIREITO NA SOCIEDADE GLOBAL?**

Em “O ponto de mutação”, Fritjof Capra explica o termo holismo: “Holismo” (do grego *holos* que significa inteiro ou todo) (CAPRA, 1998, p. 6), ou seja, não é possível compreender as partes separadamente, é preciso entender que cada parte compõe o todo. E, as partes, só podem ser entendidas se observadas a partir desse todo. Smuts define o Holismo “[...] como uma tendência sintética do universo em evoluir por meio da formação de todos”. Para ele, a evolução poderia ser compreendida como o desenvolvimento destas partes que compõem o todo. E afirma ainda que o desenvolvimento ocorre de forma gradual, mas “atinge” todos os componentes desse todo – sistema-, em todos os níveis, seja moral, tecnológico ou religioso.

A criação de todos no universo é um fator operativo fundamental enunciado pelo Holismo. Qualquer organismo é um todo que apresenta um padrão de organização interno. Isto se dá desde os mais simples microrganismos, até a formação da complexa personalidade humana. Por essa visão: 'todos' são básicos para o caráter do universo, e o Holismo, como fator operacional na evolução dos todos, é o princípio decisivo do universo (SMUTS, 1996, p. 98, tradução pessoal).

Em A teia da vida e em O ponto de mutação, Fritjof Capra explana sobre a distinção entre "holístico" e "ecológico" e afirma que para a mudança de paradigma proposto a visão holística não seria a mais adequada:

“Holístico” é um pouco menos apropriado para descrever o novo paradigma. Uma visão holística, digamos, de uma bicicleta significa ver a bicicleta como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. Uma visão ecológica da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhe a percepção de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente natural e social — de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como seu uso afeta o meio ambiente natural e a comunidade pela qual ela é usada, e assim por diante. Essa distinção entre "holístico" e "ecológico" é ainda mais importante quando falamos sobre sistemas vivos, para os quais as conexões com o

meio ambiente são muito mais vitais (CAPRA, 1999, p. 17).

Fritjof Capra segue explicando a diferença entre a ecologia rasa que julga antropocêntrica, ou centralizada no ser humano, como se este estivesse situado acima ou fora da natureza e a ecologia profunda que não separa seres humanos, ou qualquer outra coisa, do meio ambiente natural. Sustenta que há conexão entre todas as partes: “O Mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes” (CAPRA, 1999, p. 16).

Na visão de Fritjof Capra, a ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida. Chama a nova visão emergente da realidade, de "ecológica" no sentido da ecologia profunda e enfatiza que a vida se encontra em seu próprio cerne.

No velho paradigma, a física foi o modelo e a fonte de metáforas para todas as outras ciências. "Toda a filosofia é como uma árvore", escreveu Descartes. "As raízes são a metafísica, o tronco é a física e os ramos são todas as outras ciências"<sup>5</sup>. A ecologia profunda superou essa metáfora cartesiana. Hoje, a mudança de paradigma na ciência, em seu nível mais profundo, implica uma mudança da física para as ciências da vida (CAPRA, 1998, p. 63).

Assim, para se conceber um novo paradigma, nessa perspectiva, é necessário que se tenha uma visão holística, ou melhor ainda, ecológica. Entendendo que cada parte integra o todo, integrando-se nele totalmente, onde nenhuma parte é melhor ou mais importantes que outras, tudo e todos são necessários para manter o equilíbrio desse mesmo todo.

A fim de não ficar apenas no plano das ideias, é adequado lembrar as conclusões de Elimar Pinheiro do Nascimento, em seu artigo já citado sobre a trajetória da sustentabilidade (NASCIMENTO, 2012) no qual lembra a persistência do embate entre visões dos países

---

<sup>5</sup> DESCARTES, René; CIVITA, Victor. **Discurso do método**: Meditações: Objeções e respostas: As paixões da alma; Cartas. Abril Cultural, 1973.

desenvolvidos e daqueles em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, anunciado já nos anos de 1970. Porém, agora, em contexto diferenciado, porque a questão ambiental não apenas se ampliou como ganhou novas conotações, a partir do relatório do IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças do Clima) de 2007. Segundo ele, as diferenças residem principalmente em dois pontos. Primeiro, que a crise ambiental assumiu proporções muito mais graves com a percepção da responsabilidade humana pelo aquecimento global e o aumento significativo do contingente humano no mercado de consumo. Segundo, fortalecimento das propostas de desenvolvimento sustentável, sob a roupagem da economia verde.

Mudanças devidas à localização de fontes fósseis fora de seus territórios vêm obrigando alguns países desenvolvidos a investir em novas fontes energéticas, tendo o recente acidente nuclear no Japão estimulado ainda mais esse movimento, associadas cada vez mais às inovações tecnológicas, o que cria a possibilidade de nova onda de inovação de longa duração. “Assim, a economia aproxima-se ainda mais da atitude de poupar o meio ambiente nos países desenvolvidos e ganha maior relevância nos países em desenvolvimento” (NASCIMENTO, 2012, p. 61).

Por sua vez, a dinâmica econômica dos países em desenvolvimento, retirando parte de suas populações que estão abaixo da linha da pobreza, associada a uma percepção mais pessimista da crise ambiental, muda o enfoque do combate à pobreza. A questão é saber se ocorrerá um movimento no sentido de retirar do desenvolvimento sustentável a centralidade do social em direção ao ambiental. A fusão do eixo do combate à pobreza com a economia verde na Rio+20 parece indicar algo nesse sentido, assim como um novo “casamento” entre economia e meio ambiente. São todos, porém, movimentos débeis que ainda não se tornaram tendências vigorosas. Como dissemos em outro momento (Nascimento & Andrade, 2011), o século XXI nasceu sob três signos: da contradição, da incerteza e da esperança. A contradição entre os indícios de crescimento da crise ambiental e a fragilidade das medidas adotadas; a incerteza quanto ao futuro da humanidade no acirramento das crises econômica e ambiental; e a esperança de que transformações sociais ocorram, mudando – para melhor – o padrão civilizatório a que estamos prisioneiros, como quer Morin (2011)

(NASCIMENTO, 2012, p. 62).

Neste ponto parece ser bem adequado buscar estabelecer conexão com o direito da sociedade da informação, a partir, inicialmente, do questionamento se ele pode ser compreendido enquanto mecanismo para intermediar, arbitrar, essas relações paradoxais e heterogêneas, que o desafiam a desempenhar papel ao mesmo tempo global e local.

O papel global configura-se na medida em que é chamado tanto a sustentar direitos humanos, ambientais, coletivos, privados, econômicos etc. Já o papel local se apresenta na medida em que é convocado a resolver conflitos novos e das mais diferentes ordens e a se flexibilizar frente à realidade contingente. O direito, assim como os próprios homens, grupos e sociedades é permanentemente desafiado a se adaptar às questões e fatos da sociedade global diuturnamente lançados.

As teorias da “sociedade em rede”, como a que desenvolveu, por exemplo, Manuel Castells, veem as redes de atores coletivos por toda a sociedade como a característica distintiva de sociedades pós-modernas e identificam as “falhas na rede” como riscos sociais graves (Castells, 2000; Weyer, 2011). As formas de direitos fundamentais estão sendo ameaçadas de extinção nas esferas não governamentais, em mercados, organizações e redes. Não é apenas uma questão que diz respeito a juristas, mas também uma questão levantada por várias teorias sociais, por exemplo, a sociologia constitucional de Chris Thornhill; este é um fenômeno atribuído a tendências expansionistas de atores coletivos não governamentais (Thornhill, 2013) (TEUBNER, 2015, p. 77).

Também para Taubner, a sociedade em rede, segundo as diferentes teorias sociais, entre as quais cita expressamente a de Manuel Castells, apresenta-se enquanto atores coletivos, presentes em toda a sociedade pós-moderna. Para ele, nas teorias relativas às sociedades em rede, “falhas na rede” constituem-se em riscos sociais graves e que por isso mesmo as formas de direitos fundamentais estariam sendo ameaçadas de extinção dado ao expansionismo dos atores coletivos não governamentais, em mercados, organizações e redes (TEUBNER, 2015, p. 77). Nesse ambiente enumera alguns

problemas que chama de espinhosos, relativamente à prática do direito. Em primeiro lugar aponta a concorrência entre as teorias sociais e se pergunta como o direito deveria fazer uma seleção entre elas se são concorrentes e conduzem à análise de redes incompatíveis entre si, ou, simplesmente, não concordam sobre a validade e o efeito dos direitos fundamentais em face de atores coletivos não governamentais. Sobre esse ponto indica como caminho para o direito o emprego da transversalidade<sup>6</sup>. Em segundo lugar, trata da transferência de conhecimento e pergunta se é possível implantar padrões de direitos fundamentais adequados às redes, bem como se as teorias sociais podem orientar a seleção de sanções contra violações de direitos fundamentais para que possam ser eficazes diante da lógica própria das redes. Como resposta, indica a necessidade de responsividade<sup>7</sup>. Em terceiro lugar, questiona se critérios normativos para os direitos fundamentais em redes mistas público-privadas (PPP) podem ser derivadas de teorias sociais. Como resposta indica a

---

<sup>6</sup>“Somente na análise transversal de outras teorias sociais torna-se claro que o novo conceito legal de finalidade da rede cobre uma área de complexidade maior do que qualquer mera minimização de custos da transação [conforme a teoria econômica de custos]. Ele [o direito] deve ser compreendido como uma orientação múltipla, que incorpora, por um lado, um compromisso com os vários projetos individuais dos participantes da rede e, por outro, com o projeto global da rede como um todo (TEUBNER, 2015, p. 83)”. Assim cabe ao direito entender as redes intersistêmicas como arranjos organizacionais “nos quais o conflito entre diferentes racionalidades sociais é, na verdade, institucionalizado. Um conceito jurídico de finalidade da rede que é definido dessa forma obriga os atores a ajustarem seu comportamento a lógicas de ação diferentes e contraditórias (TEUBNER, 2015, p. 84)”.

<sup>7</sup>“A responsividade do direito não deve ser julgada perante um fórum das ciências sociais que pudesse garantir o uso autêntico do termo, ou perante um fórum de uma terceira instância superordenadora que agiria como intermediária entre o direito e a teoria social, mas apenas perante o *forum internum* do próprio direito. Em um exame complexo, o direito deixa-se desafiar pelas análises externas de problemas das teorias sociais, mas isso apenas se elas são passíveis de utilização conforme os próprios critérios de seleção do direito; então, ele as reconstrói internamente em sua própria língua, na qual ele pode, assim, conciliar problemas e soluções entre si. Somente quando esse processo de reconstrução coloca a argumentação jurídica em uma posição na qual ela possa distinguir dentro do direito entre normas e fatos, entre conceitos jurídicos e interesses sociais, é que se alcança um ponto no qual o direito é capaz de levantar a questão da adequação social, em outras palavras, a questão de saber se as decisões judiciais fazem justiça a esses aspectos do mundo exterior, tal como estes foram reconstruídos internamente (TEUBNER, 2015, p. 87)”.

autonormatividade<sup>8</sup>.

Não há mais uma teoria da sociedade, mas apenas teorias de campos parciais igualmente justificadas. No entanto, cada uma delas -e isso é o que causa preocupação-reivindica, ao mesmo tempo, validade universal como a única teoria da sociedade. Este é o paradoxo -uma multiplicidade de racionalidades parciais com reivindicações totalitárias- que o direito deve enfrentar hoje, se almeja obter uma orientação das teorias sociais (TEUBNER, 2015, p. 79).

Mais adiante, questiona se um direito de redes pode responder a tais desafios. “Em vez de simplesmente promover a minimização dos custos da transação, uma constituição legal de redes terá que desenvolver princípios de autonomia institucional, direitos fundamentais, imparcialidade processual e regras de direito e de responsabilidade política, para esse misto de configurações público-privadas” (TEUBNER, 2015, p. 84).

Assim, segundo Teubner ainda, a forma jurídica da rede não deve reconhecer qualquer teoria social como detentora de monopólio. Não deve haver exclusividade seja para a redução de custos da transação, seja para a orientação política, seja para a aquisição de conhecimento científico, ou, seja ainda para padrões éticos de comportamento. Cada uma desses objetivos correspondendo ao de uma das diversas teorias sociais, que na sua visão, como já referido, é sempre parcial. Assim, a forma legal, na sua proposta, deve buscar “[...] cobrir a multidimensionalidade das redes, explorando as diferentes teorias sociais. É vedado ao direito aceitar o domínio de qualquer racionalidade social parcial” (TEUBNER, 2015, p. 84). Afirma ainda, que no caso das redes inter-sistêmicas<sup>9</sup> há muito mais

---

<sup>8</sup>“Autonormatividade: o direito não alcança a orientação normativa a partir da teoria social, mas unicamente de processos internos a ele e, ao mesmo tempo, a partir da autonormatividade desenvolvida pelas dogmáticas de reflexão de outros sistemas sociais (TEUBNER, 2015, p. 95)”.

<sup>9</sup>Segundo o autor as redes corporativas são redes exatamente da mesma maneira que as redes contratuais, mas não integram o conjunto do que denomina de redes intersistêmicas. Nesses casos, além das garantias legais de autonomia das subsidiárias, também protegem os interesses puramente econômicos das subsidiárias contra a matriz e vice-versa. O exemplo que analisa no artigo em referência, refere-se às redes intersistêmicas, compostas de participantes público-privadas (PPP), concernente à pesquisa e à produção de produtos farmacêuticos.

em jogo, pois nelas não é apenas a aquisição de lucro que pode ser considerada a finalidade legal da rede. Nessas, há a necessidade também, de considerar a integridade das instituições de pesquisa, das instalações médicas, dos investidores privados e da administração pública, e a própria estrutura descentralizada da rede.

Ao contrário da finalidade do contrato ou da finalidade social, a finalidade da rede impõe a obrigação de promover as diferentes racionalidades envolvidas e, ao mesmo tempo, equilibrar umas às outras. Em contraste com o equilíbrio tradicional de interesses no caso individual, o resultado da abordagem da transversalidade seria o de que diferentes racionalidades sociais seriam examinadas em um processo de equilíbrio (TEUBNER, 2015, p. 85).

Assim, flexibilização e adaptação, não quer dizer que o direito deve sucumbir aos dilemas ou às teorias sociais, tal como são formuladas no campo da própria teoria social. Teubner (2015) oferece como alternativa o emprego da transversalidade, responsividade e da autonormatividade, com as conotações já expostas anteriormente. Para atuar nessa sociedade em rede, sem se submeter a “teorias sociais totalitárias”, como denomina todas elas, é necessário, segundo o autor, que o direito adote a perspectiva transversal, levando em conta as diferentes teorias sociais, entendendo-as como parciais, flexibilizando-se para atender às novas e diferentes demandas desta sociedade em rede, sem, no entanto, sucumbir, inteiramente, a nenhuma delas. O direito deve ao mesmo tempo estar presente nessa nova sociedade global, organizada em rede, e definida como sociedade da informação, mas mantendo certo distanciamento que o impediria de se “contaminar” com “teorias” parciais que levariam a sociedade como um todo à falência de suas instituições. Esse é o aspecto que denominada de transversalidade. Ademais, impõe-se a “responsividade” (TEUBNER, 2015), entendida com a ação de compatibilização dos interesses públicos e privados desta rede, na busca de equilibrar a convivência dos envolvidos.

Para tanto, os implicados na rede devem ainda recorrer à auto normatividade (TEUBNER, 2015), entendendo que “[...] o direito não

alcança a orientação normativa a partir da teoria social, mas unicamente de processos internos a ele e, ao mesmo tempo, a partir da autonormatividade desenvolvida pelas dogmáticas de reflexão de outros sistemas sociais” (TEUBNER, 2015, p. 95).

Assim, a visão holística de Fritjof Capra, na análise de Taubner, pode ser compreendida como uma teoria suportada em critérios morais, baseada na “[...] forma de interações específicas como prova de apreço mútuo”. Ela inclui-se entre as teorias sociais baseadas em critérios da filosofia moral que “[...] reivindicam a soberania regulamentadora sobre questões e demandas sociais (hoje em dia, principalmente a ecológica) a serem implementadas na forma de normas jurídicas” (TEUBNER, 2015, p. 79) de modo que, entender o direito por meio dessa perspectiva social (a ecológica ou holística) parece mostrar-se insatisfatória, justa e precisamente por ser uma teoria social parcial e de cunho moral, sobretudo, lembrando que se trata o direito de uma instituição heterogênea, assim como heterogêneas também são outras instituições sociais, como a política, a ciência, ou mesmo a religião, compreendidas todas elas, na perspectiva de Bruno Latour, como regimes de enunciação<sup>10</sup>. Não se podendo, pois, querer perceber e tratar o direito, antecedido do artigo definido “o”, pois, seria o mesmo que exigir

[...] a passagem do um ao muitos que seria impraticável: exigiríamos da ordem dada que ela fosse exatamente, diretamente, fielmente transportada sem traição, deformação, viés ou tradução! Pediríamos que a ordem fosse executada sem acréscimo, nem subtração. Sabemos que isso é impossível, porque os humanos, como nos ensinou Ludwig Wittgenstein, não seguem jamais as regras, mas “bordam” sobre o desenho que elas fornecem (LATOURE, 2004, p.13)

Assim, perceber o direito no contexto das redes invoca os regimes de enunciação, de modo que se deve procurar identificá-lo a

---

<sup>10</sup> Latour (2004, p. 13) chama de regimes de enunciação, procurar nos modos de desenvolvimento e de desdobramento das mediações a fonte dos tipos de coordenação, que se abstém de toda explicação social para fazer emergir as formas de coordenação a partir das mediações práticas. Os sociólogos dessa corrente, segundo Latour, filiados a Gabriel Tarde e não a Émile Durkheim, e que os chama de sociólogos da associação, ou da tradução, ou ainda da enunciação.

partir de mediações práticas, sem o apelo a explicações institucionais, como normalmente ocorre para tentar especificar o que ele seja e o que não seja.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como foi possível perceber ao longo deste estudo, a expressão rede, tem sido empregada por diferentes autores e em diferentes campos do saber. Um emprego se refere simples e diretamente às redes técnicas - eletricidade, internet etc. Outro, em sociologia da organização, basicamente para determinar diferença entre empresas, mercados e países. Neste caso, rede pode ser entendida como a maneira informal de associar agentes humanos. Inscreve-se no debate a respeito de alternativas às ditas “abordagens representacionais” nos estudos das organizações. Nessas discussões destaca-se o aspecto processual e fluido da organização. Insiste-se que ela não pode ser tomada como um fim ou um objeto estático, exigindo outras formas de explorar e compreender seu fenômeno. Abordagem que adquiriu grande popularidade foi a Teoria Ator-Rede (TAR), objeto de diversas críticas, a principal seria uma suposta falta de potencial político e/ou crítico, sendo John Law, o autor mais destacado nos estudos organizacionais, a partir de estudos empíricos e que se contrapõe às principais críticas referidas.

Já Manuel Castells parece usar o termo nos dois sentidos. No seu caso, rede se torna um modo privilegiado de organização, graças, precisamente, ao alcance da tecnologia da informação, sendo nesse mesmo sentido que outros autores, como Boltanski e Chiapello (2005) usam o termo para definir uma nova tendência no modo capitalista de produção.

Fritjof Capra, por sua vez, sustenta que tanto as sociedades urbanas, assim como os ecossistemas – são sistemas vivos, dotados

dos mesmos princípios de organização, e que podem ser sustentáveis. Ele pontua que em qualquer sistema vivo há relações de interdependência entre seus componentes, de cooperação generalizada, de reciclagem da matéria, e que o equilíbrio é a sua tendência natural, mas que, porém, a economia e o sistema industrial são lineares. Propõe então, para reverter este quadro, a mudança de paradigmas, a fim de conceber o mundo como um todo integrado, um conjunto de sistemas interconectados, e não como uma coleção de partes dissociadas.

Ao término desta análise, é possível perceber que os dois autores Fritjof Capra e Manuel Castells convergem para a mesma ideia de que todos estariam interconectados por um emaranhado invisível de conexão, mas real. Para Manuel Castells cada indivíduo é um nó dessa rede, talvez, uma das principais diferenças em suas abordagens - um olhar mais atento possibilita perceber - que Manuel Castells enfatiza o indivíduo como principal componente da rede, e que a rede constitui-se na conexão de vários indivíduos, e o ambiente serve de cenário para a formação da rede, e se utiliza de conceitos da tecnologia da informação para demonstrar os seus próprios conceitos, embora deixe claro que esta rede existe independente da evolução da informática e que o meio ambiente é igualmente importante para a manutenção do ambiente de rede, sem o qual a existência dos indivíduos não seria possível. Já Fritjof Capra, por sua vez, dá ênfase ao meio ambiente. Afirma que não existe grau de superioridade, considerando tudo e todos como importantes para a manutenção da teia da vida e que o meio ambiente e os indivíduos, como partes inextricáveis do ambiente são igualmente importantes, não se podendo estabelecer prioridades entre eles.

Mas, os seres humanos teriam a obrigação de manter o meio onde vivem, sendo preciso, para tanto, a plena consciência de sua necessidade (do meio ambiente) para a sobrevivência de toda a espécie humana e também das outras formas de vida e do planeta, ameaçados todos pela ação antrópica. Ambos os autores convergem

ainda, quando afirmam que há necessidade de consciência por parte de todos sobre essas ligações em rede/teia, pois, todas as ações de cada indivíduo/nó irão refletir, em maior ou menor grau, em todos os outros indivíduos e espécies vivas, bem como sobre o meio ambiente, e em última análise, refletirá sobre o próprio agente.

Conclui-se ainda que o ponto de convergência entre Fritjof Capra e Manuel Castells está na visão de que a sociedade como um todo está interligada e mais, que ela existe como unidade. Fritjof Capra apresenta uma visão mais humanista voltada à biologia e à preservação ambiental e defende o crescimento sustentável. Já Manuel Castells, por sua vez, adota visão mais empresarial da sociedade e defende que a sociedade em rede é flexível, portanto, adaptável; sendo assim, seria capaz de usar seu conhecimento e cultura em prol do desenvolvimento econômico, com vistas à preservação da natureza como recurso necessário à manutenção da vida, ou seja, desta rede.

No entanto, em que pese toda a argumentação de ambos os autores, ela não passa de uma filosofia moral à qual as sociedades, os indivíduos e todos os diferentes e divergentes agregados sociais humanos de hoje, ainda não atendem aos seus postulados éticos, a ponto de se poder obter a unicidade de visão que a proposta sugere, e constituir-se assim uma comunidade global uma sendo que a própria ideia de unidade, implicada nessa filosofia moral, por melhor intencionada que possa soar, sugere, uma forma de pensamento totalitário. O mundo virtual e o real, parecem não convergir em quase nenhum ponto, pois, virtualmente, o conceito de comunidade extraterritorial e globalizada, parece largamente aceito, mas, ele não se transporta para o mundo real. O individualismo nesses dois mundos parece sempre preponderar, bem como os comportamentos coletivos mostram-se frágeis e provisórios.

Diante desta conclusão é preciso adicionar outra e que se refere ao o direito nesse mundo em rede, o qual não se encaixa na perspectiva do modelo clássico ou piramidal da teoria jurídica

moderna, cuja lógica decorre necessariamente do Estado. Esse direito no mundo em rede, não pode ser tratado no singular ou na perspectiva da unidade, igualdade e homogeneidade, como sempre insistiu a teoria clássica. Ele deve ser visto e estudado na perspectiva da diferença, principal fator a ser reconhecido como caracterizador da condição humana e do próprio direito, permanentemente desafiado à adaptação e à flexibilização com vistas a responder aos inúmeros, permanentes e diversos encontros e conflitos ocorrentes neste novo momento dos diferentes, frágeis e provisórios agregados sociais. Constrói-se e se reconstrói em permanência a partir de mediações práticas dinâmicas.

No caso deste estudo, especialmente das próprias relações estabelecidas na rede, e justamente por isso, o direito é tão complexo e inovador quanto ela. Direito, assim como rede é conceito, não coisa, como já muito bem asseverou Bruno Latour, em relação às redes. Deve ser tratado antes como ferramenta que nos ajuda a descrever algo e não como algo que esteja sendo descrito. Portanto, direito em rede não se confunde com o quadro no qual há tanto tempo tem sido encerrado pela teoria clássica ou piramidal, a qual, de maneira alguma funciona no conceito de rede, porque concebida como superfície, instituição, como conjunto estabilizado. Ao contrário, Direito em rede, remete antes a mediações ativas, a rede de ações.

Data de Submissão: 08/09/2018

Data de Aprovação: 27/09/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Jaqueline Rosário Santana

## REFERÊNCIAS

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Paradoxos entre regulação da mídia e liberdade de expressão na sociedade da informação. In: **Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito da Sociedade da Informação**. 2014. p. 23-30.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.50.

BITTAR, Eduardo CB. A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 2, p. 933-961, 2019.

BOEIRA, Sérgio Luís. Ecologia política: Guerreiro Ramos e Fritjof Capra. **Ambiente & Sociedade**, n. 10, p. 1-21, 2002.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. The New Spirit of Capitalism, trans. **G. Elliott (London and New York: Verso)**, 2005.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. The new spirit of capitalism. **International journal of politics, culture, and society**, v. 18, n. 3-4, p. 161-188, 2005.

BROWN, LESTER R.; **Plano B 4.0: mobilização para salvar a civilização**. São Paulo: New Content, 2009.

BROWN, LESTER. **Estado do Mundo, 2000**. Salvador: UMA Ed., 2000.

BURREL, G; MORGAN, Gareth. **Sociological Paradigms and Organizational Analysis**. Heineman, London, 1979.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Tradução. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

CAPRA, Fritjof. **Sabedoria incomum**. Tradução Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Editora Cultrix, 1992.

CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Imprensa Nacional–Casa da Moeda: Belém-Portugal, 2005.

CASTELLS, Manuel, **A. Sociedade em Rede**. "Tradução de Roneide Venâncio Majer." São Paulo, Editora Paz e Terra ,1999.

DA SILVA, Luzia Bernardes; DE SOUZA PREUSSLER, Gustavo. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. **Revista Eletrônica PRIM@ FACIE**. João Pessoa: PPGCJ, v. 18, n. 37, 2019.

DESCARTES, René; CIVITA, Victor **Discurso do método: Meditações: Objeções e respostas: As paixões da alma; Cartas**. Abril Cultural, 1973.

GETSCHKO, Demi. **A influência da tecnologia digital no direito da sociedade da informação**. Palestra proferida 31.03.17 pelo programa de mestrado em Direito na Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas-FMU.

GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 91, n. 3, nov. 1985.

KHUN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira; Revisão: Alice Kyoto Miyashiro; Produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Ed. 1996.

LATOUR, Bruno. Se falássemos um pouco de política? **Revista Sociologia**, 2004, p.11-40.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, ano, v. 95, p. 106, 2006.

MBEMBE, Achille. **Politiques de l'inimitié**. La découverte, 2018.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. Trajetória da sustentabilidade: do ambiente ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, 26 (74), 2012, p. 51-64.

NIETZSCHE, Friedrich. **Cinco prefácios para cinco livros não escritos**. Tradução Felipe Sussekand. Rio de Janeiro 7 Letras, 2007.

ROMESIN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. **De máquinas e seres vivos, autopoiese: a organização do vivo**. (Trad. Juan Acuña Llorens) Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

SMUTS, J. C. (1996). **Holism and evolution**. New York: The Gestalt Journal Press (Original de 1926).

**Direito Na Sociedade Da Informação: Paradoxos Da Sociedade**

...

TEUBNER, Gunther. **Direito e teoria social: três problemas.**  
Tempo Social, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015.

**Law In The Information Society: Paradoxes Of Network Society - Collectivity X Individualism In Real And Virtual Communities**

Ronny Max Machado

Marco Antonio Barbosa

Magali Rodrigues de Souza

**Abstract:** This study aims to understand the role of law in the information society, questioning the ideas of Fritjof Capra and Manuel Castells. The two authors, using different approaches, converge to the same thought, that is, the world is a great Web where all is interlinked, forming networks of local connections in larger networks-global networks. The goal here is to investigate the validity of this thought in the information society. The challenge is, leaving this thought, learn how the right can help to standardize and regulate the coexistence and participation of individuals in this networked society or what your role within this global society. Through the literature review, the authors cited and several works of law and the information society, it was realized that the role of the law is to harmonize and balance the coexistence, understanding the relationship and need between the two premises, increasingly in this immensely heterogeneous network perennial; It also has the role of guardian and protector of the right to life, human dignity and the environment; and yet, that diverges from the thought of Fritjof Capra and Manuel Castells, that all are interconnected, which are equally important to a balanced and harmonic coexistence and survival, and there are no levels of superiority of some over others; since despite the validity of these concepts, the society still doesn't have this ability to think globally; Unlike the information society is the society of isolated individuals, albeit recklessly can be part of any virtual network and ephemeral; There is therefore the need of law and persist to regulate relations between individuals.

**Keywords:** Law. The information society. Web. Holistic networking Society.

## Patrimônio histórico-cultural como Direito Fundamental de preservação da memória coletiva

**Fabricio Veiga Costa**

Doutor em Direito Processual pela PUCMINAS, Professor do Programa de Pós-Graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. E-mail: fvcufu@uol.com.br

**Stella de Oliveira Saraiva**

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. E-mail: stellasaraiva@hotmail.com

**Resumo:** O objetivo do trabalho é investigar o patrimônio histórico-cultural como um direito fundamental de preservação da memória coletiva, proteção jurídica assegurada pela Constituição da República de 1988, legislação infraconstitucional e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Iniciando a análise da temática a partir da premissa de que o reconhecimento e a concretização dos direitos fundamentais constituem a base do Estado Democrático de Direito, passa-se à busca das razões de proteção do patrimônio cultural e, neste ponto, da memória coletiva, que é a base de formação da sociedade. A escolha do tema justifica-se em razão da sua relevância prática, teórica e atualidade, além da importância de debate acadêmico como forma de estimular o exercício da cidadania mediante a participação popular na tomada das decisões do Estado. Resultado de uma pesquisa bibliográfica e documental, foi eleito o método de estudo dedutivo, no qual se demonstra que o patrimônio cultural, como um direito com vocação coletiva lato sensu, tem aptidão para habitar os mais diversos ramos do direito, exigindo um cuidado transdisciplinar sempre tomado em prol da coletividade.

**Palavras-chave:** Patrimônio cultural. Memória coletiva. Direito fundamental Coletivo. Cidadania.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Patrimônio histórico-cultural como Direito Fundamental de preservação da memória coletiva**

Fabricio Veiga Costa

Stella de Oliveira Saraiva

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo investigar o patrimônio histórico-cultural como um direito fundamental coletivo, demonstrando-se que a implementação do respectivo direito constitui uma forma de preservar a memória coletiva de um povo ou sociedade. A escolha do presente tema justifica-se em razão de sua relevância teórica, prática e atualidade, haja vista que se trata de discussão de grande importância para a sociedade brasileira, além da necessidade de desenvolvimento de estudos transdisciplinares envolvendo direito, história e memória coletiva. Visando a contextualizar a problemática científica proposta, o carnaval é exemplo de patrimônio cultural imaterial, com *status* de direitos metaindividuais diretamente relacionados com memória coletiva do Brasil.

O estudo inicial dos direitos fundamentais como referencial do Estado Democrático de Direito foi essencial para evidenciar a dimensão coletiva e transindividual do patrimônio histórico-cultural, expressamente previsto no texto da constituição brasileira de 1988,

legislações infraconstitucionais, além de tratados e convenções internacionais.

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, desenvolveu-se um estudo com o condão de compreender, de forma transdisciplinar, o que é memória coletiva, esclarecendo-se que se trata de um desdobramento do direito fundamental coletivo ao patrimônio cultural e, também, um meio de viabilizar a proteção jurídico-constitucional da história da sociedade brasileira. Proteger juridicamente a memória coletiva por meio da preservação do patrimônio cultural material e imaterial são meios hábeis de manter as tradições históricas da sociedade brasileira.

Com o objetivo de estudar, de forma científica, o patrimônio cultural como um direito fundamental, o presente artigo foi desenvolvido, a partir da compreensão de que a memória é a materialização do sentimento de pertença do povo e resultado das influências do homem sobre o ambiente em que vive. Os entraves à preservação do patrimônio cultural são muitos, especialmente, aqueles relacionados ao aspecto econômico das sociedades e ao dispêndio financeiro para a manutenção desse acervo patrimonial. Por outro lado, há políticas e mecanismos jurídicos com aptidão para tornar efetiva a proteção desse direito fundamental coletivo *lato sensu*.

A delimitação do objeto da pesquisa se dá com a apresentação das seguintes perguntas problema: qual é o fundamento constitucional hábil a justificar que o patrimônio cultural é um direito fundamental coletivo imprescindível à proteção da memória histórica da sociedade brasileira? Há exemplos práticos que evidenciam no Brasil a preservação de patrimônio cultural como pressuposto para proteção da memória coletiva?

Utilizando-se do método dedutivo, partiu-se da premissa teórica dos direitos fundamentais, sendo possível perceber o patrimônio cultural como um direito fundamental, essencialmente difuso, intrínseco ao ser humano enquanto ser pertencente a um determinado lugar. E, com uma pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se verificar as bases da proteção jurídica do patrimônio

cultural no ordenamento jurídico vigente, identificando-se, ao final, que o patrimônio cultural, assim como sua proteção jurídica, é algo construído ao longo da história e baseado na memória, a partir da certeza de que nada acontece sem ela.

## **2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REFERENCIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

O estudo da teoria dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito é essencial para o entendimento de que o patrimônio cultural se constitui em direito fundamental, e que sua observância é condição para a preservação da memória coletiva, cuja natureza jurídica é de direito metaindividual, uma vez que sua titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas e deve ser preservado com o objetivo de proteger a história de um país ou sociedade.

Em razão do pluralismo e diversidade da sociedade contemporânea, que se desenharam e reconfiguraram ao longo da história, justifica-se a proteção da memória coletiva mediante a preservação do patrimônio cultural. Os direitos fundamentais foram sistematizados de modo a assegurar aos seus titulares a proteção jurídica de bens de dimensão individual e coletiva, Por isso, “os direitos fundamentais, como resultado da personificação e positivismo constitucional de determinados valores básicos [...], integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância propriamente dita” (SARLET, 2004, p. 70). Ou seja, “o núcleo essencial substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias” o que se denomina “certas

vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” (SARLET, 2004, p. 70). É nessa perspectiva teórica que se evidencia o patrimônio cultural material e imaterial, como referenciais hábeis à preservação da memória histórica da sociedade brasileira.

O carnaval é uma manifestação cultural protegida juridicamente como um patrimônio cultural imaterial. A cidade de Caravelas, localizada no extremo Sul do Estado da Bahia, preserva as tradições culturais locais, especialmente no que tange à festa de carnaval. “A cidade não conta com uma lei de tombamento dos bens culturais, porém os mesmos possuem um valor para os residentes da ordem histórica, social, cultural e acima de tudo afetiva” (BATISTA; ÁVILA, 2006, p. 11). Nesse sentido, “faz-se necessária à preservação destes bens materiais e também os imateriais, que constituem na representação dos residentes um bem histórico-cultural e também uma possibilidade de atrativo turístico para a localidade” (BATISTA; ÁVILA, 2006, p. 11).

Nesse contexto propositivo, “os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais” e, em razão disso, são “reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos” (GALUPPO, 2003, p. 233). Pensar os direitos fundamentais como instrumento para a proteção da dignidade humana, seja sob o ponto de vista individual como também coletivo, constitui um meio de justificar a proteção jurídico-constitucional do patrimônio cultural.

Torna-se importante esclarecer que “direitos fundamentais, ou direitos fundamentais em sentido estrito, seriam apenas aqueles que tivessem uma determinada estrutura, qual seja, a dos direitos fundamentais de liberdade” (ALEXY, 2006, p. 67). Por um lado, “os direitos fundamentais são constituídos pela democracia; porém, uma vez criados, eles convertem-se em instrumentos de garantia da legitimidade moral do regime democrático” (MELLO, 2004, p. 151). Preservar a memória histórica de um povo constitui um meio de

protegê-lo, além de democratizar o acesso público às tradições culturais para as próximas gerações.

A natureza normativa e principiológica que regem os direitos fundamentais institucionaliza a obrigação de o Estado implementar políticas públicas no sentido de preservar o patrimônio cultural, além da responsabilidade assumida por cada cidadão de ser protagonista na proteção da cultura e na ressignificação de outras formas de manifestações culturais.

O texto da constituição brasileira vigente estabelece um rol exemplificativo de direitos fundamentais, haja vista que, por meio de uma interpretação sistemático-extensiva, é possível compreender que o patrimônio cultural é um dos direitos fundamentais coletivos, e dentre seus principais objetivos está a proteção e preservação da memória coletiva. Assim, “é a pauta dos direitos fundamentais em um sistema político que noticia o seu caráter autoritário ou democrático, liberal ou social” (GONÇALVES, 1997, p. 35), já que, “Estado de Direito requer exercício permanente de cidadania [...] e de democracia como parceria”, ou, em outras palavras, “o Estado de Direito exige a afirmação, defesa e realização dos direitos fundamentais” (OMMATI, 2018, p. 15).

O pensamento democrático é genuinamente marcado pela diversidade cultural, pelo dissenso e pelas plurais formas de promover a cultura. O exercício da cidadania passa diretamente pela oportunidade que a coletividade tem poder preservar juridicamente sua memória histórica, de formular e reformular sua identidade enquanto povo, de exigir que o Estado e a sociedade civil adotem posturas comissivas e omissivas no que atine à preservação do respectivo direito fundamental.

O Estado Democrático de Direito, eleito pelo artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, parte da concepção de que os direitos fundamentais não podem ser uma mera promessa para o povo, mas sim uma realidade experimentada no seu dia a dia. Nesse sentido, o planejamento, execução e efetividade de políticas públicas voltadas à proteção e preservação do patrimônio

cultural constituem um meio de democratizar o acesso à cultura, além da demonstração do interesse estatal em privilegiar a identidade cultural como direito fundamental expressamente previsto no plano constituinte e instituinte.

Assim, para além de uma política de concretização dos direitos fundamentais, é necessário que existam também os instrumentos aptos ao controle dos poderes pelo povo, haja vista que “os instrumentos protetores dos direitos humanos adquirem particular importância no Estado Constitucional Democrático que deve promover, através de um sistema de princípios e regras processuais, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, com o limite e controle do poder estatal” (BARACHO, 1984, p. 4).

Em Ferrajoli, a Democracia apenas adquire características verdadeiras quando o princípio da soberania popular estiver na base do Estado, sendo necessárias muitas outras condições além do direito de votar e ser votado (FERRAJOLI, 2016, p. 15). Dessa forma, pode-se dizer que se o Estado de Direito é definido como aquele em que se vive sobre o império das leis, e o Estado Democrático de Direito acrescenta um grau nesta definição, determinando que o direito, estabelecido por meio da Lei, se faça concreto no contexto do Estado em todas as suas formas. É a partir dessas colocações que deve ficar clara a afirmação do dever legal do Estado e da sociedade civil efetivarem o direito fundamental ao patrimônio cultural material e imaterial, corolários da implementação democrática das premissas trazidas pelo texto da constituição brasileira de 1988.

Nas palavras de Tomaz, o que transforma uma sociedade em Estado é a existência de um ordenamento jurídico efetivo incidindo sobre a vida do grupo, que elegerá valores a serem buscados como seu objetivo final; “haverá ‘Estado de direito’ quando a ordem for justa (...), mas se, por outro lado, a ordem deixa de realizar um daqueles valores, deixaria de ser ‘Estado de Direito’” (TOMAZ, 2011, p. 65-66).

O Estado Democrático de Direito exige, portanto, que os direitos não apenas estejam previstos no ordenamento jurídico de um Estado, mas que eles, de fato, sejam entregues aos cidadãos, os quais

possuirão também, à sua disposição, mecanismos de garantia desses mesmos direitos. O desafio da sociedade contemporânea é efetivar democraticamente aqueles direitos fundamentais previstos no plano constituinte, bem como construir um pensamento coletivo que seja hábil a ultrapassar as premissas individualistas propostas pelo liberalismo. Ou seja, debater a proteção jurídico-constitucional do patrimônio cultural, visto como um direito Fundamental é uma forma de ressemantizar a concepção privada de direitos fundamentais, evidenciando que seu papel é proteger amplamente tanto as esferas privadas quanto coletivas.

Se a Constituição é o veículo através do qual se expressam as preocupações e prioridades do Estado, “para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar” (MORAIS, 2011, p. 93), os direitos humanos devem-se constituir no ponto de partida de todas as ações, sejam elas legislativas ou judiciais, políticas ou administrativas, de todo aquele que opera no mundo do dever-ser.

Nesse contexto, de Estado Democrático de Direito em construção, é possível dizer que a cidadania suporta vários níveis: civil, política e social. E, o Brasil, até pela sua história de colonização, mostra-se um país onde a cidadania ainda é raramente verificada. Tal afirmação se justifica em razão do pensamento tipicamente individual que caracteriza o cidadão comprometendo-se, assim, a efetividade daqueles direitos categorizados como sendo metaindividuais. Nesse cenário, é importante esclarecer que a noção de cidadania se encontra diretamente vinculada à alteridade, solidariedade, inclusão e pluralismo.

A participação popular é elemento essencial para a construção do pensamento coletivo, pois o pensar coletivo e a ruptura com a visão essencialmente individual do cidadão permite que o olhar da sociedade e da ciência do direito volte-se para os direitos coletivos. Ou seja, o texto da constituição brasileira de 1988 foi construído a partir de proposições que visam a instituir direitos fundamentais de natureza individual e coletiva. Um dos principais objetivos da presente pesquisa é demonstrar, ao longo de toda exposição, que o patrimônio cultural é

uma espécie de direito fundamental de dimensão coletiva, metaindividual e que sua proteção se justifica em razão da importância que se tem de preservar a memória coletiva para a história de um país.

### **3 A COMPREENSÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

Definido na Constituição da República como bem material e imaterial do povo, o patrimônio cultural é formado pelo conjunto de bens, dentro do território nacional, que possuem em si um especial valor e, por isso, necessita ser preservado, seja por suas características históricas, paisagísticas, artísticas, arqueológicas, paleontológicas, ecológicas ou científicas. “Patrimônio é o que identifica grupos humanos, o que distingue indivíduos pertencentes a diferentes grupos étnicos, e inclui aspectos tão díspares quanto arquitetura, lendas [...], bem como o conhecimento que temos sobre os modos de produzir” (ALFONSO, 2003). Pode-se definir “o patrimônio cultural como um todo de manifestações ou objetos nascidos da produção humana, que uma sociedade recebeu como patrimônio histórico, e que eles constituem elementos significativos de sua identidade como povo” (PEÑALBA, 2005, p. 181).

A palavra patrimônio, derivada do latim *patrimonium*, significa o que pertence ao pai ou à família, podendo ser considerado, dessa forma, como herança familiar. (BRUSADIN; SILVA, 2015, p. 43). Já o adjetivo cultural, diz respeito ao artístico, arquitetônico e histórico de uma sociedade, abrangendo tudo aquilo que possa admitir uma acepção cultural como expressão simbólica da memória coletiva e “constitutivas da identidade de um lugar”. (BRUSADIN, 2015, 47). “O que une estes bens em um conjunto, formando-os patrimônio, é o seu reconhecimento como reveladores de uma cultura determinada integrante da cultura nacional” (SOUZA FILHO, 2005, p. 47).

No âmbito internacional, desde a Convenção de Paris de 1972, já vem o patrimônio cultural constituído por bens materiais e imateriais. Posteriormente, dada a necessidade de se aclarar o conceito de patrimônio cultural e, ainda, de nele se fazer incluir também os aspectos imateriais, reunidos em Assembleia Geral da Unesco, em 2003, os Estados-partes aprovaram a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, a qual foi ratificada pelo Brasil, em 2006, através do Decreto Legislativo 5.753/2.006. Até a primeira metade do século XX, o patrimônio cultural era sinônimo de obras monumentais, obras de arte consagradas, propriedades luxuosas associadas sempre às classes dominantes, vez que os prédios que eram tidos como merecedores de conservação eram aqueles onde residiam nobres ou pessoas de grande relevância política local e relacionadas a grandes fatos da história (BRUSADIN; SILVA, 2015, p. 45). Essa visão, entretanto, tem-se modificado, tanto por influência dos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, quanto pela própria Constituição de 1988, que no âmbito da legislação interna contribuiu muito para a ampliação desse conceito.

Atualmente, tem-se um conceito de patrimônio cultural alargado, compatível com o entendimento disposto no art. 216 da Constituição Federal, incluindo tanto os bens corpóreos, como incorpóreos, vistos de forma individual ou coletiva e que, de alguma maneira, tenham vinculação com a identidade nacional, nesta inseridas todas as manifestações das diferentes etnias formadoras da sociedade brasileira, dada a existência de vários instrumentos legais de proteção, desde o tombamento, disciplinado pelo Decreto-Lei nº 25/37, passando pelas formas de registro, inventários, vigilância e, até mesmo, pelo instituto da desapropriação (BRUSADIN; SILVA, 2015, p. 46-47).

Patrimônio cultural quer dizer, portanto, algo dotado de valor, mesmo que não economicamente aferível, que se transmite às futuras gerações, de titularidade coletiva. Na ciência do direito, o tema tem recebido especial atenção dentro da disciplina de direito ambiental. Isso porque, a expressão ‘meio ambiente’ não diz respeito apenas ao meio ambiente natural ou à natureza, mas a tudo aquilo que cerca o ser humano e possibilita um determinado modo de vida. Nesse

sentido, “as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno” (BRANDÃO, 2014, p. 100-101).

Nesse sentido é o posicionamento de José Rubens Morato Leite, para quem o meio ambiente abrange também o meio ambiente cultural: “a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas. O meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais; [...]” (BRANDÃO, 2014, p. 101). Aliás, essa classificação do patrimônio cultural como aspecto do meio ambiente vem desde a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura (UNESCO), em 1976, em Nairóbi, quando se definiu:

[...] que os conjuntos históricos ou tradicionais fazem parte do ambiente cotidiano dos seres humanos em todos os países, constituem a presença viva do passado que lhes deu forma, asseguram ao quadro da vida a variedade necessária para responder à diversidade da sociedade e, por isso, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementares (UNESCO, 1979).

O meio ambiente pode, desta maneira, ser definido como tudo aquilo que cerca o homem e não só o meio ambiente natural, mas, incluindo, o ambiente artificial e construído. Assim, encontra-se o patrimônio cultural, como o resultado da ação e construção pelo ser humano, ao longo da história, em determinado lugar.

Com efeito, hodiernamente torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural, até mesmo porque é sabido que são pouquíssimos os lugares da Terra que têm escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície da Terra que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas absolutamente naturais está cada vez mais rara. Por isso, para os fins protecionistas, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico,

paleontológico além das disciplinas urbanísticas contemporâneas (MIRANDA, 2006, p. 13).

O patrimônio cultural, portanto, é um dos aspectos do meio ambiente, podendo ser entendido como um dos braços jurídicos deste. Prova disso é que todo o sistema protetivo nacional foi construído em conjunto com o sistema protetivo ambiental. Note-se que a Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605/98, tipifica criminalmente conduta de atentado ao bem cultural, chegando a reservar a tal matéria uma seção específica, denominada “Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural”. O próprio art. 216 da Constituição da República englobou em sua listagem tanto bens relativos ao meio ambiente natural, quanto ao meio ambiente artificial, definindo, no inciso V, como integrante do patrimônio cultural brasileiro, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, em seu artigo 3º, também adota um conceito abrangente de meio ambiente, que abarca em si, o aspecto cultural do mesmo: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; [...]”. (BRASIL. Lei 6.938/81, art. 3º). Souza Filho (2005, p. 15), diz que o meio ambiente:

[...] é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras-de-arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo. Alguns destes elementos existem independentes da ação do homem e os chamados de meio ambiente natural; outros são frutos da sua intervenção e os chamados de meio ambiente cultural.

É nesse sentido também a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, na MC em ADI nº 3540, a seguir ementada:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – [...] - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (BRASIL. STF, ADI 3540 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006).

Tornando à história, verifica-se que o patrimônio cultural brasileiro teve como primeiro ato protetivo, aquele em que a cidade de Ouro Preto foi elevada a monumento nacional, em 1933, pelo Decreto nº 22.928, e, assim, como nos lembra Marchesan (2006, p. 47), pela primeira vez, na legislação brasileira, apareceu a palavra patrimônio, significando o conjunto de bens culturais. Mas, foi somente com a atual Constituição da República de 1988 que o Brasil ingressou no atual nível protetivo, a partir do estabelecimento de competências e responsabilidades, inclusive, com o tombamento constitucional de determinados bens nacionais e definição de um ampliado conceito de patrimônio cultural e rol de instrumentos e políticas de proteção, conforme exposto no artigo 216 da constituição brasileira de 1988.

O conceito de patrimônio cultural não se limita aos bens materiais de valor histórico-cultural. Há no Brasil exemplos de patrimônio cultural de natureza imaterial, como é o caso do samba de roda, que “é um tipo de música e dança praticado sobretudo por afro-brasileiros no Estado da Bahia” (SANDRONI, 2010, p. 373). Sua regulamentação legal é recente, com o advento do Decreto-lei 3551, de 04 de agosto de 2000, assinado por Fernando Henrique Cardoso, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial, criando o programa nacional do patrimônio imaterial (BRASIL, Decreto-lei 3.551). Enfim, partindo-se do pressuposto de que os direitos dispostos no texto constitucional não excluem outros que deles sejam decorrentes ou para os quais o Brasil firmou compromisso internacional, tem-se que a proteção ao patrimônio cultural está garantida no âmbito constitucional nacional, mas também por todo o arcabouço normativo ao qual esteja sujeito o Brasil, seja no âmbito interno ou externo. Esclarecer jurídico-legalmente a dimensão teórica do conceito de patrimônio cultural constitui elemento essencial para o debate do objeto proposto, especialmente com o condão de demonstrar que se trata de direito fundamental de natureza metaindividual voltado à proteção ampla e integral da memória coletiva.

#### **4 O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA**

O ser humano necessita pertencer a determinado lugar e, sob esse aspecto, patrimônio cultural é a expressão designativa de “um fundo destinado ao usufruto de uma comunidade alargada a dimensões planetárias e constituído pela acumulação contínua de uma diversidade de objetos que congregam a sua pertença comum ao passado” (CHOAY, 2000, p. 11). O vínculo criado pelo ser humano com

o seu lugar de seu nascimento e/ou de sua formação enquanto pessoa é a tal ponto relevante que, ao se observar a questão da apatridia, nota-se um dano psicológico, muito além das questões jurídicas ou políticas acerca da nacionalidade: a pessoa considerada “sem pátria” acaba suportando o estigma de não pertencer a lugar algum<sup>11</sup>.

A identidade cultural brasileira tem relação direta com a tradição histórica de manifestações artísticas que foram desenhadas e construídas para individualizar a forma de pensar, agir, ser e se reconhecer como brasileiro.

Todo ser humano desenvolve uma relação de pertencimento com o ambiente onde vive e esta relação molda sua forma de ver do mundo, de interpretar seu modo de vida. A história de vida de cada indivíduo influencia os sentidos que ele dá para cada parte de sua existência e a isso se chama identidade. A identidade, portanto, é moldada de acordo com as influências que o indivíduo recebe ao longo de sua vida, nelas incluindo-se a cultura e a história de determinado lugar, povo ou grupo de pessoas. Seja familiar ou socialmente, a cultura é passada ao integrante do grupo de forma contínua, em pílulas diárias, ou seja, a assimilação da cultura é um processo que se desenvolve ao longo do tempo, de modo que o indivíduo em determinado momento não mais se vê separado do grupo, mas como parte integrante daquele saber cultural e daquela história.

Desse modo, a memória torna-se muito mais que um recordar-se de algo, ela é o saber de onde se vem, que possibilita o projeto do ir. Nada, nenhum saber, científico ou não, parte do nada. Tudo faz parte de um processo no qual o passo anterior é tomado como ponto de partida para o passo seguinte. A memória, portanto, é ponto de partida que possibilita os novos estágios do ser humano e da sociedade.

Nas palavras de Brusadin (2015, p. 61), “a memória é para os homens uma forma de identificar-se com sua concepção de passado e, nesse sentido, devemos compreender os aspectos biológicos que

---

<sup>11</sup> Sobre o assunto da apatridia: ACNUR. Protegendo o Direito dos Apátridas. ONU/ACNUR, Genebra, 2011, 20p. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737eb2>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

tangem o seu funcionamento”. A memória coletiva de um determinado grupo consiste em “uma memória estruturada com suas hierarquias e classificações, uma memória também que, ao definir o que é comum a um grupo e o que diferencia dos outros, fundamenta e reforça os sentimentos de pertencimento e as fronteiras socioculturais” (POLLAK, 1989, p. 3). No que tange à memória de uma coletividade não é distinto, funcionando como uma espécie de diretriz para o futuro da comunidade. Aliás, “a cultura de um grupo social [...] não é compreensível sem a análise da trajetória histórica e da posição desse grupo no sistema mundial” (SANTOS, 2003, p. 148).

A partir do *Homo sapiens*, a constituição de um aparato da memória social domina todos os problemas da evolução humana [...]. A tradição é biologicamente tão indispensável à espécie humana como o condicionamento genético o é às sociedades de insetos: a sobrevivência étnica funda-se na rotina, o diálogo que se estabelece suscita o equilíbrio entre rotina e progresso, simbolizando a rotina o capital necessário à sobrevivência do grupo, o progresso, a intervenção das inovações individuais para uma sobrevivência melhorada (SANTOS, 2003, p. 148).

A memória, contudo, necessita de auxílios, sustentáculos, que permitam o exercício do recordar, do reviver e rememorar. O ser humano, tanto na esfera individual, quanto na esfera coletiva, escolhe o que quer lembrar e o que quer esquecer, seja esse processo decorrente de uma operação biológica, psíquica, cultural ou política. E, é nesse ponto, que o patrimônio cultural, enquanto seu aspecto físico/edificado, ingressa como artefato da memória. Tanto a memória individual quanto a coletiva vive de suportes materiais. O patrimônio cultural edificado tem esse papel: funcionar como suporte material da memória coletiva<sup>12</sup>. O patrimônio edificado, portanto, enquanto

---

<sup>12</sup> A expressão patrimônio edificado foi uma nomenclatura encontrada em várias fontes consultadas e aqui utilizada por acreditar melhor que patrimônio material. Devido, em especial, à dificuldade de distinção conceitual entre patrimônio material e imaterial, até pela contradição em termos que destas expressões parece emanar, devido ao significado originário da palavra patrimônio, acredita-se difícil sua conjugação com o termo imaterial. Contudo, sem desejar enveredar por este caminho, até pelas restritas pretensões da pesquisa ora desenvolvida, que não

suporte da memória coletiva, é ponto a partir do qual se constrói a memória social. É estímulo de reavivamento de traços da memória social e deleite da arte que nele se possa encontrar.

Diferentemente da memória individual, a memória social se constrói ao longo de muitas gerações de indivíduos mergulhados em relações determinadas por estruturas sociais. A construção da memória social implica na referência ao que não foi presenciado. Trata-se de uma memória que representa processos e estruturas sociais que já se transformam. A memória social é transgeracional e os suportes da memória contribuem para o transporte da memória social de uma geração a outra. Se a sociedade atual traz as marcas das estruturas sociais que lhe antecederam e se estas marcas são potencialmente suportes da memória, então é também pela seleção, pela análise e pela interpretação destes suportes que serão construídas a memória e o esquecimento social (MESENTIER, 2005, p. 168).

A construção da memória social ou coletiva se dá também a partir da preservação do patrimônio edificado, como suportes materiais que funcionam como marcos do percurso daquela sociedade. Não constituem, pois, a memória, mas, nas palavras de Mesentier (2005, p. 169), são “mediadores e instrumentos” da memória.

Os edifícios acompanham a humanidade desde sua pré-história. [...] A necessidade humana de morar é permanente. A arquitetura jamais deixou de existir. Sua história é mais longa que a de qualquer outra arte, e é importante ter presente a sua influência em qualquer tentativa de compreender a relação entre as massas e a obra de arte (BENJAMIN, 1987, p. 193).

Enquanto marcos concretos, o patrimônio edificado funciona como instrumento de desenvolvimento social, que muito além de desenvolvimento econômico, o que deve ser buscado, na atualidade, é a superação de carências sociais, decorrentes de erros cometidos no passado ou de omissões políticas do presente. E, se desenvolvimento significa evolução e, por assim dizer, aprendizado, não há como supor aprendizado sem pressupor a memória. Tal como experimentado na vida privada, também na vida social, a memória funciona como guia que permite o aprendizado e o aprimoramento de comportamentos. A

---

permitem debruçar-se em longa exposição dos conceitos e teses próprias ao debate, opta-se, simples e sucintamente, pela expressão patrimônio edificado.

história experimentada e memorizada permitirá o planejamento das políticas futuras.

O suporte fundamental da identidade é a memória, mecanismo de retenção de informação, conhecimento, experiência, quer em nível individual, quer social e, por isso mesmo, é eixo de atribuições que articula, categoriza os aspectos multiformes de realidade, dando-lhes lógica e inteligibilidade. [...]. Exilar a memória no passado é deixar de entendê-la como força viva do presente. Sem memória, não há presente humano, nem tampouco futuro. Em outras palavras: a memória gira em torno de um dado básico do fenômeno humano, a mudança. Se não houver memória, a mudança será sempre fator de alienação e desagregação, pois inexistiria uma plataforma de referência e cada ato seria uma reação mecânica, uma resposta nova e solitária a cada momento, um mergulho do passado esvaziado para o vazio do futuro. É a memória que funciona como instrumento biológico-cultural de identidade, conservação, desenvolvimento, que torna legível o fluxo dos acontecimentos. A memória me interessa porque estou vivo, aqui e agora (MENESES, 1984, p. 33-34).

“A palavra patrimônio, bem como memória, compõe um léxico contemporâneo de expressões cuja característica principal é a multiplicidade de sentidos e definições que a elas podem ser atribuídos” (FERREIRA, 2006, *apud* COSTA, 2008, p. 125). O desenvolvimento conquistado com base na história, reavivada pela memória, é um desenvolvimento concreto porque baseado na experiência. Ou seja, parte-se de um referencial concreto, de algo vivido, experimentado, provado, do qual se colheram resultados, consequências. A história é um laboratório social, no qual se coletam fatos que serão a base do projeto futuro da comunidade. O patrimônio cultural edificado é documento<sup>13</sup>, tomado e firmado enquanto suporte da memória de um lugar, já que esta exige, para se tornar perene, que seja trasladada para o mundo exterior e, assim, por outros possa ser observado.

---

<sup>13</sup> Sobre documento e monumento, enquanto standards da memória: LE GOFF, Jacques. Documento/Monumento. In: *História e Memória*. Campinas/SP: UNICAMP, 1990, p. 462. Disponível em: <<http://memorial.trt11.jus.br/wp-content/uploads/Hist%C3%B3ria-e-Mem%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

O patrimônio edificado, enquanto suporte concreto da memória coletiva, é usufruto de coisa alheia, em que a propriedade está nas mãos da geração futura. Usufruto que permite o gozo e a fruição, o deleite, a exploração econômica, o exercício de práticas culturais, mas nos impede da sua livre disposição, ou seja, destruição, mas obrigamos à conservação e preservação para as gerações vindouras. A preservação, obrigação decorrente desse usufruto, importa na necessidade de garantir que esse patrimônio continuará a existir, mesmo com a passagem do tempo. Isso porque é natural que o tempo exerça sobre a edificação uma deterioração, seja pelo vento, chuva, sol, seja pelo uso natural do bem. O patrimônio cultural edificado permite que o indivíduo, integrante do grupo social, enxergue naquele bem um marco de continuidade entre o presente e o passado e, assim, conforme alerta Gonçalves, por uma experiência sensorial se perceber parte daquele lugar e daquela identidade.

No contexto brasileiro, as igrejas barrocas de Minas Gerais, enquanto “monumentos nacionais”, são vistas em termos de uma suposta relação de continuidade com o passado colonial brasileiro. Da mesma forma, um recente monumento nacional, o terreiro Casa Branca, em Salvador, pode ser visto através de sua relação com o passado dos negros e, por extensão, do Brasil. Nesses e em outros casos similares, pensamos e sentimos, ou mais que isso, temos a experiência sensorial de ver o Brasil ou o passado brasileiro nas formas plásticas de igrejas barrocas ou de um terreiro de candomblé. Expressões como “Isto é o Brasil” ou “Isto somos nós, negros brasileiros” revelam o sentimento de identificação entre esses monumentos, aquilo que eles representam, e aqueles que os olham. Em outras palavras, através dessa estratégia retórica da identificação entre Brasil e, no caso, igrejas barrocas em Minas ou um terreiro de candomblé em Salvador, definimos a nação como barroca, religiosa, católica, mineira, ou negra, afro, nagô e baiana. E, como num passe de mágica, nos sentimos todos de algum modo “autênticos” portadores desses mesmos atributos(GONÇALVES, 1988, p. 268).

Na preservação do patrimônio cultural, o que importa, em suma, não é a manutenção da estética pura e simplesmente, mas a capacidade que esse patrimônio tem de se adaptar aos novos tempos e, ainda assim, refletir o espírito do lugar. O que se deseja, em suma, é que o patrimônio cultural reflita a vida que existiu em determinada

época, mas que ainda existe, em continuidade e em evolução. O patrimônio cultural ocupa o espaço de referência, mas não se esgota em si mesmo, vez que é necessário que esteja relacionado com o espírito do povo daquele lugar. O patrimônio cultural deve estar vivo.

Se o patrimônio edificado precisa permanecer útil, como forma de possibilitar sua preservação e, ainda, de se integrar na vida da comunidade, é claro que também demandará investimentos. O problema é quando esses investimentos e o retorno buscado a partir deles interferem na própria essência do bem preservado. Tal conduta demanda a imposição de limites para a exploração do patrimônio e acaba sendo, dentro do direito urbanístico, um dos grandes entraves a serem superados pela política urbana.

Enquanto conjuntos representativos dos diversos grupos formadores da sociedade, os patrimônios culturais devem ser tratados de forma prioritária pelas políticas públicas, sejam elas de caráter cultural, urbanístico ou ambiental, vez que apenas o conjunto dos instrumentos disponíveis para a gestão desse acervo patrimonial garantirá para a posteridade a memória que tanto se busca preservar pelo patrimônio cultural edificado.

Partindo, inicialmente, do recorte produzido pela preocupação com os problemas econômicos das cidades, faz-se necessário lembrar que a expansão dos serviços, das atividades econômicas ligadas à cultura e ao turismo tornou-se um dos objetivos da atual política urbana, na maioria das grandes cidades [...]. No entanto, para atender, plenamente, aos objetivos relacionados ao consumo de produtos culturais e imobiliários, estas áreas, quase sempre, precisam ser objetos de intervenções de “revitalização urbana”, que implicam em atualizações de imagem e em transformações significativas no uso do solo, induzidas a partir de operações formuladas na perspectiva do urbanismo de marketing. Já o tratamento do patrimônio enquanto suporte da memória impõe limites mais definidos às mudanças na forma arquitetônica e urbanística, inibindo mudanças de uso do solo e a instalação, em áreas de valor patrimonial, de grandes equipamentos urbanos ligados ao lazer e ao turismo. O mercado imobiliário encontra, portanto, na relação do patrimônio com a memória social, um constrangimento à sua liberdade de movimentos (MESENTIER, 2005, p.174-175).

Inclusive, há que se observar o desenvolvimento sustentável, vez que a gestão do patrimônio histórico e cultural edificado influenciará a normatividade relativa ao ambiente urbano, seja no planejamento de técnicas e possibilidades construtivas, seja no que tange à mobilidade urbana ou mesmo nos espaços destinados ao lazer. Até porque, a sociedade que se quer formar no futuro depende das ações tomadas no presente e à gestão do patrimônio cultural, enquanto marco e suporte da memória coletiva que determinará a continuidade ou descontinuidade do processo construtivo de uma identidade nacional. Importante ainda ressaltar que essas políticas públicas não podem se restringir apenas ao patrimônio cultural material, já que o patrimônio imaterial, como é o caso do carnaval e outras tradições culturais (como o congado, samba, frevo, folclore), também devem integrar esse modelo de política pública, indispensável para a preservação da memória histórico-cultural do Brasil.

#### **4.1 DIREITO FUNDAMENTAL COLETIVO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA**

O patrimônio cultural, considerado um direito fundamental coletivo, ou seja, de cunho metaindividual, é amparado constitucionalmente e também no plano infraconstitucional, além das previsões expressas em tratados e convenções internacionais alhures mencionados. No contexto propositivo do objeto da pesquisa, demonstra-se que através da proteção do patrimônio cultural preserva-se a memória coletiva, a identidade e história de um povo.

As linhas tecidas ao longo desse artigo permitiram perceber que o patrimônio histórico e cultural apenas fará sentido para as gerações futuras se refletir a “aura”, o “espírito” do povo e, assim, funcionará como marco de concretização de direitos fundamentais, desenvolvimento e identidades nacionais.

Para além da previsão do artigo 215 da constituição, que estabelece que o Estado promoverá e garantirá o acesso do cidadão a todas as formas de cultura e manifestações culturais, e demais previsões constitucionais, convencionais e legais já tratadas, o direito ao patrimônio histórico e cultural constitui-se num direito fundamental, visto que pressupõe todos os aspectos inerentes ao indivíduo e sua dignidade, enquanto ser habitante de um lugar.

Os direitos fundamentais, a partir de uma visão moderna, são todos interdependentes e inter-relacionados, de modo que é impossível pensar em direito ao patrimônio cultural sem pressupor o direito à cultura, à educação, ao meio ambiente e ao desenvolvimento. Desse modo, estar o direito ao patrimônio histórico e cultural previsto no art. 216 da constituição, sob o título “Da Ordem Social”, no Capítulo “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, Seção “Da Cultura”, mostra-se desimportante para sua classificação como direito fundamental (ALMEIDA, 2008, p. 328-329).

O direito ao patrimônio histórico e cultural, assim como os direitos relativos ao meio ambiente, é de titularidade indefinida, ampla, classificado, pois, como difuso, transindividual, como patrimônio de todos, mas de ninguém de maneira individual. Nesse sentido:

A determinação teórica da natureza difusa e indisponível do direito à preservação do patrimônio cultural implica em importantes consequências de ordem prática no dia-a-dia daqueles que militam na área, dentre as quais destacam-se: a) imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos ambientais coletivos; b) a possibilidade de defesa do patrimônio cultural mediante a utilização de instrumentos processuais modernos e eficazes, tais como a ação civil pública (Lei 7.347/85); c) indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custus legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico – quando o *Parquet* não for o próprio autor -, ante o interesse público evidenciado pela

natureza da lide (art. 127 – CF/88 e art. 82, III, CPC)(MIRANDA, 2006. p. 19).

O patrimônio cultural - direito coletivo, habitante da cidade, da história e do povo - merece um tratamento diverso, pois ele mesmo possui em si a característica da diversidade, da amplitude, do debate. A indefinição dos titulares, ou a impossibilidade de identificação precisa destes, permite perceber que esse direito não deve estar restrito aos antigos moldes processuais, voltados ao simples encerramento de feitos sem solução de demandas, ou seja, a um processo de cunho individual, manejado entre as partes, estritas partes, ou substitutos processuais, titulares do direito em discussão, disponível e transacionável.

O direito ao patrimônio cultural, diversamente, como disciplina coletiva e inter-relacional, expande-se para um sistema de proteção que extrapola em muito o processo civil tradicional, ingressando em lugares antes relegados à política, economia, administração e gestão da cidade. Nesses locais, o direito processual coletivo e seus princípios o acompanham, incorporando conceitos que funcionam como fiel da balança entre a legalidade e ilegalidade das condutas.

A visão global do direito coletivo ao patrimônio cultural ganha ainda mais relevância quando a análise do estudioso se direciona aos problemas cotidianos enfrentados pelos bens culturais. Seja pela insuficiente legislação, de âmbito federal, estadual e, em especial, municipal, seja pela má vontade dos administradores públicos, o acervo dos bens culturais, materiais e imateriais, vem sofrendo perdas irreparáveis. A omissão do poder público se torna relevante à medida em que o patrimônio não vive de si mesmo, mas necessita de constantes intervenções a fim de garantir sua preservação e utilidade.

O incêndio do Museu Nacional na cidade do Rio de Janeiro, ocorrido no mês de setembro do ano de 2018, tem como consequência a perda de mais de vinte milhões de itens recolhidos ao longo do todo o processo histórico brasileiro. O evento danoso evidencia omissão do poder público e o distanciamento da sociedade civil em compreender o impacto de todo o ocorrido no contexto da memória histórica. Além

das perdas materiais, perdeu-se, também, significativo patrimônio imaterial, formado por tradições culturais que foram construídas a partir de objetos que estavam depositados no respectivo museu.

Os desafios quanto à preservação do patrimônio cultural são de ordem jurídica e também econômica. As leis do mercado determinam que sendo o gasto com a preservação elevado, o “lucro” deve ser com ele equivalente. Assim, a pressão financeira exercida pela especulação imobiliária se torna um grande entrave à adoção de políticas preservacionistas e, por este motivo, outros caminhos devem ser abertos no que tange, por exemplo, à preservação de imóveis e móveis tombados. Nesse sentido,

Na hora da implantação de Planos Diretores aqui no Brasil, não é possível o estabelecimento de procedimentos padronizados, porque as condições socioeconômicas nunca se repetem igualmente dentro da indigência de recursos de sempre. Em primeiro lugar, a recuperação ou a conservação desses centros históricos custam muito dinheiro, não só aquele destinado às intervenções em prédio por prédio mas também o que deve ser atribuído aos demais serviços, que vão desde os inquéritos preliminares, em que tanto devem ser ouvidos os moradores dos imóveis selecionados como a população envoltória que de um modo ou de outro também é partícipe do evento, até a implantação das instalações básicas das redes de águas pluviais, água potável, esgotos, telefone, eletricidade e de iluminação pública, além do calçamento, tudo isso de acordo com as conveniências do projeto (LEMOS, 1981, p. 99).

Vale dizer que, qualquer que seja a ação direcionada ao patrimônio histórico e cultural, seja ela tomada no âmbito político, administrativo, legislativo ou judicial, há que se ter em mente os princípios atinentes à matéria, que funcionarão como norteadores das condutas em prol da preservação ou de imposição de limites quaisquer que sejam. Assim, princípios derivados do direito ambiental como da prevenção, do poluidor-pagador, da função social da propriedade, da equidade ou solidariedade geracional, merecem pronta aplicação na temática. Além de outros princípios específicos da tutela do patrimônio cultural como: princípio da preservação do sítio e seu entorno, princípio do uso compatível com a natureza do bem, princípio

pro-monumento, princípio da valorização sustentável e princípio da participação da população (MARCHESAN, 2006, p.109-196).

E, ainda, em que pese sem desejar ingressar pelo viés urbanístico, considera-se digna e relevante a contribuição do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, que regulamentou instrumentos direcionados à gestão adequada da cidade e aptos à preservação do patrimônio cultural (BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001). Tal legislação trouxe proposições que visam compatibilizar sustentabilidade com desenvolvimento econômico, preservação do patrimônio e memória histórico-cultural, além da indispensabilidade da participação dialógica do Estado e da sociedade civil na efetivação do objetivo voltado à proteção integral do direito fundamental e metaindividual ao patrimônio cultural (material e imaterial).

O futuro do patrimônio histórico e cultural está, em suma, a depender de uma política integral voltada à sua preservação, por meio da implementação de instrumentos jurídicos adequados e pelo estabelecimento de planos de atuação e de metas no âmbito da política das cidades. A cidade histórica de Ouro Preto, localizada no Estado de Minas Gerais e considerada patrimônio da humanidade, é um exemplo prático que evidencia a indispensabilidade de uma política pública que estabeleça planejamento e execução de propostas de manutenção e prevenção de danos ao patrimônio cultural material. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) é o órgão responsável por realizar essa política pública, visando a preservação da memória materializada nas igrejas, ladeiras e demais monumentos que expressam com clareza e objetividade parte da história do Brasil. Dessa forma, prioriza-se a proteção jurídica do patrimônio histórico-cultural, considerado um direito fundamental de natureza transindividual, corolário do exercício efetivo da cidadania coletiva, que se materializa a partir da memória do povo que participou e ainda continua participando do processo histórico brasileiro.

## **5 CONCLUSÃO**

O patrimônio histórico-cultural é jurídico-constitucionalmente considerado um direito fundamental de dimensão coletiva, ressaltando-se que os fundamentos utilizados para tal afirmação decorrem da interpretação extensivo-sistemática do texto da constituição brasileira vigente, legislação infraconstitucional, convenções e tratados internacionais que regulam especificamente o tema proposto.

Por meio de um estudo bibliográfico-documental dos direitos fundamentais, foi possível demonstrar que tais direitos constituem o sustentáculo e a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade precípua é a garantia da participação popular na tomada de decisões estatais, além da ampla e integral proteção jurídica dos direitos de cunho individual e coletivo.

Nesse cenário, a memória coletiva é vista como um desdobramento da interpretação ampla e sistemática do direito fundamental ao patrimônio histórico-cultural. Preservar a memória coletiva é manter viva a história de um povo, é permitir que os cidadãos compreendam fatos pretéritos com o condão de ler, compreender e enxergar criticamente os fatos presentes. Trata-se de um meio de preservar tradições, proteger patrimônio material e imaterial e exigir do Estado, da sociedade e das demais instituições públicas e privadas posturas no sentido de assumir o dever de implementar políticas públicas voltadas à proteção da memória viva do povo a partir da preservação da história.

O exercício da cidadania na perspectiva democrática passa diretamente pelo direito de participação conferido às pessoas de adotarem uma postura ativa e exigir das instituições a preservação da memória coletiva como meio de manutenção das tradições e história da sociedade brasileira. No Brasil, é possível ressaltar alguns exemplos de políticas públicas de preservação do patrimônio cultural e memória histórica, como é o caso da cidade de Ouro Preto, localizada no Estado

de Minas Gerais e considerada patrimônio da humanidade, objeto de preservação diretamente conduzida pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Em contrapartida, o recente incêndio do Museu Nacional evidencia a omissão estatal no que tange à prevenção de significativo dano causado à memória e ao patrimônio cultural material brasileiro.

Iniciou-se o presente artigo com o objetivo de pensar o patrimônio cultural sob a ótica dos direitos fundamentais. Não que tal perspectiva se apresentasse como uma novidade no mundo jurídico, mas devido à ausência de atenção comumente destinada à temática.

Num país em que saúde, segurança e educação ainda parecem uma utopia, permanecendo como direitos presentes apenas no texto frio da lei, quase como uma materialização do pensamento de Lassalle (1985, p. 49), de uma Constituição que não passa de uma folha de papel, falar de proteção ao patrimônio cultural pode parecer um assunto de segunda importância.

Entretanto, ao se dedicar um pouco mais de tempo à questão, investigar as razões que demandaram o arcabouço normativo correspondente, perceber que toda sociedade, por mais primitiva que possa parecer, possui seus instrumentos culturais, conclui-se que a palavra desenvolvimento, por todos buscada, pressupõe caminhada, e, assim, reconhece-se o caminho já percorrido, pois o resultado é a inequívoca certeza de que o patrimônio cultural é a base de qualquer sociedade e, simplesmente, por isso, merece proteção.

Ao longo desse artigo, ficou bastante claro que a proteção jurídica evoluiu ao longo dos anos de forma que, na atualidade, o patrimônio cultural possui proteção constitucional, com conceituação, delimitação e instrumentos protetivos previstos. O regramento pátrio, com o apoio das convenções internacionais também dele integrantes, não deixa margem a ilações a respeito da obrigação protetiva estatal.

Contudo, mais do que isso se espera que a proteção jurídica possa fomentar a criação de políticas estatais e possibilitar ao titular do direito, o povo, conhecer seu verdadeiro patrimônio cultural e, a partir dele, programar os próximos passos da caminhada. O

sentimento de povo só pode ocorrer quando se tem uma memória coletiva e, esta, ser sustentada a partir da preservação de substratos materiais da história construída pela sociedade brasileira. Nesse sentido, é relevante o estreitamento do diálogo que deve ser construído e aprimorado entre sociedade civil, Estado e demais instituições, de modo a viabilizar a construção do sentimento de pertencimento coletivo para, assim, tornar tais políticas públicas mais efetivas no que tange à proteção do patrimônio cultural e memória coletiva.

Data de Submissão: 03/06/2018

Data de Aprovação: 27/09/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Assistente Editorial: Ílina Cordeiro M. Pontes

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, C. A.; FERNANDES, M. S.; GOLDIM, J. R. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. In: *Revista HCPA/Hospital de Clínica de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSQUIATRIA. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM 5. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento. 5 ed. Porto Alegre: *Artmed*, 2014.

BRASIL. *Código 3 em 1: Penal, Processo Penal e Constituição Federal*: obra coletiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cespedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo Saraiva, 2015a.

BRASIL. *Código Civil*: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Senado Federal. *Estatuto da pessoa com deficiência*: lei

brasileira de inclusão n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015b.

CAMPBELL LA, KISELY SR. Advance treatment directives for people with severe mental illness. *Cochrane Database Syst Rev.* v.21, 2009.

CARDOSO, L. et al. Grau de adesão e conhecimento sobre tratamento psicofarmacológico entre pacientes egressos de internação psiquiátrica. In: *Revista Latino-Americana Enfermagem*, v. 19, n. 5, 9 telas, set./out. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n5/pt\\_12.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n5/pt_12.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução n. 1.931/2009. In: FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.805/2006*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111\\_2007.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm)>. Acesso em: 06 jul. 2015.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 6 jul. 2015.

CNBSF – Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. *Testamento vital permite ao paciente decidir que tratamento médico terá*. 30 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cnbsf.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTEyMDM=&filtro=>>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CORREGEDORIA GERAL de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Provimento 260/CGJ/2013*. Publicação em 30 out. 2013. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpro2602013.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

DIAS, E.R.; SILVA JUNIOR, G.B. Autonomia das pessoas com transtorno mental, diretivas antecipadas psiquiátricas e contrato de Ulisses. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 519-545, 2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999*. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70042509562/2011*. Associação dos funcionários públicos do ERGS – AFPERGS, apelante, e Gilberto Oliveira Freitas e Guilherme da Silva Benites, apelados. 01 jun. 2011. Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa (Presidente e Relator).

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70054988266 (n. CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000)*. Ministério Público, apelante, e João Carlos Ferreira, apelado. 20 nov. 2013. Desembargador Irineu Mariani (Relator).

GAUW, J.H.; ALBUQUERQUE, A.L.A.; LINS, I.K.F.G.; CHAVES, J.H.B. Diretivas antecipadas de vontade: a necessidade de um maior conhecimento desde a graduação. *Revista Científica da FMC*, Campos, v.12, n.1, 2017.

GOUVEIA, L.R. Diretivas antecipadas de vontade – testamento vital: aplicação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n.2, p. 149-208, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO de Direito de Família. *Após regulamentação cresce 690% o número de testamentos vitais no Brasil*. Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. 11 ago. 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Ap%C3%B3s+regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C+cresce+690%25++o+n%C3%BAmero+de+testamentos+vitais+lavrados+no+Brasil>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MAÎTRE E , DEBIEN C, NICAISE P, WYNGAERDEN F, Le GALUDEC M, GENEST P, DUCROCQ F, DELAMIL-LIEURE P, LAVOISY B, WALTER M, DUBOIS V, VAIVA G. Advanced directives in psychiatry: a review of the qualitative literature, a state-of-the-art and view-points. *L'Encéphale*, v. 39, n.4, p. 244-251, 2013.

MANSUR, A.; MARQUES, F. Carcinomatose meníngea: caso Mário Covas. *Revista Época*, 15 abr. 2011. Disponível em: <<http://carcinomatosemeningeas.blogspot.com.br/2011/04/caso-mario-covas.html>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MILLER, B. Autonomy. In: POST, S. *Encyclopedia of Bioethics*. 3. ed. New York: Macmillan, 2004. p. 246-251.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Ação Civil Pública n. 0001103986.2013.4.01.3500*. Brasília, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.prgo.mpf.gov.br/images/stories/ascom/ACP-CFM-ortotanásia.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

MUSTAFA, A. *Enfim, descanse em paz*. CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 6 dez. 2010, Diário de São Paulo. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm\\_midi](http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm_midi)>

a&id=589>. Acesso em: 12 abr. 2016.

PITTELLI, S. D. Resolução CFM n. 1995/2012: diretivas antecipadas. *Revista Visão Médica*, Hospital Alemão Oswaldo Cruz, ed. 14, p. 1-36, jan./fev./mar. 2013.

PITTELLI, S. D.; OLIVEIRA, R. A. de. Eutanásia e sua relação com casos terminais, doenças incuráveis, estados neurovegetativos, estados sequelares graves ou de sofrimento intenso e irreversível e morte encefálica. *Revista Saúde, Ética & Justiça*, v. 14, n. 1, p. 32-39, 2009.

REVISTA ANOREG/SP. *Cartório hoje: serviços de cartório na internet*, n. 3, p. 24-29, dez. 2012.

SERRANO, S. C. Pesquisa em cuidados paliativos. *Revista Brasileira em Cuidados Paliativos*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 7-8, 2012.

SWANSON, J. et al. Superseding psychiatric advance directives: ethical and legal considerations. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 34, n. 3, p. 385-394, 2006.

V JORNADA DE DIREITO CIVIL. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.). Brasília: CJP, 2012.

XEREZ, R.M.; PINTO, H.C. A (in)dignidade nos direitos à vida e à morte em casos de doenças terminais ou pacientes em coma a partir do filme “Bella Addormentata”. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v.17, n.36, p. 1-26, 2018.

**Historical-cultural heritage as Fundamental Right of preservation of collective memory**

Fabricio Veiga Costa

Stella de Oliveira Saraiva

**Abstract:** The objective of the research was to investigate the historical and cultural heritage as a fundamental right to preserve collective memory, legal protection guaranteed by the Constitution of the Republic of 1988, infraconstitutional legislation and international conventions to which Brazil is a signatory. Starting the analysis of the thematic from the premise that the recognition and the realization of the fundamental rights constitute the base of the Democratic State of Right, the search for the reasons of protection of the cultural patrimony and, in this point, of the collective memory, that is the foundation of society. The choice of theme is justified by its practical, theoretical and current relevance, as well as the importance of academic debate as a way to stimulate the exercise of citizenship through popular participation in the decision-making of the State. As a result of a bibliographical and documentary research, which chose the method of deductive study, this article sought to demonstrate that cultural heritage, as a right with collective vocation *lato sensu*, has the ability to inhabit the most diverse branches of law, requiring a transdisciplinary care always taken for the benefit of the community.

**Keywords:** Cultural heritage. Collective memory. Collective fundamental right. Citizenship.

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

**Walkiria Martinez Heinrich Ferrer**

Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Doutora em Educação pela UNESP/Marília. E-mail: walkiriamf@terra.com.br

**Everton Neves dos Santos**

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Educação, UFMT. Professor e Coordenador dos Cursos Jurídicos da FAMMA/UNEMAT. E-mail: advogado.everton.neves@unemat.br

**Resumo:** Neste artigo discute-se o tema do direito humano ao desenvolvimento dos povos indígenas, com o objetivo de destacar que, apesar de algumas conquistas no âmbito legal, na prática, os direitos humanos ao desenvolvimento dos povos indígenas ainda não foram devidamente garantidos. Por meio do método dedutivo, desenvolveu-se um estudo descritivo-analítico, aplicando análise documental baseada em fontes bibliográficas na perspectiva do desenvolvimento como direito humano. Para atingir ao objetivo proposto foram apresentadas, inicialmente, as diferenças básicas entre conceitos e perspectivas do sistema capitalista, em especial para os povos indígenas no que diz respeito ao desenvolvimento e ao papel e função da terra. Da mesma forma, apresenta-se as diferenças fundamentais entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como e por que o conceito de desenvolvimento deixa de ser entendido apenas por seu viés econômico e passa a incluir outros aspectos de naturezas política, social, cultural, ambiental. A análise em questão versa sobre os desafios que os povos indígenas enfrentam na atualidade para garantirem que seu direito ao desenvolvimento seja assegurado, não só no âmbito do discurso, mas na prática.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento. Direito humano. Povos Indígenas.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas**

**Walkiria Martinez Heinrich Ferrer**

**Everton Neves dos Santos**

### **1 INTRODUÇÃO**

Os povos indígenas protagonizam disputas na luta por direitos que garantam o respeito à dignidade e o respeito à pluralidade étnica e cultural, pois a história demonstra que em meio aos interesses econômicos o Estado não conseguiu ser garantidor de direitos mínimos a esta parcela da população mundial que muitas vezes luta apenas para ter um espaço para garantir a existência de seu povo, dos seus modos de viver e estar no mundo.

Trata-se de uma informação fundamental quando se pretende discutir o tema do direito humano ao desenvolvimento dos povos indígenas, na medida em que aponta para as diferenças fundamentais do valor e do sentido que a propriedade da terra e o trabalho têm para os indígenas e não indígenas e, conseqüentemente, o significado de desenvolvimento para ambos.

Nesta perspectiva, ao se falarem direito humano ao desenvolvimento dos povos indígenas não devemos pensar em acumulação de capital, em lucro e poder, uma vez que para os

indígenas tais ações não têm sentido algum.

A lógica indigenista é outra completamente diferente e precisa ser respeitada, afinal, quem deu o direito àqueles que aqui chegaram de impor suas próprias regras a um povo que vivia nestas terras tranquilamente e em paz com a natureza? Em nome do que justificaram e ainda justificam tomarem suas terras e limitarem seus direitos à liberdade e à cidadania? O que representa, em pleno século XXI, defender o direito humano ao desenvolvimento dos povos indígenas?

Para atingir ao objetivo proposto foram apresentadas, inicialmente, as diferenças básicas entre conceitos e perspectivas do sistema capitalista, em especial para os povos indígenas no que diz respeito ao desenvolvimento e ao papel e função da terra. Da mesma forma, apresenta-se as diferenças fundamentais entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como e por que o conceito de desenvolvimento deixa de ser entendido apenas por seu viés econômico e passa a incluir outros aspectos de naturezas política, social, cultural, ambiental. A análise em questão versa sobre os desafios que os povos indígenas enfrentam na atualidade para garantirem que seu direito ao desenvolvimento seja assegurado, não só no âmbito do discurso, mas na prática.

Estas são as principais questões presentes neste artigo, desenvolvido por meio do método dedutivo de abordagem, bem como da pesquisa bibliográfica e documental.

## **2 DESENVOLVIMENTOS: CONTORNOS TEÓRICOS E SIGNIFICAÇÕES PARA OS POVOS INDÍGENAS**

O conceito de desenvolvimento deve ser contextualizado, conforme subsídios teóricos encampados por Luiz Carlos Bresser

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

Pereira, no qual o "desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo". (PEREIRA, 1983, p. 15).

A compreensão do conceito “desenvolvimento” produz ruídos e variadas vertentes teóricas, pois é uma categoria plural em seus significados, com conceito amplo e vago. Expressões como “desenvolvimento sustentável”, “desenvolvimento regional”, “desenvolvimento nacional”, “desenvolvimento humano”, “desenvolvimento econômico”, dentre outros, permitem exemplificar como as nuances são distintas e contraditórias, fragmentando integração conceitual.

Na República Federativa do Brasil, com assento constitucional, o tema Desenvolvimento ganha força em todo ordenamento jurídico, já que é um objetivo a ser alcançado: “[...] ideia do desenvolvimento está no centro da visão do mundo que prevalece em nossa época” (FURTADO, 2000, p. 7).

Conforme variabilidade teórica, refletindo sobre os escritos de Rister (2007, p. 03) pode-se entender que o desenvolvimento é diferente de mero crescimento econômico. Àquele implica em uma interdependência das esferas econômica, humana, social e política, sendo necessárias transformações que oportunizem a manutenção sustentável. Por isto seria redundante falar em desenvolvimento sustentável, pois este é um pressuposto para o desenvolvimento, assim como o crescimento econômico. Asseveram, ainda, que crescimento econômico seria um surto, enquanto o desenvolvimento é algo sólido, construído, duradouro.

O crescimento sob o enfoque econômico deve respeitar os direitos fundamentais, sociais, econômicos e os demais, inseridos no texto constitucional. Deve respeitar a dignidade da pessoa humana, todos os fundamentos e objetivos da Constituição Federal de 1988, com planejamento, responsabilidade, por meio de políticas públicas. Não é à toa que afirmam que o desenvolvimento é um direito fundamental, por tal clausula pétrea, até pela participação do Brasil na

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

“Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU”, conforme Oliveira. (OLIVEIRA, 2005).

Seja pelos vieses das correntes neoliberais, em que o desenvolvimento é entendido pelas construções teóricas do binômio liberdade – igualdade de oportunidades, ou pela acepção social em que o desenvolvimento é entendido pelas chaves liberdade- igualdade de condições, o certo é que reconhecem a intervenção do Estado, já que este é o maior propulsor do desenvolvimento da pessoa humana, do bem-estar social, das instituições e de todo o entorno.

O desenvolvimento pela liberdade é construído pela participação subsidiária do Estado, conforme Amartya Sen, está ligado à liberdade real, já que para tal é imprescindível a interatividade entre os contextos sociais, econômicos, políticos, as instituições e seus agentes. Não é um conceito quantitativo:

[...] o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um *meio* de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). De forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida (SEN, 2000, p. 17).

Por outro lado, o desenvolvimento pela igualdade defende uma atuação estatal maximizada pela igualdade de condições. É neste ponto que há críticas à Sen, pois muito mais do que a liberdade, o desenvolvimento precisa ser entendido com matizes que afetam a igualdade material, em que o Estado, muito além da “igualdade de oportunidades”, tem papel decisivo em reduzir as desigualdades,

ofertando “igualdade de condições”. (GABARDO, 2000).

Como assevera o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, o Estado deve ser voltado ao atendimento e a efetivação dos objetivos fundamentais, de modo que o desenvolvimento nacional é o primordial, pois não há que se falar em estado soberano e desenvolvido se não há uma sociedade livre, justa e igualitária. Sob este mesmo espectro, para, ainda, falar em desenvolvimento deve-se planejar a erradicação da pobreza, a redução de desigualdades e a promoção de bem-estar sem discriminação. O desenvolvimento pode ser entendido como um princípio da ordem econômica para adimplir os compromissos do Estado Democrático de Direito. (GRAU, 2002, p. 259).

Celso Monteiro Furtado, ao longo do século XX, defendia que a economia latino-americana era influenciada pela “teoria estruturalista da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL), com seus princípios de organização do setor público e das empresas para o desenvolvimento espacial” (FURTADO, 1964 *apud* PRADO, 2011, p. 210). O que significa uma preocupação primordial com a industrialização como critério fundamental do desenvolvimento regido pelo livre jogo de acordo do mercado: *laissez faire, laissez aller, laissez passere*, conseqüentemente, a intervenção mínima.

O “*modus vivendi* dos povos indígenas” (PRADO, 2011, p. 211), por sua vez, é completamente oposto: vivem uma relação intensa com o meio natural e estão “[...] interessadas em atingir não o desenvolvimento puro e simples, baseado no crescimento econômico, mas sim a sua permanência em harmonia como meio ambiente por meio de uma estabilidade dinâmica regida pela sua própria racionalidade”. (PRADO, 2011, p.219).

Para os povos indígenas, desenvolvimento está mais diretamente relacionado ao *ser* do que ao *ter*; a respeitar e preservar o meio ambiente e, sobretudo, ao atendimento das necessidades das gerações atuais e futuras, do que a explorá-lo com fins lucrativos. Tal perspectiva de desenvolvimento sustentável que, para os povos indígenas é inerente à sua cultura, devido à crise existencial europeia

do Pós-Guerra também passa a ser incorporada internacionalmente, ao menos em tese, por visões progressistas de desenvolvimento em torno de justiça social, distribuição de renda, capacidades tecnológicas e maior emprego, sobretudo, a partir da publicação do Relatório Brundtland (ONU, 1987).

Nesta seara, convém explicitar que no início da década de 1980, a ONU retomou o debate das questões ambientais. A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada em 1983, tendo como objetivo promover audiências em todo o mundo e produzir um resultado formal das discussões. O documento final desses estudos chamou-se Nosso Futuro Comum (*Our Common Future*) ou Relatório Brundtland (...) parte de uma série de iniciativas, anteriores à Agenda 21, as quais reafirmam uma visão crítica do modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e reproduzido pelas nações em desenvolvimento, e que ressaltam os riscos do uso excessivo dos recursos naturais sem considerar a capacidade de suporte dos ecossistemas. Entendendo o conceito de Desenvolvimento Sustentável como aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1988, p. 46).

Uma verdadeira inversão da lógica capitalista de desenvolvimento que agrega novos elementos como cooperação internacional, formação dos Estados nacionais contemporâneos e de afirmação de grupos étnicos e vai ao encontro das novas tendências nacionais e internacionais de que o desenvolvimento deve ser considerado em todos os seus aspectos: econômicos, culturais, jurídicos políticos, sociais, ideológicas e, sobretudo, ecológicos.

Como é sabido os povos indígenas tem sua cultura uma relação com a terra diferente, na medida em que a terra faz parte da história e sim é a própria história de cada povo, é algo sagrado, inerente ao seu próprio ser. Tal implicação faz com que tais espaços sejam muito melhores preservados, diferenciando da relação que os não-indígenas tem com a terra, entendida como propriedade, moeda de troca.

Diante de tais considerações, o próximo item traz reflexões sobre este embate: como os povos indígenas convivem entre os duais institutos: função social da terra o capitalismo?

### **3 POVOS INDÍGENAS: FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA E O CAPITALISMO**

Os povos indígenas na história e, também, na atualidade são sujeitos que protagonizam intensas disputas das mais variadas vertentes, em busca de sobrevivência, respeito à dignidade e às diferenças das vidas.

Sob este prisma, os povos indígenas sofrem com o Estado que ainda carrega um caráter assimilacionista em suas relações, fragmentando o respeito à pluralidade étnica e cultural. Tal relação pode ser entendida como um produto histórico, já que “[...] encontram-se hoje onde a predação e a espoliação permitiu que ficassem” (CUNHA, 994, p. 125). Expropriando os povos indígenas de suas terras em nome dos interesses econômicos e do mercado que o Estado brasileiro se fez.

A ocupação das terras pelos povos indígenas se dá em tempos imemoriais e, em razão disso, é anterior ao texto constitucional que se torna o marco maior da regulamentação das terras indígenas. Nesse sentido, a proteção não deve se dar em caráter transitório, conforme destacado pela Carta Régia, de 30 de julho de 1611, na qual Felipe III ratifica que:

[...] os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são das serras, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma, nem poderão ser mudados contra a suas vontades das capitâneas e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer.

É nesse momento que temos um marco temporal para o reconhecimento jurídico das terras como propriedade indígena,

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

mesmo que as terras para os povos indígenas representem muito mais do que apenas uma propriedade. Para esses sujeitos de direitos, a terra passa pelo caráter identitário, cultural e tradicional.

A terra não seria apenas uma propriedade da qual dependem para sua reprodução social. Para eles, a terra possui, antes de tudo, um caráter de identidade, ligando esses sujeitos à cultura que herdaram de seus antepassados. A terra, para além do meio ambiente, estabelece a esse povo um referencial de pertencimento<sup>14</sup>.

Segundo o Censo de 2010, realizado pelo IBGE (IBGE, 2010), a população indígena no Brasil era de 896,9 mil, sendo, 36,2% em área urbana e 63,8% na área rural. Também foram identificadas 505 terras indígenas, cujo processo de identificação teve a parceria da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) no aperfeiçoamento da cartografia. Essas terras representam 12,5% do território brasileiro, incluindo 305 etnias que falavam 274 idiomas.

Mas, um dado importante apontado pelo Censo de 2010, é que 52,9% dos indígenas não tinham qualquer tipo de rendimento, proporção ainda maior nas áreas rurais (65,7%) e mais, que muitos trabalhos são feitos coletivamente e que lazer e trabalho não são facilmente separáveis, sendo que a relação com a terra tem enorme significado, sem a noção de propriedade privada

Nessa perspectiva, resguardar o direito dos povos indígenas de possuírem um território é garantir-lhes a preservação de sua cultura, subsistência, identidade e, dessa forma, assegurar a continuidade da existência desses povos. Villares corrobora com tal pensamento ao afirmar que:

Terra, para o índio, tem um valor superior ao da simples propriedade individual. Ela é a base

---

<sup>14</sup> O conceito de território é entendido neste trabalho como o proposto por Santos. Segundo Milton Santos: [...] a geograficidade se impõe como condição histórica, na medida em que nada considerado essencial hoje se faz no mundo que não seja a partir do conhecimento do que é Território. O Território é o lugar em que desembocam todas as ações, todas as paixões, todos os poderes, todas as forças, todas as fraquezas, isto é onde a história do homem plenamente se realiza a partir das manifestações da sua existência. (SANTOS, 2002, p. 09)

material da vida indígena, sua morada, local onde são desenvolvidas suas relações familiares, do qual retira seu alimento e os recursos para construir suas casas e desenvolver suas técnicas e artefatos, em que propaga sua religiosidade e cultura. (VILLARES, 2009, p. 113)

Sendo assim, podemos afirmar que o direito dos povos indígenas sobre suas terras é um direito de domínio primário e conatural. Portanto, trata-se de um direito anterior a qualquer outra ocupação posterior e oponível a sistemas de ocupação.

Em artigo publicado em 2016, o repórter relatou visita feita a uma tribo dos índios bororos durante um funeral, um dos mais complexos do mundo. Diz o relator: “O funeral leva meses e envolve toda a aldeia, com pinturas, músicas, danças e rezas” (SUPERINTERESSANTE, 2016, p.1). Nesta oportunidade, o relator também conseguiu informações específicas do significado da terra para os povos bororos como um elemento central da religião e da identidade cultural deles. “É o lugar onde descansam os espíritos de nossos ancestrais”, diz o Yawanawa Joaquim Tashka, que vive no interior do Acre. (SUPERINTERESSANTE, 2016, p.1).

O mesmo ocorre com o povo guarani, como afirma o antropólogo Rubem Almeida, que estuda esse povo há décadas, citado pelo Redator da Superinteressante:

Todos os índios querem voltar no teko há (local sagrado) onde nasceu. ‘Os antepassados querem que a gente vá pra [sic] lá, andar em cima da nossa aldeia’, explica o cacique guarani Elpidio Pires. ‘Os guarani têm a concepção de que são a primeira semente plantada na terra’ [...]. É como com as plantas. Se uma planta nasce em certo lugar, é dali’. Os guarani entendem que pertencem a uma determinada terra—e não que a terra pertence a eles. (SUPERINTERESSANTE, 2016, p.2).

Ou seja, a terra para os índios está diretamente relacionada ao seu valor enquanto meio do beneficiado. Desde 1850, pela Lei das Terras no Brasil (BRASIL, LEI Nº 601, 1850), que tornou as terras brasileiras um bem comercial (fonte de lucro) tirando delas o caráter de status social, legalizou a manutenção da concentração de terras no Brasil e regulamentou a propriedade privada, principalmente na área

agrícola.

Sob este prisma, é importante compreender que quando o homem se torna um ser social, começa a entender que ele é integrante da natureza: “O homem, no entanto, não é apenas ser natural, mas ser natural humano, isto é, um ser que é para si próprio e, por isso, ser genérico [...]”. (MARX, 1974, p.47). A reflexão é importante na pós-modernidade, na medida em que o indivíduo não pode ser entendido de forma isolada, mas enquanto coletividade, como um corpo social, o resultado de toda historicidade:

[...] O trabalhador já não introduz a coisa natural modificada, como elo intermediário, entre o objeto e ele mesmo, mas insere o processo natural, transformado em processo industrial, como meio entre si mesmo e a natureza inorgânica, à qual domina. Apresenta-se ao lado do processo de produção, em vez de ser seu agente principal. Nessa transformação, o que aparece como pilar fundamental da produção e da riqueza não são nem o trabalho imediato executado pelo homem nem o tempo que este trabalha, mas sim sua força produtiva geral, sua compreensão da natureza e seu domínio sobre ela graças à sua existência como corpo social; em uma palavra, o desenvolvimento do indivíduo social. (MARX apud ROSDOLSKY, 2001, p.354).

Os povos indígenas em meio aos processos capitalistas e todo o itinerário histórico experienciados viram, sentiram e sofreram (e sofrem) as consequências da generalização abstrata de seus modos de vida, de estar e relacionar com o mundo. Bom exemplo é a terra, a relação de propriedade capitalista, que estariam relacionadas às categorias de valor de troca e valor de uso teorizadas por Marx: [...] O trabalho que se apresenta no valor de troca é pressuposto como trabalho do indivíduo particularizado e se torna social assumindo a forma do seu oposto direto: a forma da generalidade abstrata. (MARX, 1974, p.146)

O conceito de valor de uso advém das qualidades materiais, manifestando-se no seu uso, sua existência. Assim, não é expressão de uma relação social, propriamente dita: “Ainda que o valor de uso seja objeto de necessidades sociais e se articule, por conseguinte, à sociedade, não expressa, todavia, uma relação de produção social.” (MARX, 2008, p.50).

Noutro giro, o valor de troca é significado como modo de produção social, isto é trabalho humano indiferenciado passível de venda, possuidor de valor, [...] o trabalho, tal como se manifesta nos valores de troca, é trabalho humano geral. Essa abstração de trabalho humano geral existe no trabalho médio que cada indivíduo médio de uma sociedade dada pode realizar: um gasto produtivo determinado de músculos, nervos, cérebro humano etc”. (MARX, 2008, p.54)

Neste contexto, riquezas minerais como o ouro, minérios e outras pedras preciosas que, para os índios, devem permanecer na terra porque a ela pertencem, para os europeus exploradores eram fontes de riqueza, de acumulação de capital. Assim nunca se importaram com os danos causados ao território ou à sua gente. O lema das metrópoles em todas as suas colônias, e em particular na América Latina, sempre foi explorar, explorar e explorar.

Posteriormente, com o advento do modo de produção capitalista como forma principal de organizar a produção acirrou ainda mais a ideia da terra como propriedade privada e como mercadoria.

A terra sempre foi para todos os povos a fonte da vida, seja para colher os alimentos e demais necessidades, seja para produzir cada objeto, bem, coisa que tenha valor para a vida diária da comunidade humana. O capitalismo transformou estas coisas em simples mercadorias. As consequências disto nós estamos vivendo no século XXI com o consumismo, o extraordinário volume de lixo produzido, o desperdício, a acumulação desenfreada, etc. Mas, mais grave foi esse conceito de bem-mercadoria-capital ter atingido a terra propriamente dita, quer dizer, a terra deixou de ser vista como a fornecedora da utilidade da vida para ser também uma mercadoria que se compra, vende e acumula como um pedaço de ouro ou um colar de pérolas. Passou a ser capital [...] (SOUZA FILHO, 2015, p.58).

O avanço das tecnologias e a consolidação de seu poder político em nada contribuíram para melhorar as relações do “homem branco” com a terra, muito pelo contrário, o que ocorreu foi a instauração de um novo modelo neo extrativista de acumulação e, conseqüentemente, a criação de novas formas à opressão e exploração. Entre elas, a mineração, uma atividade antiga, mas que assume contornos mais agressivos com as novas tecnologias e assume lugar de destaque, uma

vez que minérios são recursos naturais não renováveis e insumos essenciais para a produção industrial em larga escala. Ocorre que as atividades de extração de minérios podem gerar (e geram) poluição das águas e do ar, além da contaminação do solo e degradação de muitas áreas. Daí a necessidade de legislação própria quanto à construção de barragens e, sobretudo, das responsabilidades em caso de desabamentos, como ocorreu em Mariana.

No entanto, as grandes empresas de mineração não se interessam em investir em segurança e prevenção de impactos ambientais, para elas são despesas desnecessárias e contam com as falhas da legislação e a omissão do judiciário que as protegem.

Em consequência, além da exploração da terra e dos pequenos agricultores, incluindo aí, os povos indígenas, porque não respeitam as demarcações já realizadas e impedem as em andamento, capitalistas latifundiários e comerciantes contribuem para que o desastre ambiental assuma proporções planetárias.

Neste contexto, é preciso tecer algumas considerações sobre o que Negri ensina sobre o termo biocapitalismo que tem relação fulcral com a exploração capitalista e o desastre ambiental comentados no parágrafo anterior, já que “O mundo do trabalho explora [o homem] enquanto bios, isto é, já não só como força de trabalho, e sim como força viva, não só como máquina de produção e sim como corpo comum da sociedade” (NEGRI, 2015, p 61). Assim, o mundo do trabalho que explora vidas dos mais variados modos:

Depois, uma transformação fundamental, uma metamorfose nos modos de produção da época pós-industrial, pós-fabril, é a que nos mostra a emergência de processos de valorização cooperativos de exploração cognitiva, em suma, a passagem do trabalho material para o trabalho imaterial. Claro que com isto não quero dizer que haja desaparecido o trabalho material, ao contrário, o trabalho pesado, duro, está terrivelmente presente, presente demais. Estou dizendo simplesmente que o trabalho material é cada vez mais modelado por técnicas científicas e modificações tecnológicas que comportam a transformação da força de trabalho, que se torna cada vez mais força de trabalho intelectual, enquanto a informação recolhe a mais-valia social de uma sociedade subsumida. (NEGRI, 2015,p.61-62)

É o capital e o mercado trabalhando para os interesses privados,

## **Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas**

ditos individuais, em uma soberania econômica em que “comandar através do dinheiro, foi globalizada” (NEGRI, 2015, p.68-69).

Os conflitos indígenas são exemplos da relação central que a terra tem como bem necessário ao capitalismo atual, de modo que ocupa florestas e invade a vida de outros homens, transformando-os em elementos de valor (NEGRI, 2013).

Assim, acirram-se os conflitos e os focos de resistência pela implementação de políticas públicas e para novas possibilidades históricas, inclusive tomando como referência as estratégias econômicas de sobrevivência adotadas pelos povos indígenas relacionadas à sustentabilidade ambiental e à dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, o resgate do bem viver, da não mercantilização da natureza, a ressignificação do pensar biocêntrico em que se deve orientar os verdadeiros desenvolvimentos das nações em suas diversidades e diferenças e na mobilização de direitos que não sejam significantes vazios, mas que deem concretude, criem lastros e seja encontrado na rua, em todos lugares, casas e povos. Assim, é importante garantir os Direitos Humanos e Fundamentais em respeito à dignidade dos povos indígenas, nos sentidos multicultural, pluriétnico e para o desenvolvimento da vida. Mas, o que vêm a ser Direitos Humanos e Direitos Fundamentais? Em que medida pode-se considerar o Desenvolvimento como Direito Humano? É o que tratar-se-á nas próximas linhas.

### **4 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ao se falar em direitos humanos e direitos fundamentais é comum que haja certa confusão, pois, na prática isso ocorre amiúde. Primeiro porque os traços que os diferenciam são tênues, ou seja, estão ligadas às fontes das quais estes direitos brotam: enquanto os direitos

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

fundamentais são positivados por uma Constituição Federal de um dado Estado, os direitos humanos “representam todos aqueles direitos inerentes à existência humana digna (como a vida, a saúde, a liberdade, a educação, entre outros), e que estão previstos em tratados internacionais” (DEVIDES; SILVEIRA, 2017, p.1).

Carvalho explica a distinção entre ambos da seguinte forma:

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos internacionais por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem internacional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (CARVALHO, 2017, p. 1).

Em outras palavras, direitos fundamentais são aqueles positivados por um ordenamento jurídico e expressos na Carta Magna, ou seja, na Constituição Federal de um determinado país, em um determinado tempo histórico, político, econômico, social e cultural. Enquanto o direito humano é válido para todos os povos em todos os tempos, embora só tenha sido oficialmente reconhecido nos finais do século XVIII, por meio da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, imediatamente após a Revolução Francesa, ainda que ligado à liberdade individual e a não intervenção estatal. O que Devides e Silveira chamam de “direitos de primeira geração”, porque “representaram os de conquistas individuais, notadamente em relação aos direitos civis e políticos” (DEVIDES; SILVEIRA, 2017, p.1)

Com o avanço do capitalismo, “a passagem do Estado liberal, de cunho individualista, para o Estado social, focado na proteção dos hipossuficientes em busca da igualdade material”, uma segunda geração se seguiria, complementam Devides e Silveira, agora referindo-se “a direitos sociais, culturais e econômicos” (DEVIDES; SILVEIRA, 2017, p.3).

Finalmente, surge uma terceira geração de direito que procura representar a nova ordem mundial, a globalização, que traz no seu bojo

a necessidade de defender “direitos como a fraternidade, a paz, o meioambiente, o respeito ao patrimônio histórico e cultural”. Uma geração marcada pelas preocupações sociais.

Assim, entender que existem direitos preocupados, ao mesmo tempo nos campos individuais e coletivos, com a participação efetiva de todos as ações para melhoramento do que está posto tanto no campo econômico, social, cultural, civil e político. Neste cenário, pode-se afirmar que o Desenvolvimento é um Direito Humano?

### **5 DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO**

Como tudo que se refere ao ser humano, o tema desenvolvimento como direito humano teve sua trajetória histórica. Inicialmente formulado com certo grau de generalização e abstração, passa a adquirir, gradualmente, maior especificidade, ganhando novos contornos e destaque no período pós Segunda Guerra Mundial, quando novas necessidades, ideias e valores praticamente obrigaram o universo jurídico a incorporar “novas formas de direitos coletivos, incluindo aí, os povos indígenas como sujeitos de direitos humanos em âmbito internacional” (FRANCO, 2011, p. 13).

Ocorre que, no período pós Segunda Guerra Mundial, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que o conceito de desenvolvimento assumia “traços mais setoriais técnicos e despolitizados”, também ganhava força a visão neoliberal de crescimento associada à macro economia e, em decorrência “[...] determinadas instituições estabeleceram conceitos como o de desenvolvimento sustentável, desenvolvimento regional e desenvolvimento humano”. (PRADO, 2011, p. 210).

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

Neste contexto, as relações econômicas internacionais também passaram a ser dominadas por discursos e projetos orientados pela necessidade de se considerar e de adicionar outras dimensões ao conceito de desenvolvimento incluindo perspectivas voltadas para a pessoa humana, para o atendimento das necessidades humanas, para a dignidade humana, bem como para uma participação mais democrática das pessoas no processo de desenvolvimento o que significava tornar o desenvolvimento um direito humano. Entre as iniciativas mais concretas neste sentido destaca-se a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981:

Reconhecendo que, por um lado, os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, o que justifica sua proteção internacional, e que, por outro lado, a realidade e o respeito dos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos;

[...]

Convencionaram o que se segue [...]

Artigo 22º

1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade.
2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento (FILES, 2018, p. 1 e5).

O Artigo 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas também corrobora os princípios contidos na Carta Africana de 1981, embora de modo bastante genérico.

Artigo 1º

**§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 (ONU, 1986, p. 1).

Uma tentativa de completar a lacuna presente na Declaração da ONU/1986 é realizada pela Organização Internacional do Trabalho

(OIT), em junho de 1989:

Para, de alguma forma, tratar de completar a lacuna presente na Declaração sobre o direito ao desenvolvimento de 1986, o Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho, *Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes*, adotado em 27 de junho de 1989, realiza alguns reconhecimentos interessantes de determinados direitos coletivos a partir da visão do desenvolvimento dos povos indígenas. Em concreto, o artigo 7 do Convênio refere que “os povos interessados deveram ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que incumbir ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete suas vidas, crenças, instituições e bem estar espiritual [...] , e de controlar, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural...”. De sua parte, o artigo 13 dispõe que “... os governos deverão respeitar a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, reveste sua relação com as terras e territórios... e, *em particular, os aspectos coletivos desta relação*” (grifo nosso) (ISA, 2012, p. 42 – grifo do autor).

Em decorrência, as primeiras décadas de 1990 foram marcadas por acontecimentos que exigiam uma intervenção mais efetiva das autoridades: o colapso da União Soviética e a consequente e intensificada falta de instituições, dificuldades e instabilidades econômicas e políticas também em outros países, a invasão do Kuwait, o crescimento do fundamentalismo religioso, conflito entre etnias, conflito entre facções nacionalistas, na tentativa de equilibrar a balança global da distribuição dos recursos entre outros e, por fim, o processo de globalização exigia um maior equilíbrio da balança global no que diz respeito à distribuição dos recursos.

Por isso o interesse internacional não poderia deixar de interceder pela proteção dos direitos humanos e, segundo Navi Pillary – Alto Comissário da ONU para os direitos Humanos, referindo-se à OIT/1989: “é o mais importante documento sobre os direitos humanos produzido no último quarto de século e um dos mais fortes documentos de direitos humanos dos últimos 100 anos” (ONUBR, 2013, p. 1).

A Declaração e Programa de Ação da 2ª Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos das Nações Unidas de 1993, em Viena, também deve ser destacada, sobretudo, porque foi fruto de um longo processo marcado pela emergência de conflitos.

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

Foi, portanto, a partir dos anos finais do século XX que o conceito de desenvolvimento deixa de ser entendido apenas por seu viés econômico e passa a incluir outros aspectos de naturezas política, social, cultural, ambiental, dentre outras, que aumentaram as lutas e os esforços no sentido de promover a participação e a aplicação do desenvolvimento regional com o intuito de conquistar uma melhor qualidade de vida para todos incondicionalmente incluindo, ou seja, que desenvolvimento passa a ser defendido como um direito humano, um direito que visa a realização da dignidade da pessoa humana, estendendo-se a vários aspectos, como os de naturezas política, social, cultural, ambiental, dentre outras.

No Brasil, tal entendimento se faz sentir no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como no inciso I, do art. 3º, da CF/88, “que traz especificamente um dos direitos de terceira geração ao disciplinar que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (DEVIDES; SILVEIRA, 2017, p. 3).

Complementa o autor, supramencionado, que

Com relação à expressão ‘direito ao desenvolvimento’, esta foi utilizada de maneira consistente apenas no ano de 1967, na encíclica *Populorum Progressio*, de Paulo VI. Posteriormente, no ano de 1986, o desenvolvimento foi consagrado como um direito humano na Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a denominada Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (DEVIDES; SILVEIRA, 2017, p.2).

Para Devides e Silveira (2017), um dos principais instrumentos utilizados pelo Estado com vistas à concretização do desenvolvimento como direito humano é o *accountability*. Pode-se entender a *accountability* como um processo de avaliação e responsabilização permanente dos agentes públicos (que abrange tanto os eleitos quanto os nomeados ou os de carreira) em razão dos atos praticados em decorrência do uso do poder que lhes é outorgado pela sociedade. Será institucional quando esse processo de avaliação e responsabilização for praticado no âmbito do próprio aparato estatal,

ou social quando praticado fora dos limites estatais (ROCHA, 2009, p. 4).

Além do *accountability*, a utilização de ferramentas, tais como: a Transparência Pública; a Lei de Responsabilidade Fiscal; a Lei de Acesso à Informação; e a Gestão democrática, serão meios eficazes em busca dos desenvolvimentos necessários ao bem viver.

Agora, com todos os mecanismos aqui articulados e o cenário apresentado, vale neste ponto tecer algumas considerações sobre o reconhecimento do Desenvolvimento dos Povos Indígenas como Direito Humano. É o que será proposto no próximo tópico.

## 6 DESENVOLVIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS COMO DIREITO HUMANO

A ideia original de que o meio ambiente era uma fonte inesgotável de riquezas não demorou para ser contestada, uma vez que não correspondia à realidade. O desenvolvimento sem limites levou a um mau uso dos recursos naturais pelo homem e as consequências têm sido trágicas, como exemplo no Brasil os casos das cidades mineiras de Brumadinho e Mariana.

Em **1972**, foi realizada a **Conferência de Estocolmo** com o objetivo de conscientizar a sociedade a melhorar a relação com o meio ambiente e assim atender as necessidades da população presente sem comprometer as gerações futuras (MARTINEZ, 2018, p. 1, grifo do autor).

Pode-se dizer que a partir daí surge o conceito de eco desenvolvimento e o conceito desenvolvimento como direito humano nasce no bojo das discussões que surge neste contexto, ou seja, na tentativa de equilibrar a balança globalda distribuição dos recursos. Segundo Franco,

[...] atribui-se a introdução da ideia de desenvolvimento como um direito humano ao jurista senegalês Kéba

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

M'Bayle[...] e, a despeito de resistências e oposições (...) foi aprovada em 1986, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração do Direito ao Desenvolvimento (doravante DaD) (FRANCO, 2011, p.28).

No entanto, os povos indígenas, que já não haviam sido sequer citados na Conferência de Estocolmo, continuaram excluídos quando a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986. Foram simplesmente ignorados!

Reconhecimento maior foi garantido na Algum avanço observado na Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena em 1993, que reitera as decisões da Conferência de Estocolmo e reconhece, embora ainda de forma tímida, a importância de garantir o desenvolvimento e o bem estar dos povos indígenas.

Enfim, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento dos povos indígenas só foi reconhecido, formalmente, em 2007: “[...] com a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, na qual os povos indígenas tiveram reconhecidos seu direito ao desenvolvimento e seu direito ao consentimento livre, prévio e informado”. (ISA, 2012, p. 1).

Mas, apesar deste reconhecimento internacional, os indígenas ainda enfrentam discriminação, marginalização e grandes desafios para que as diretrizes universais de padrões mínimos de sobrevivência com dignidade e bem-estar de seu povo sejam, de fato, garantidas. Enfim, os povos indígenas vítimas de injustiças históricas, ainda hoje lutam pela concretização de seus direitos ao desenvolvimento de acordo com seus interesses e sua cultura.

Nesta perspectiva é que ganha força o conceito de etnodesenvolvimento inicialmente proposto por Rodolfo Satavanhagen, pois, segundo Franco, “envolve a consideração do desenvolvimento de grupos étnicos dentro dos limites da sociedade mais ampla, normalmente a sociedade nacional, tomando o desenvolvimento a partir do olhar para sua própria cultura” (FRANCO, 2011, p. 24), o que implica uma perspectiva multifacetada do desenvolvimento com vistas a garantir os direitos humanos não só

durante o processo, como nos resultados a que ele se propõe (FRANCO, 2011).

A questão é: como colocar em prática os compromissos firmados internacionalmente, sobretudo quando o Supremo Tribunal Federal vem atuando de forma ambígua e incondizente?

É na resistência, na luta dos povos indígenas que os contextos atuais podem ser ressignificados. Entende-se que a resistência, no seguinte sentido:

[...] a resistência abrange qualquer comportamento de ruptura contra a ordem constituída, que coloque em crise o sistema, sendo caracterizado como um direito de caráter e conteúdo jurídico, ético, moral, exercido como um meio de defesa não-jurisdicionais no sentido do bem comum e da defesa dos direitos fundamentais, dos direitos políticos e da dignidade da pessoa humana. (CAMPELLO; CANCIO, 2017, p. 611).

E este é um dos principais desafios aos que se enfrentam atualmente os povos indígenas: cobrar ações mais efetivas do Estado para que seu direito humano ao desenvolvimento seja garantido, não só no âmbito do discurso, mas da prática. De tal modo, os povos indígenas devem fazer uso do direito de resistência aqui entendido como direito fundamental implícito, sendo instrumento legítimo para requerer ações que garantam a dignidade da pessoa humana e todos os direitos individuais e coletivos de nosso ordenamento.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste estudo foi possível a verificação de que, desde a colonização, o desenvolvimento esteve relacionado à expansão econômica e, posteriormente, à industrialização, desconsiderando, em certa medida, o fato de que os povos indígenas, primeiros habitantes das colônias, nunca pensaram desenvolvimento a partir deste ponto de vista.

Como é sabido, a comunidade internacional reconheceu o

## **Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas**

direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável pertencente a todos os seres humanos e todos os povos elevou à categoria de direito humano o desenvolvimento em suas duas dimensões: individual e coletiva.

Sob outro prisma, conforme tratado no presente trabalho, o direito do desenvolvimento é considerado na categoria pertencente à terceira geração dos direitos humanos. Iniciando pela descolonização na década de 1960, como uma exigência dos Estados em desenvolvimento que visava atingir sua independência política, por meio de uma liberação econômica, indo à Declaração sobre o Direito ao desenvolvimento das Nações Unidas de 1986 e na Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, até a construção teórica da contemporaneidade, pode-se afirmar que o Desenvolvimento é um Direito Humano.

Quando se trata de Desenvolvimento dos povos indígenas fica ainda mais latente as dimensões outras deste processo que é um contínuo, na medida que tais desenvolvimentos estão relacionados em multifacetados aspectos, tais como sua cultura, com ritos religiosos e com a função da terra pelo seu valor enquanto meio de sobrevivência física e cultural, e não enquanto um fim em si mesma, enquanto mercadoria.

Os povos indígenas têm sua cultura uma relação com a terra diferente, na medida em que a terra faz parte da história e sim é a própria história de cada povo, é algo sagrado, inerente ao seu próprio ser. Tal implicação faz com que tais espaços sejam muito melhores preservados, diferenciando da relação que os não-indígenas tem com a terra, entendida como propriedade, moeda de troca. O desenvolvimento não tem relação com o modelo capitalista, mas com o bem viver, uma relação de pertencimento à natureza, ela não é mercadoria. O bem viver eleva a ideia central do respeito ao biocentrismo, na medida em que todos são importantes e merecem respeito para que haja o desenvolvimento em sua plenitude.

Por isso, é justa a luta dos povos indígenas contra mineradores e latifundiários que, ainda hoje, exploram ouro e minérios de forma

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

ilegal e irresponsável, desrespeitando, inclusive, as demarcações de suas terras já realizadas e as que ainda precisam ser realizadas.

De tal modo, os povos indígenas devem fazer uso do direito de resistência aqui entendido como direito fundamental implícito, sendo instrumento legítimo para requerer ações que garantam a dignidade da pessoa humana e todos os direitos individuais e coletivos.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o Direito ao Desenvolvimento dos Povos Indígenas é um Direito Humano, na medida em que garanti a existência do ser em suas diferenças e diversidades, na dimensão do biocentrismo, em que todos são importantes para o todo, para a vida, a dignidade das pessoas.

Data de Submissão: 16/04/2019

Data de Aprovação: 19/09/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**: dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm). Acesso em jan 2018.

CAMPELLO, Livia G; CANCIO, Gustavo S. T. O direito de Resistência na CF/88: a Desobediência Civil como um Direito Fundamental implícito no Brasil. **Revista Argumentum** – RA, SSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 609-623, Set.-Dez. 2017.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E

DESENVOLVIMENTO: **NOSSO FUTURO COMUM**. Rio de Janeiro: FGV, 1988.

DA REDAÇÃO. A terra sagrada dos índios. **SUPERINTERESSANTE**. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/a-terra-sagrada-dos>. Acesso em 10/01/2019.

DEVIDES, José Eduardo Costa e SILVEIRA, Daniel Barile da. **O *accountability*, a transparência pública e o direito humano ao desenvolvimento**. Disponível em: "http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\_da\_esmarn/article/.../58/49. Acesso em 10/01/2019.

FILES. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. 2018. Disponível em: [http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr\\_instr\\_charter\\_por.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf). Acesso em 10/01/2019.

FRANCO, Fernandes Cristina de Oliveira. **O direito humano ao desenvolvimento em perspectiva intercultural: considerações sobre os direitos dos povos indígenas em grades projetos de investimentos**. Ocasoda hidrelétrica de Belo Monte. João Pessoa, 2011 – Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-cultural. 3. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259

IBGE. CENSO2010-POPULAÇÕES INDÍGENAS NO BRASIL. Disponível em <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso 20.07.2018. INBS.

ISA, Felipe Gómes. **O direito ao desenvolvimento dos povos indígenas**. R. Fac. Dir. UFG, V. 36, n. 2, p. 35-46, jul. / dez. 2012

MARX, K. **O Capital**: crítica da economia política. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 2008. Livro 1, v.1, t.1. (Os economistas).

MARX, K. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores).

NEGRI, Antonio. **Biocapitalismo y constitución política del presente**. In: CERBINO, Mauro;

## Direito Humano Ao Desenvolvimento Dos Povos Indígenas

GIUNTA, Isabella (organizadores) Biocapitalismo, procesos de gobierno y movimientos sociales. Quito: Flacso, 2013. p. 19-42. Disponível em: [http://209.177.156.169/libreria\\_cm/archivos/pdf\\_128.pdf](http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_128.pdf) Acesso em 20 jul. 2018.

NEGRI, Antonio. Biocapitalismo e constituição política do presente. In: NEGRI, Antonio. **Biocapitalismo: entre Spinoza e a constituição política do presente**. São Paulo: Iluminuras, 2015. p. 57-84. (Coleção Contemporâneos).

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico - Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia-RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set.2005

ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986**. Adotada pela Renovação n. 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986. Disponível em

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> . Acesso em-10/01/2019.

ONU BR (Nações Unidas do Brasil). **Após 20 anos da Conferência de Viena, direitos humanos são mais importantes do que nunca, dizONU**. 2013. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/apos-20-anos-da-conferencia-de-viena-direitos-humanos-sao-mais-importantes-do-que-nunca-diz-onu/>. Acesso em 10/01/2019.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PRADO , Rafael Clemente Oliveira do. Direitos humanos, povos indígenas e desenvolvimento na expansão da fronteira agrícola na Amazônia brasileira. **Revista Direito Econômico Socioambiental**. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 207-251, jan./jun. 2011. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/318874267\\_Direitos\\_humanos\\_povos\\_indigenas\\_e\\_desenvolvimento\\_na\\_expansao\\_da\\_frenteira\\_agricola\\_na\\_Amazonia\\_brasileira](https://www.researchgate.net/publication/318874267_Direitos_humanos_povos_indigenas_e_desenvolvimento_na_expansao_da_frenteira_agricola_na_Amazonia_brasileira). Acesso em 10/01/2019.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.3

ROCHA, Arlindo Carvalho. **Accountability na Administração Pública:** a Atuação dos Tribunais de Contas. XXXIII Encontro da ANPAD, São Paulo/SP

19 a 23 de setembro de 2009 –

Disponível

em:

<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS716.pdf>.

Acesso

em09/05/2018.

ROSDOLSKY, R. **Gênese e estrutura de o Capital de Karl Marx.** Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

**Human Right To The Development Of Indigenous Peoples**

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Everton Neves dos Santos

**Abstract:** The article published shows the theme of the right to development of indigenous peoples, with the aim of highlighting some achievements in the legal sphere, in practice, regarding the development of concepts of nature have not yet been guaranteed. Through the deductive method, we developed a descriptive-analytical study, applying documentary analysis based on bibliographic sources from the perspective of development as a human right. To the purpose of the document, the document is not related to the development and the paper and function of the land. Also clarified as the difference between human rights and fundamental rights, as well as the concept of development ceases to be made only by its economic bias and goes through other aspects of the political, social, cultural, and environmental nature. Finally, the verses on the challenges that indigenous people face today to ensure that their rights are guaranteed, not only in discourse, but in practice.

**Keywords:** Development. Human rights. Indian people.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy

Vincenzo Carbone

Ph.D in Economics and Law in the International Relations. Teacher of tax Law at University os International Studies(UNINT), Rome, Italia. E-mail: vincenzo-carbone@hotmail.it

**Abstract:** The European Member States lose billions of euros in VAT revenues on account of fraud. The paper analyses the Italian legislation concerning the VAT fraud, highlighting the critical issues in view of the Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law.

**Keywords:** Carousel fraud. Invoices. fraudulent declaration. Threshold. Legal person. Attempt. Criminal liability.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy**

Vincenzo Carbone

### **1 INTRODUCTION**

Every year, the EU Member States lose billions of euros in VAT revenues on account of fraud. This loss is commonly referred to as the “VAT gap”, which can be defined as the difference between VAT actually collected and expected VAT revenues.

According to the Report on the VAT gap, released on 11 September 2018, the VAT gap for the year 2016 fell below EUR 150 billion and amounted to EUR 147.1 billion<sup>15</sup>.

The Italian legal system does not have an explicit definition of VAT frauds. In fact, it is not governed by the Penal Code, but by Legislative Decree 74 of 10 March 2000, concerning tax offences, as thoroughly revised by Legislative Decree 158 of 24 September 2015, in force since 22 October of the same year.

The Decree of 2000 introduces a radical change of direction with respect to the structure of the tax penal system under Law No. 516 of 1982, based on the identification of cases purely prodromal to evasion. Such law, in fact, entrusted the repressive intervention to criminal cases aimed at striking behaviours considered abstractly

---

<sup>15</sup> See the “*Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2018 Final Report*”, TAXUD/2015/CC/131.

suitable to realize a future evasion, independently of an effective injury to the interests of the State (FLORA, 1991, p. 443).

The present decree, on the other hand, identifies in the tax declaration the pivot around which the criminal relevance of the various evasive phenomena is modulated.

Chapter I, Title II of the normative text of 2000, as modified subsequently, incriminates in four distinct criminal hypotheses, three of a commissive nature (Art. 2, 3 and 4) and one of an omissive nature (Art. 5), the violation of the obligation to complete and verify the exposure of the quantitative and qualitative components which determine the taxable base (MEREU, 2011, p. 22).

It follows that the legislature has thus punished, in an excursus of decreasing gravity, in Article 2 hypotheses of reduction of the tax base exclusively through the increase of the taxable elements, through the use of invoices for non-existent transactions; in Article 3 it has introduced the first elements of specificity requiring the alteration, in decrease of assets or increase of liabilities, takes place on the basis of false representation of the accounting records and by fraudulent means; has provided, finally, in Article 4 the conduct of those who limit themselves to reducing the taxable base, altering the assets and/or liabilities; punishing, on the other hand, autonomously in Article 8, the conduct of those who make such conduct possible through the issue or release of false tax documentation (ANTOLISEI, 2001, p. 345).

## **2 FRAUDULENT DECLARATION THROUGH THE USE OF INVOICES OR OTHER DOCUMENTS FOR NON-EXISTENT OPERATIONS**

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

Art. 2 regulates the offence of fraudulent declaration through the use of invoices or other documents for non-existent operations. It represents the most serious ontological case since it occurs when the declaration is not only untrue, but is altered by a documentary system, capable of distorting the reality represented.

The active subjects of the crime are all those who are required to submit tax and VAT returns (IORIO-MECCA, 2011, p. 2998). Since this is a crime of a commissive nature, its essential constituent element is represented by the indication, in one of the declarations, of fictitious passive elements, using invoices or other documents for non-existent transactions.

The Italian Supreme Court also confirmed in sentence 51027/2015 that the offence in question exists both in the hypothesis of objective non-existence of the transaction, i.e. when the transaction was never carried out in reality<sup>16</sup>; and in the hypothesis of relative non-existence, i.e. when the transaction was carried out but for a lower amount; and, finally, in the hypothesis of qualitative over-invoicing, i.e. when the invoice certifies the transfer of goods or services with higher prices than the real ones. The object of criminal repression, therefore, is any type of divergence between commercial reality and its documentary expression.

The crime, therefore, is committed with the presentation of the declaration. Any corrective declaration of the fraudulent one, even if it has taken place within the terms provided by law for the presentation of the annual declaration, does not constitute a cause of non-punishability<sup>17</sup>.

The intent required by the case is a specific intent. The legislator, therefore, punishes those who intend to evade taxes or obtain an undue refund or recognition of a non-existent tax credit. The incriminating case, therefore, does not exist when the subject has been moved by other purposes. The Italian judge is obliged to verify the

---

<sup>16</sup> Court of Cassation, sent. no.22930/2006; no. 23897/2006; no. 32544/2006.

<sup>17</sup> Court of Cassation, sent. no.7289/2001.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

existence of the psychological element. In other words, the offence in question is committed not by the mere use of documents, but by a subsequent and distinct behaviour, such as the presentation of the declaration.

The Italian system aims to limit the criminal repression only to facts directly related to the injury of tax interests. It, therefore, renounces the prosecution of purely preparatory and formal violations, considered prodromal to the actual damage of the protected legal asset.

In this regard, it should be pointed out that, at the express wish of the legislator, the use of invoices for non-existent operations are no longer punishable as an attempt, if the latter are not included in the tax declaration.

The Italian provision does not provide for a threshold of non-punishability. In 2011, moreover, the legislator eliminated the third paragraph of Articles 2 and 8 of Legislative Decree 74/2000, which provided for a substantial reduction in the punishment for the offences referred to in the aforementioned articles, carried out by means of fictitious passive elements of less than € 154,937.07.

This criminal conduct referred to in Article 2 is punishable by imprisonment from one year and six months to six years.

With regard to carousel fraud, characterised by the issue of invoices for non-existent transactions, carried out by international criminal organisations in order to obtain a fictitious right to VAT deduction or reimbursement of VAT credit (ANTONACCHIO, 2005, p. 2723; PERINI, 2003, p. 6759), the Italian legislator introduced into Legislative Decree 74/2000 a new type of offence listed under Article 10-ter, as "*Failure to pay VAT*" (SOANA, 2007, p. 111). According to the above mentioned article, anyone who does not pay, within the term for the payment of the advance relating to the following tax period, the value added tax due on the basis of the annual declaration, for an amount exceeding two hundred and fifty thousand euros for each tax period, is punished with imprisonment from six months to two years.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

For this type of offence, the Supreme Court, with sentence 18924/2917, held responsible for issuing subjectively false invoices both the legal director, who did not comply with the duty of supervision and control, and the de facto director, who actually carries out the prohibited conduct.

### **3 FRAUDULENT DECLARATION BY OTHER MEANS**

Art. 3 of the legislative decree in question outlines the case of fraudulent declaration by means of devices other than the use of invoices or other documents for non-existent operations. Therefore, this provision includes all the devices capable of hindering the investigation and misleading the financial administration. With regard to the notion of fraudulent means, the Circular of the Minister of Finance No. 154/E of August 4, 2000, specifies that "the simple violation of the obligations of invoicing and registration, although aimed at evading taxes, is not sufficient, in itself to constitute the crime in question, having to verify, in the specific case, whether, for the methods of implementation, has a degree of insidiousness such as to hinder the activity of assessment of the financial administration. In this regard, the presence of systematic and continuous violations or the keeping of black accounts or the use of bank current accounts for operations destined not to be accounted for can be decisive" (BRICCHETTI, 2001, p. 7069; LANZI, 2001, p. 207).

Even in this case, the active subjects are all those who are required to declare income and VAT, even if not bound to keep accounting records. Obviously, as mentioned above, the intent of the offender will be fundamental. Also in this case, in fact, they detect the

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

conduct aimed at evading value added tax or income tax or to obtain an undue refund or non-existent tax credit.

The offence in question is committed only when the false declaration of assets or liabilities leads to the combined exceeding of two thresholds. Firstly, the evaded tax, considered as the quantitative difference between the tax actually due and that indicated in the tax return, must exceed 30,000 euros. Furthermore, it is necessary that the total amount of the active elements subtracted from the tax, also by indicating fictitious passive elements, is higher than five per cent of the total amount of the active elements indicated in the declaration, or in any case, is higher than one million five hundred thousand euros, or if the total amount of fictitious credits and withholdings deducted from the tax is greater than five per cent of the amount of the tax or, in any case, thirty thousand euros.

The relationship between the offence in question and that referred to in Article 2 is governed by the subsidiarity clause of Article 3, which excludes the application of fraud with other devices when Article 2 is applicable (IORIO, 2017, p. 21).

### **4 UNFAITHFUL DECLARATION**

Article 4 regulates the crime of unfaithful declaration. The structure of this offence coincides with that of the crime of unqualified fraudulent declaration referred to in the preceding article. The only differentiating element is the absence of fraudulent means (SANTORIELLO, 2017, p. 3075).

The offence under review is undoubtedly of a residual nature, therefore the relevant case can be said to be integrated outside the cases provided for in the previous articles. In essence, the offence is committed when there is a divergence between the declared economic

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

result and the real economic result, without the support of fraudulent means.

Also in this case, as for the previous crimes, the active subject is whoever indicates in one of the annual declarations active elements for a lower amount than the actual one or non-existent passive elements. Obviously, the intent with which such conduct is carried out is relevant, aimed, as before, at evading tax.

The peculiarity of this crime, characterized by a lower damaging charge, has induced the legislator to provide for a less severe penalty. The offender will be sentenced to between one and three years' imprisonment.

The punishability, moreover, occurs when two quantitative thresholds are exceeded, which must be used together. For the purposes of criminal relevance, it is therefore necessary that the evaded tax exceeds 150,000 euros and that the total amount of the assets subtracted from the tax, also by indicating non-existent taxable items, is greater than ten per cent of the total amount of the assets indicated in the declaration, or, in any case, greater than three million euros (GENNAI-TRAVERSI, 2011, p. 79).

The 2015 reform also introduced a non-punishability clause for accounting errors. The legislator, in essence, with paragraph 1-*bis* wanted to maintain a favourable view in relation to values corresponding to incorrect valuations of assets or liabilities, provided they objectively exist.

Still on the subject of valuations, it is worth mentioning paragraph 1b, also introduced in 2015, according to which, with the exception of the cases provided for in the previous paragraph, valuations that differ by less than ten per cent from actual valuations are not punishable.

It must be said that the assessment carried out by the Italian tax authorities for the identification of assets that are lower than their actual value is carried out by means of presumptions made by the

## **Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...**

inspectorate during the tax audit. This VAT assessment activity is governed by Articles 54 and 55 of Presidential Decree 633/1072.

### **5 ATTEMPT**

Pursuant to Article 6 of Legislative Decree 74/2000, the offences referred to in Articles 2, 3 and 4 are not punishable as attempts. As already mentioned above, the aforementioned offences are instantaneous offences and are committed upon presentation of the declaration.

Breaking with the past, the legislator, therefore, wanted to punish the fact relevant and harmful to the Treasury and not the related prodromal acts. Their realization, therefore, is not punished as an attempt to commit crimes of fraudulent and unfaithful declaration. This thesis was also reiterated by the Constitutional Court in its ruling 49/2002.

The punishability of the attempt in the criminal tax law, represents, therefore, an exceptional hypothesis.

### **6 ISSUANCE OF INVOICES OR OTHER DOCUMENTS FOR NON-EXISTENT OPERATIONS**

A last relevant case to complete the analysis of the Italian regulations concerning VAT fraud is that governed by Article 8 of

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

Legislative Decree 74/2000. It punishes with imprisonment from one year and six months to six years anyone who, in order to allow third parties to evade income tax or value added tax, issues or issues invoices or other documents for non-existent transactions.

The autonomy conferred on this conduct stems from the need to repress this action taken by illegal companies set up with the aim of placing false documentation on the market. Whoever carries out such conduct does not directly subtract income from the Treasury, but carries out a simulated operation, by virtue of which the user of the false invoice, will carry out the direct injury. Article 8, in other words, indirectly protects the tax assets (SPAGNOLO, 2003, p. 1792).

To this end, the Italian Supreme Court, with sentence 24307/2017, reiterated that the crime of issuing false invoices or other documents for non-existent transactions is configurable even in the case of only subjectively false invoicing, that is, when the transaction subject to tax has been carried out but there is no correspondence between the service provider indicated in the invoice and the one that provided the service. Even in this case, in fact, it is possible to configure illegal allowing third parties to evade taxes on income and value added<sup>18</sup>.

The active party in this case is anyone who issues invoices or documentation for non-existent transactions. It is therefore a common offence (PERINI, 1999, p. 172).

The legislator has split the offence into two different and specular moments: the one of issuing the invoice or documentation for non-existent operations and the one of use, by a third party, of the aforesaid documentation.

Also in this crime the psychological element is required. According to the legislator, therefore, it is important that the offender carries out the action with the intention of having an evasion carried out by a third party. It should be pointed out, however, that the psychological element capable of configuring the crime under review

---

<sup>18</sup> Court of Cassation, sent. no. 20357/2010.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

is given by intent and not by damage. The offence, therefore, is committed with the mere issue of an invoice and not with the subsequent execution of the evasion.

The peculiarity mentioned above makes it impossible to punish as an attempt to commit the crime referred to in Article 8. A hypothetical attempt, in fact, should refer to a moment prior to the actual issue of fictitious invoices, excluding the possibility of verifying the use of the same. Therefore, two parties are inevitably involved in the commission of the offence: the issuer and the user. For this reason, part of the doctrine maintains that the issue, pursuant to Article 8, and the use, pursuant to Article 2, are nothing more than the hypothesis of complicity in a single crime (PERINI, 2002, p. 738). This hypothesis, however, is expressly excluded by the legislator who, in art. 9, states that the issuer of invoices or other documents for non-existent operations and whoever contributes to the same is not punishable by way of aiding and abetting the crime provided for in article 2. Likewise, whoever uses invoices or other documents for non-existent transactions and whoever contributes to the same is not punishable by way of aiding and abetting the offence referred to in Article 8 (CARACCIOLI, 2017, p. 29).

As mentioned above, the 2011 reform eliminated the previous threshold of punishment of € 154,937.07.

## 7 PIF DIRECTIVE AND ITALIAN LEGISLATION

As is well known, the Directive (EU) 2017/1371 regulates the VAT fraud (UDVARHELYI, 2017, p 4). According to the fourth recital of the preamble to the cited Directive, the European discipline applies to the most serious forms of VAT fraud (so called serious offences), in

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

particular VAT fraud through missing traders, VAT fraud committed within a criminal organization and carousel fraud, which create serious threats to the common VAT system<sup>19</sup> and thus to the Union budget. Offences against the common VAT system are considered to be serious where result from a fraudulent scheme whereby those offences are committed in a structured way with the aim of taking undue advantage of the common VAT system, they are connected with the territory of two or more Member States, and the total damage caused by the offences is at least 10,000,000 euros. The notion of total damage refers to the estimated damage that results from the entire fraud scheme, both to the financial interests of the Member States concerned and to the Union, excluding interest and penalties.

In other words, the Directive applies only in cases of serious offences against the common VAT system, where the concept of seriousness is defined having regard to the high amount of damage and the cross-border nature of the illegal conduct.

In the opinion of the writer, it seems that the above threshold is too high and neglects all those frauds which do not reach that level, but which are still characterized by an intrinsic relevance for the protection of EU interests. Indeed, the Italian legislation, with the cited Legislative Decree No 74 of 10 March 2000, currently punish violations even for amounts significantly lower than those indicated in the EU source.

Particular attention should be paid to Article 5 of the Directive, entitled "Incitement, aiding and abetting, and attempt". In the first paragraph, it requires Member States to "take the necessary measures to ensure that inciting, and aiding and abetting the commission of any of the criminal offences referred to in Articles 3 and 4 are punishable as criminal offences". In the following paragraph, it also prescribes the same measures "to ensure that an attempt to commit any of the

---

<sup>19</sup> Established by Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax.

## **Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...**

criminal offences referred to in Article 3 and Article 4(3) is punishable as a criminal offence".

With regard to the complicity in person in the crime it should be borne in mind that in the field of VAT violations, Article 9 of Legislative Decree No 74/2000 excludes the criminal relevance of the complicity of the user of false invoices for transactions that do not exist in the conduct of the other issuer, or the person who issues them. This exclusion is in conflict with European law. For this reason, it is desirable to abolish this exception for a peaceful and proper implementation of the Directive.

Finally, with regard to the attempt, it should be pointed out that Article 6 of the abovementioned Decree of 2000 excludes the possibility of an attempt limited to the cases of fraudulent declarations by using invoices or other documents for non-existent transactions, fraudulent declarations by other means and unfaithful declarations, which are governed by Articles 2, 3 and 4 of the abovementioned Decree respectively. Again, it is desirable to remove this exception.

### **7.1 CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES**

The concept of a legal person, covered by Article 2(1)(b), is extremely broad and general. According to the European rules, "legal person" means an entity having legal personality under the applicable law, except for States or public bodies in the exercise of State authority and for public international organizations.

Article 6 states that legal persons shall be held liable if they have benefited from the commission of the offences referred to in the previous paragraph<sup>20</sup>, if they have been committed by their senior

---

<sup>20</sup> See the articles 3, 4 and 5 of the PIF Directive.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

members, or as a result of the failure to carry out checks by the company's top management.

This form of liability of the entity does not exclude the possibility of criminal proceedings against the natural persons who committed the alleged crime.

Moreover, from the point of view of sanctions, Article 9 of the Directive states the need to ensure that the legal persons held criminally liable are subject to effective, proportionate and dissuasive sanctions, which include criminal or non-criminal fines, such as disqualification fines.

In this regard, part of the doctrine maintains that, from the combined provisions of Articles 6 and 9 of the Directive, one can see the consolidated indifference of the legislature to the attribution of a genuine criminal-label to the punitive sub-system of collective bodies, in accordance with the traditions of the Member States according to which *societas delinquere non potest* (VERMEULEN-DE BONDT-RYCKMAN, 2012, p. 22; DE SIMONE 2012, p. 117; BAYSINGER, 1991, p. 341; CONTI, 2001, p. 861).

In Italy, the liability of entities is governed by Legislative Decree no. 231 of 8 June 2001, which governs the administrative liability of legal persons, companies and associations, including those without legal personality (PISTORELLI, 2017, p. 610; PIERGALLINI, 2002, p. 571; DE SIMONE, 2011, p. 1895).

This decree, after a long genesis, was introduced in accordance with Article 11 of Law No. 300 of 2000 (GENNAI-TRAVERSI 2001, p. 380), which was aimed at ratifying the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, which, in Article 2, expressly provided for the obligation, for each party, "to take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official"<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> See the *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

The Legislative Decree 231 of 2001, therefore, in its current and current version, has a wide scope and covers largely the scope of the crimes covered by the Directive<sup>22</sup>. However, offences in tax matters and, therefore, also those relating to VAT are excluded.

As correctly observed by the doctrine, in order to implement the new legislation, it will be necessary, or at least appropriate, to include in the punitive subsystem provided for by Decree 231 not only VAT fraud, but the entire criminal-tax sector referred to in Legislative Decree no. 74/2000 (BASILE, 2017, p. 63).

It is therefore necessary to enrich the list of offences alleged to be the responsibility of collective bodies, including VAT fraud.

### **8 CONCLUDING REMARKS**

The Italian legislation seems to be largely in line with European suggestions. The introduction of tax offences within the rules on the criminal liability of entities, as set out in Legislative Decree no. 231/2001, represents, therefore, the next challenge of Italian criminal-tax law.

The current absence of tax offences in the catalogue of predicate offences, highlights the limits of a system that fails to guarantee at the same time an effective prevention and repression of tax offences. Such a maneuver, therefore, in addition to satisfying the demands of the

---

<sup>22</sup> See in particular Article 24 of Legislative Decree 231/2001 which refers, among others, to Articles 316-ter and 640-bis of the Italian Criminal Code; Article 24-ter which refers, among others, to Articles 416 and 416-bis of the Italian Criminal Code; Article 25 on the subject of extortion, undue induction to give or promise benefits and corruption; Article 25-octies on the subject of receiving stolen goods, money laundering and use of money, goods or benefits of unlawful origin, as well as self-money laundering.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

European Union, would have a positive impact on the fight against tax evasion, combating even more radically the crime of profit.

It is important to underline that the threshold set by the Directive for the VAT Fraud is too high and neglects all those frauds which do not reach that level, but which are still characterized by an intrinsic relevance for the protection of EU interests.

In the opinion of the writer, it would be desirable to reduce the threshold and to extend the cooperation with third party countries in fighting VAT-fraud, improving the exchange of information.

Data de Submissão: 20/07/2019

Data de Aprovação: 29/10/2019

Processo de Avaliação: desk *review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

### **BIBLIOGRAFY**

ANTOLISEI Francesco: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. Vol. 2, I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'Urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2001.

ANTONACCHIO Fabio: Frodi carosello all'Iva con fatture soggettivamente inesistenti: profili sanzionatori relativi ai fornitori comunitari, *Il Fisco*, vol. 18, 2005.

BASILE Enrico: Brevi note sulla nuova direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale, *Diritto Penale Contemporaneo*, vol.12, 2017.

BAYSINGER Barry: Organization Theory and Criminal Liability of Organizations, *Boston University Law Review*, vol. 71, 1991.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

BEVILACQUA Francesca: *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Egea, Milano, 2010.

BRICCHETTI Renato: Dichiarazione omessa e infedele: la fattispecie a condotta monofasica, , *Il Fisco*, vol. 19, 2001.

CARACCIOLI Ivo, La non punibilità del concorso tra emittente ed utilizzatore di fatture false e la penalizzazione "ricostruttiva" della giurisprudenza, *Rivista di diritto tributario*, vol. 3, 2018.

CONTI Luigi: Abbandonato il principio *societas delinquere non potest*?. In CONTI Luigi (ed.): *Il diritto penale dell'impresa – Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. by GALGANO Francesco, vol. XXV, CEDAM, Padova, 2001.

DE SIMONE Giulio: *Persone giuridiche e responsabilità da reato Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, Firenze, 2012.

DE SIMONE Giulio: *Societates e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*. In BERTOLINI Marta, EUSEBI Luciano, FORTI Gabrio (ed.), *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli, 2011.

FLORA Giovanni: *La legge n. 516 del 1982 otto anni dopo: orientamenti giurisprudenziali e modifiche legislative*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1991.

GENNAI Sara, TRAVERSI Alessandro: *I delitti tributari. Profili sostanziali e processuali. Seconda edizione*, Giuffrè, Milano 2011.

GENNAI Sara, TRAVERSI Alessandro: *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano 2001.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

IORIO Antonio, MECCA Sara: Fatture soggettivamente inesistenti: il reato si restringe alla sola Iva?, *Il Fisco*, 2011.

IORIO Antonio: *I reati tributari*, Ipsoa, Milano, 2017.

LANZI Alessio: *Commento all'art. 4*. In LANZI Alessio – GIARDA Angelo - CARACCIOLI Ivo (ED): *Diritto e procedura penale tributaria (commentario al Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, CEDAM, Padova, 2001.

M. RIVERDITI: *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, Napoli, 2009.

MEREU Alessandra, *La repressione penale delle frodi IVA: indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Cedam, Bologna, 2011.

PERINI Andrea: *Elementi di diritto penale tributario*, Giappichelli, Torino, 1999.

PERINI Andrea: L'emissione di fatture per operazioni inesistenti al vaglio della Corte costituzionale: "favor" ingiustificato per l'utilizzatore o repressione irragionevole dell'emittente, *Rassegna Tributaria*, 2002.

PERINI Andrea: Operazione oggettivamente inesistenti e nuovi reati tributari, *Il Fisco*, vol. 15, 2003.

PIERGALLINI Carlo: *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, vol. 15, 2002.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

PISTORELLI Luca: La responsabilità da reato degli enti: un bilancio applicativo, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, vol. 3, 2017.

SANTORIELLO Ciro: Continuità solo parziale fra vecchia e nuova disciplina in tema di dichiarazione infedele, *Il Fisco*, vol. 31, 2017.

SOANA Gian Luca: Il reato di omesso versamento Iva, *Rassegna Tributaria*, vol.1, 2007.

SPAGNOLO Floriana: La riforma dei reati tributari: emissione o utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti tra vecchia e nuova normativa penal-tributaria, *Il Fisco*, vol. 5, 2003.

UDVARHELYI Bence: The protection of the financial interests of the European Union – The past, the present and the future. In: KÉKESI Tamás (ed.): *The Publications of the MultiScience - XXXI. microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference*. Miskolc, 2017.

VERMEULEN Gert, DE BONDT Wendy, RYCKMAN Charlotte: *Liability of legal persons for offences in the EU*, Makul-Publishers, Antwerpen, 2012.

## Vat-Fraud Prevention Tools: Challenges And Policy Issues In Italy...

### Ferramentas De Prevenção À Fraude De Iva: Desafios E Questões Políticas Na Itália

Vincenzo Carbone

**Resumo:** Os Estados-Membros europeus perdem bilhões de euros em receitas de IVA por causa de fraude. O documento analisa a legislação italiana em matéria de fraude ao IVA, destacando as questões críticas à luz da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude nos interesses financeiros da União através de de direito penal.

**Palavras-chave:** Fraude carrossel. Faturas. Declaração fraudulenta. Limite. Pessoa coletiva. Tentative. Responsabilidade criminal.

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República Brasileira: A (Persistente) Influência De Rui Barbosa

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Coordenadora-geral do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT). E-mail: [liridacalou@unifor.br](mailto:liridacalou@unifor.br)

Natallie Alves de Almeida

Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Administração Pública e Tributação no Brasil - GEPDAT (CNPq/UNIFOR). E-mail: [natalliealmeida@yahoo.com](mailto:natalliealmeida@yahoo.com)

**Resumo:** Analisou-se como Rui Barbosa vislumbrou a organização do Estado com base na forma federativa, e, ainda, qual a atenção dispensada à questão financeira nacional com o objetivo de garantir autonomia e sustentabilidade aos Estados membros da federação, ao considerar a sua possível contribuição na construção de um pensamento constitucional brasileiro. A realização do trabalho utilizou da metodologia por meio de um procedimento descritivo e exploratório, norteado pela pesquisa qualitativa, composta, essencialmente, pela análise investigativa teórica de fontes de pesquisa históricas e jurídicas documentais e bibliográficas. Justifica-se a relevância do presente trabalho em face à necessidade de compreensão do regime político brasileiro vivido na transição dos períodos históricos da Monarquia à República, a utilização do ideário liberal e federalista de Rui Barbosa, assim como a influência deste pensamento nas ações políticas econômicas executadas no Governo Provisório da Primeira República. Rui Barbosa foi um dos principais teóricos do pensamento político brasileiro: um verdadeiro protagonista que contribuiu com as ações políticas adotadas no início da era republicana brasileira.

**Palavras-chave:** Liberalismo. Federalismo. Encilhamento. Rui Barbosa. Primeira República.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República Brasileira: A (Persistente) Influência De Rui Barbosa**

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Natallie Alves de Almeida<sup>23</sup>

### **1 INTRODUÇÃO**

A influência da Teoria Liberal no pensamento do jurista e político baiano Rui Barbosa de Oliveira (1849 – 1923) é preponderante, ainda que ele não tenha adotado um pensamento uníssono durante toda a vida. Foi crítico do partido liberal, do qual fez parte, no final do Regime Imperial, e dos vícios oligárquicos da Primeira República (1889-1930), apesar de integrar como Ministro da Fazenda (1890-1891) o Governo Provisório e ter colaborado com a elaboração da Constituição de 1891.

Sob tal aporte histórico, pretende-se analisar o pensamento de Rui Barbosa, mais especificamente, como este autor vislumbrou a organização do Estado com base na forma federativa. Ademais, intui-se verificar a atenção dispensada à questão financeira nacional com o objetivo de garantir autonomia e sustentabilidade aos Estados membros da federação, considerando a possível contribuição

---

<sup>23</sup> Pesquisadora-bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP (2018 - 2020).

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

barbosiana na construção de um pensamento constitucional brasileiro.

Buscar-se-á, inicialmente, verificar a conjuntura política do período de transição entre a Monarquia e a República, em especial sob a participação do ideário político barbosiano nos debates postos neste momento histórico. Em um segundo momento, abordar-se-á a defesa do Estado federalista e a política liberal no pensamento de Rui Barbosa, apresentando os seus principais pressupostos teóricos, à luz do Liberalismo europeu e estadunidense, e seus posicionamentos para o desenvolvimento nacional.

Destaque-se o seu fascínio pelo parlamentarismo inglês e pelo presidencialismo americano, bem como o modelo federalista apresentado por este último, embora haja recepcionado ideias da Revolução Francesa. Considerar-se-á, ainda, que Rui seja adepto dos regimes anglo-saxões, os quais pregam a política liberal, o fortalecimento do Poder Judiciário, a democracia e o sufrágio universal, o federalismo e a liberdade, como pilares e valores essenciais ao Estado Nacional. Pretende-se, ainda, explorar as características de seu pensamento, tendo como prisma os posicionamentos por ele adotados, assim como a crítica que expunha às contradições destes posicionamentos e ações.

Dar-se-á, por fim, enfoque prático às ações de Rui Barbosa enquanto Ministro da Fazenda, na implementação de política financeira, entre os anos de 1890 e 1891. A política do Encilhamento, como ficou conhecida o conjunto de medidas adotadas por Rui Barbosa à frente do mencionado Ministério, objetivava o desenvolvimento regional dos Estados-Membros da Federação recém-instaurada.

A realização do trabalho utilizou da metodologia por meio de um procedimento descritivo e exploratório, norteado pela pesquisa qualitativa, composta, essencialmente, pela análise investigativa teórica de fontes de pesquisa históricas e jurídicas documentais e bibliográficas. Evidencia-se a relevância da temática, justificando a

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

pesquisa em comento, em face à necessidade de compreensão do regime político brasileiro vivido na transição dos períodos históricos da Monarquia à República, a utilização do ideário liberal e federalista de Rui Barbosa, assim como a influência deste pensamento nas ações políticas econômicas executadas no Governo Provisório da Primeira República.

A edificação do seu ideário liberal, a defesa intransigente do federalismo e de instrumentos que objetivassem a garantia da autonomia dos Estados, associado à preocupação com o desenvolvimento industrial e econômico da nação fizeram de Rui Barbosa um dos principais teóricos do pensamento político brasileiro: um verdadeiro protagonista que contribuiu com as ações políticas adotadas no início da era republicana brasileira.

## **2 A CONJUNTURA POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO PERÍODO ANTERIOR À REPÚBLICA NO BRASIL**

Rui Barbosa protagonizou grandes debates públicos desse durante o final do período imperial, em especial durante o início do período republicano, assim como durante seu período de vida (1849 – 1923). Foi membro ativo da geração de 1870, da qual participaram Joaquim Nabuco, Castro Alves e Tobias Barreto, grupo de pensadores que encerrou a agenda do século XIX no Brasil, proporcionando mudanças significativas na conjuntura política, social e econômica da época.

O fim da escravidão, a formação de um Estado liberal, a federalização das antigas províncias e a proclamação da República eram pontos de extrema relevância e sob os quais Rui Barbosa se posicionava a favor de mudanças, embebido dos exemplos anglo-

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

americanos (SALOMÃO; FONSECA, 2015, p. 156). Corroborando-se a este pensamento, em que pese discussões latentes acerca da manutenção do regime monárquico ou sua modificação ao republicano, havia ponto em comum quanto aos anseios de descentralização política e administrativa, situação na qual o federalismo era apontado como solução à desconcentração do poder (LIMA; PONTE, 2015, p. 286).

Em conjuntura temporal pré-republicana, desconsiderando normas constitucionais mais ou menos liberais, vige no Brasil o que Rui Barbosa vem a denominar de “combinações hipócritas do absolutismo, dissimulado sob as formas democráticas e republicanas” (BARBOSA, 1910, p. 142). O período de transição entre o regime monárquico e o republicano foi extremamente conflituoso.

Na esfera internacional, destacam-se as insurgências sociais na Europa industrial, em que a classe trabalhadora clamava por proteção legislativa e jurídica do Estado, devido às precárias situações de trabalho no século XIX; a consolidação de um Estado constitucional liberal e, conseqüentemente, da democracia representativa; e a ebulição dos movimentos socialistas, centralizavam discussões.

Grandes mudanças sociais ocorriam no Brasil e no mundo, situação em que “vários fatores econômicos e políticos fizeram os anos 1890 e 1891 particularmente difíceis” (PRADO, 2003, p. 16). Ganham destaque as mudanças implementadas pelo regime monárquico à matriz econômica nacional, fundada na exploração da escravidão, bem como, na coexistência de forças políticas diversas, representadas pelos partidos conservador, liberal e republicano, este último, a partir da segunda metade do século XIX.

Anote-se que neste período vivenciava-se no Brasil instante caracterizado por estamento burocrático imperial e sociedade majoritariamente agrária, com prevalência de grandes propriedades rurais e pouca diversidade em sua matriz econômica. Apesar de uma classe média emergente e da formação embrionária de uma opinião pública nacional, influenciada pelo retorno dos filhos do baronato

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

cafeeiro das faculdades europeias, as antigas províncias não possuíam a estrutura social e econômica necessária para a garantia de suas respectivas autonomias política e econômica, guardando certa relação de dependência com o governo central (COSTA, 2010, 449-461).

Emília Viotti da Costa (2010, 165-169) explicita, ainda, em que consistiu o ideal liberal no Brasil no período imperial, diferente dos processos vivenciados pelo liberalismo europeu, o qual já se encontrava em alvo de questionamentos devido ao levante das massas contra as más condições de trabalho e à ausência de direitos sociais. Para a autora, o liberalismo no Brasil continuava a ser uma utopia para as elites, enquanto a maioria da população estava inserida em um sistema de patronagem e clientelismo, limitando-se à ‘retórica vazia’.

No Brasil, as crises financeiras ocorridas durante o segundo período regencial, final do período imperial, contavam com duas justificativas que estavam atreladas à falta de liquidez, quais sejam, falências em um grande centro financeiro internacional; e, um segundo tipo, decorrente da implementação de políticas monetárias liberais e posteriormente restritivas (PRADO, 2003, p. 7). Rui ocupava lugar de relevo frente à cena política final do período imperial, e, em especial, nos incipientes anos da República recém-inaugurada. Recaiam, portanto, sobre Rui Barbosa severas críticas por aqueles que se filiavam a uma corrente um tanto quanto mais conservadora, a exemplo de Oliveira Vianna (1974, p. 36) que considerava o jurista baiano um ‘idealista utópico’ em face de seus anseios políticos e nacionais.

As profundas transformações pelo qual o cenário político brasileiro passava, assim como as que estariam por vir durante a década de 1920 e que resvalariam na Revolução de 1930 relegaram “a imagem pública de Rui a certo desprestígio. Eram tempos de descrédito global do outrora hegemônico liberalismo, assolado pelo fortalecimento de doutrinas fortemente críticas a ele, à direita e à esquerda, e pelos ecos da crise de 1929” (HOLLANDA; CHALOUN, 2017, p. 100).

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

Para Benedito Ferreira (1986, p. 65) a mudança de regime Monárquico para o Republicano em 15 de novembro de 1889, ocorreu sem grandes traumas “graças a um espírito liberal de D. Pedro II, que sempre acalentou e alimentou a ideia de engrandecer cada vez mais o Brasil”. Considere-se, inclusive, que como o próprio Rui Barbosa afirmava, o mesmo era um republicano de 14 de novembro, tendo em vista que só aderiu ao movimento republicano nas vésperas deste se concretizar (VIANA, 2004, p. 96). Houve, ainda, baixa adesão coletiva à modificação do regime de governo que estaria por se concretizar, justificada pelas discordâncias ideológicas que povoam o cenário político então existente e fortemente polarizado (LIMA; PONTE, 2015, p. 274).

É o retrato do caráter nocivo presente na Primeira República, altamente elitista e concentrada nas oligarquias postas, característico da ‘ética da patronagem’. A Proclamação da República fora inclusive desconsiderada por certa parcela dos intelectuais como um ato revolucionário, por não ter contado com a participação popular (BALTHAZAR, 2005, p. 104; PRADO, 2003, p. 13).

Prevalece naquele instante uma interpretação conservadora da Constituição da Primeira República, a qual se estabelece nas mais variadas áreas, inclusive no que tange à proteção de direitos, a qual consagrou Rui Barbosa como um dos seus principais defensores. Rui buscou a instrumentalização do Habeas Corpus como remédio processual em defesa contra toda e qualquer lesão a direito (BARBOSA, 1991, p. 136), em contraposição ao que predominava dentre os juristas da época, assim como na Suprema Corte.

Apesar da institucionalização jurídica de algumas concepções do Liberalismo Clássico, a elite cafeicultora assume o controle da República recém-proclamada sob a aparência de um regime democrático, na qual imperou a concepção de império dos direitos civis, atrelados à defesa intransigente da propriedade e do capital, sob o manto da modernidade. O pensamento político que permeava as últimas décadas que antecediam à Proclamação da República,

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

portanto, encontrava forte amparo na necessidade de crescimento econômico das províncias, o que estaria delineado ao combate à centralização estatal (LIMA; PONTE, 2015, p. 278).

Esse, portanto, é o panorama inicial apresentado para se compreender o processo político de transição do Império para a República, bem como as dificuldades enfrentadas nos primeiros anos deste novo regime político. Rui Barbosa encontrava-se no centro dessas discussões, ocupando o cargo de Ministro da Fazenda, ainda no Governo Provisório, e foi responsável por uma das medidas mais controvertidas da sua carreira política, a política financeira e fiscal denominada por ‘Encilhamento’, que será objeto de análise em tópicos seguintes.

### **3 O PENSAMENTO LIBERAL E O FEDERALISMO EM RUI BARBOSA**

Sobre o pensamento político de Rui Barbosa a produção literária, inclusive do próprio autor, é profícua. Foi um militante político atuante, candidatando-se, por exemplo, ao cargo de Presidente da República em 1910, 1914 e 1919.

Rui Barbosa, na visão de Paulo Bonavides, foi o primeiro a unir, em uma mesma figura, o intelectual e o homem público, de forma a construir o seu pensamento político diante das dificuldades e realidades factuais enfrentadas. Segundo o autor radicado no Ceará, Barbosa foi simultaneamente “um homem de ideias e de ação, o primeiro a fazer entre nós a carreira intelectual inseparável da vida pública, com o discurso político convertido em obra de arte e pensamento, numa poderosa sugestão de originalidade jamais lograda nem ultrapassada por qualquer outro pensador nosso” (BONAVIDES, 2004, p. 162).

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

O pensamento liberal defendido por Rui Barbosa trata de um ideário voltado à perspectiva nacional-desenvolvimentista, à luz das experiências europeia e estadunidense, predominantemente (SALOMÃO; FONSECA, 2015, p. 154). Contudo, destaque-se que Rui não se filia a um conjunto unitário de ideias, seja de base ideológica ou científica, pois, o seu objetivo era a ‘ocidentalização’ do Brasil.

O Liberalismo de Barbosa destoa, portanto, do denominado Liberalismo brasileiro, sustentáculo teórico dos interesses das oligarquias e do clientelismo vinculado ao monarquismo absoluto, em um primeiro momento, e à República recém-instaurada, sob o domínio militar, nos seus primeiros anos, e das oligarquias produtoras de café, posteriormente (VENANCIO FILHO, 2007, p. 267-268).

Há certa filiação dos ideais liberais brasileiros ao Liberalismo europeu, mas com peculiaridades que os distinguem significativamente. Venancio Filho (2007, p. 267) afirma que enquanto o Liberalismo europeu do final do século XIX está diante do Socialismo, o brasileiro encontra-se inserido em um conjunto de instituições arcaicas, como a escravidão e as oligarquias concentradoras do processo de produção agrícola-econômica.

A Teoria Liberal de Rui Barbosa aproximava-se do Liberalismo europeu, especificamente ao da Inglaterra, no que concerne à abertura para participação de diversos setores da sociedade. Mesmo voltando-se aos problemas sociais vivenciados no período, Barbosa posiciona-se contrário às Teorias Socialistas, em ascensão em alguns países da Europa (SALDANHA, 2001, p. 259). Barbosa centra sua teoria no ideário político liberal e na estrutura federativa. Prontamente, preceituou que a estrutura estatal esteja consonante à extensão territorial do país e com o caráter plural da sociedade, preocupando-se, assim, com a edificação de uma identidade nacional própria à nação brasileira.

O jurista possuía posição moderada frente ao ideário liberal nacional, não se afastando de questões práticas que reconhecessem as particularidades nacionais. O federalismo era trazido fortemente em

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

seu discurso, compreendendo-se como necessário, momento em que “compactuava com alguma centralização administrativa, uma vez que as diferenças e os desequilíbrios regionais traduzir-se-iam em proficuidade apenas se mantidos sob um governo coeso” (SALOMÃO; FONSECA, 2015, p. 156).

Depreende-se do pensamento liberal barbosiano uma leitura sobre os problemas enfrentados pela sociedade brasileira *in concreto*. Necessário que se faça este adendo, visto que não ser prudente o caracterizar como ‘liberal’, apenas, frente à razoável probabilidade de incorrer em certa abstração, generalidade e polissemia do termo. Em Rui Barbosa o arsenal teórico une-se, em adaptação, a distintos momentos políticos, utilizando-se de temáticas e enfoques os quais, em certo momento, afastam-se do liberalismo clássico (CINTRA, 2016, 201-202).

Apesar da sua matriz teórica liberal clássica, haja vista os referenciais em Edmund Burke e John Stuart Mill, no que tange à configuração do Estado de Direito e da representação política, respectivamente, Barbosa compreende o abismo civilizatório no qual se encontra o Brasil em relação ao Estado inglês e ao estadunidense, nos quais seus estudos são espelhados (PIRES, 1942, p. 8-20).

Ocupa-se, portanto, posição central na definição de uma cultura liberal, a qual possuía por principais elementos a formação de uma classe média urbana, governantes esclarecidos e o governo honesto. Das premissas básicas do liberalismo inglês, Rui Barbosa desenvolve seu ideário, representado pela centralidade do indivíduo, da proteção aos direitos civis e políticos e da ideia do progresso moral – neste aporte representado institucionalmente pelo parlamento inglês – para a configuração de um modelo político e econômico desenvolvimentista. Dentre os temas em amplo debate na configuração deste modelo, destacaram-se a valorização e centralização do poder estatal na União; liberdades individuais asseguradas pela aplicação e vigência da lei; federalismo moderado em descentralização contida; economia em múltiplos vieses, assim como,

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

a busca pela ascensão social e permanência em determinados patamares (SILVA, 2009, p. 51).

O idealismo liberal barbosiano passará a se fazer presente em sua atividade política concretamente quando este assume o cargo de Ministro da Fazenda, entre 1889 e 1890, instante no qual sua preocupação com a pauta da industrialização das antigas províncias e, conseqüentemente, com o fortalecimento do Estado federativo, ensejam uma série de políticas econômicas descentralizadoras. No ano da Proclamação da República, 1889, “existiam pouco mais de 600 estabelecimentos industriais no Brasil, saltando para 3.258 em 1907. Isso representava um crescimento na ordem de 450% e um capital na casa dos 665 milhões de contos de réis, empregando um contingente de 151.841 operários” (SILVEIRA, 2019, p. 263), resultado que contou com a atuação de Rui Barbosa enquanto Ministro da Fazenda.

A exemplo de tais medidas pode-se citar a edição dos Decretos n.º 165 e 165-A, ambos datados de 17 de janeiro de 1890. O primeiro trata da regulamentação dos bancos de emissão de títulos e o segundo dispõe sobre as operações de crédito móvel a benefício da lavoura e indústrias auxiliares (BARBOSA, 1890, p. 27-37), medidas que propunham aumentar o “número de estabelecimentos bancários de emissão; conceder concessões e privilégios em número ilimitado” (BALTHAZAR, 2005, p. 105).

Reitere-se que o liberalismo barbosiano encontra consonância à sua defesa do federalismo no que concerne à instrumentalização da autonomia dos Estados membros, ponto fundamental à compreensão da sua literatura. Acerca deste processo histórico, o qual figurou como um dos principais embates no processo de construção da Carta Constitucional de 1891, o ideário barbosiano foi determinante para a sua instituição.

Rui espelhou-se no federalismo norte-americano, utilizando-o como parâmetro ainda que se considere na origem movimento distinto (GARCIA; SANTOS, 2018, p. 4), considerado por ele modelo de organização estatal extremamente avançado, o mais adequado para

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

países de grandes extensões territoriais, a exemplo do Brasil. É patente a admiração de Barbosa pela Constituição americana, configurando-se, inclusive, quando em seu discurso em defesa da federação brasileira na Constituição de 1891, como um organismo vivo e juvenil, não se encontrando em decadência ou corroído pelo tempo, acrescentando que a mesma não cessou seu crescimento, mantendo assim sua força (BARBOSA, 1991, p. 188-189).

Referida admiração encontra-se presente também frente à consagração do regime democrático estadunidense, o qual se demonstrou por meio da forma federativa de Estado eleita. Trata-se, portanto, nas palavras de Barbosa da “mais sábia, a mais feliz, a mais duradoura de todas as combinações liberais criadas até hoje pela inteligência humana; [...] pela harmonia política e econômica entre os interesses muitas vezes contraditórios dos Estados” (BARBOSA, 1991, p. 189).

No entanto, foi diante do processo de elaboração da Constituição de 1891 no qual se estabeleceu um dos primeiros e grandes embates do novo regime, entre o ideal liberal barbosiano, identificado como democrata e reformista, e o liberalismo conservador de Campos Sales. Este se quedou responsável por apresentar um anteprojeto de Constituição, mas prevalecera a versão de Rui Barbosa, já Ministro da Fazenda do Governo Deodoro da Fonseca. Frise-se que esse debate possuía como ponto de divergência central o formato do modelo federalista brasileiro.

Depreende-se dessa conjuntura importância salutar acerca do debate sobre o modelo de sistema federativo brasileiro, discutindo-se acerca da maior ou menor garantia de autonomia aos Estados, de forma paulatina ou por meio de uma severa reforma institucional. Tal debate ganhou contornos nacionais e confluuiu em uma crise política que atingiu a política econômica do início da era republicana, verificando-se que “o caráter assimétrico do federalismo brasileiro, uma vez que a autonomia conquistada não chegou da mesma forma a todos os estados” (GARCIA; SANTOS, 2018, p. 6).

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

Balthazar (2005, p. 106) descreve os conflitos que o debate sobre a implantação do federalismo estabeleceu, instante no qual em 24 de fevereiro de 1891 fora promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em que se sagrou “o princípio federalista, com autonomia política, administrativa e financeira dos Estados-membros. A discussão sobre a questão da autonomia dos Estados-membros foi desgastante, e gerou disputas, divisões, provocando uma verdadeira Guerra Civil, entre muitas unidades federativas”.

Fora da referida conjuntura conflituosa em que se estabeleceram os primeiros anos do regime republicano, o que denotou certa instabilidade política, característica dos primeiros anos do governo de Deodoro da Fonseca. Rui Barbosa investido neste instante do cargo de Ministro da Fazenda também sofreu as consequências de tais conflitos. Apesar de exercer papel central na configuração do Estado federativo brasileiro, preocupou-se com o equilíbrio racional na organização do pacto federativo, em especial no que tange ao equilíbrio fiscal entre as pessoas políticas. Rui, enquanto agente político, enfrentou as mais variadas resistências da política fiscal e econômica por ele implementada (FRANCISCO NETO, 2009, p. 29).

Bercovici (2004, p. 29) destaca que “a solução para as novas aspirações e conflitos surgidos com as transformações econômicas e sociais da segunda metade do século XIX parecia estar no federalismo. A centralização passou a ser vista como um entrave ao desenvolvimento do país”. Barbosa corroborava com tal pensamento, razão pela qual realizara uma série de ações as quais possuíam por objetivo central o desenvolvimento nacional a partir do incentivo fiscal às empresas que desenvolvessem suas atividades econômicas nas mais distantes regiões do país. Enquanto Ministro da Fazenda, a matriz da sua atuação fora a política desenvolvimentista que ficará delineada como a política do ‘Encilhamento’.

Compreender o pensamento político de Rui Barbosa e a sua atuação no período de transição histórica brasileira entre Monarquia e República é de fundamental monta para se delinearem as bases

teóricas de sua política desenvolvimentista, instituída pelo Encilhamento. Fornecem-se, ademais, subsídios necessários à aferição mais adequada da sua influência na política fiscal-econômica, desenvolvida no primeiro período do regime republicano. Matrizes foram estabelecidas às ações delineadas nos anos que se sucederam, identificando quais destes elementos estiveram e estariam presentes no processo de desenvolvimento econômico do Brasil.

#### **4 A QUESTÃO FINANCEIRA E A POLÍTICA DO ENCILHAMENTO DA PRIMEIRA REPÚBLICA**

Apesar de não ser reconhecido como um teórico das finanças públicas, nem tampouco possuir verticalização em estudos econômicos, digno de registro que Rui Barbosa assumiu o cargo de Ministro da Fazenda do novo regime republicano, especificamente durante o período de novembro de 1889 a janeiro de 1891 (SALOMÃO; FONSECA, 2015, p. 151) o que o fez direcionar olhares à questão financeira do Estado brasileiro. Barbosa não possui em sua produção intelectual grande espaço à discussão de temas econômicos, contudo, em face da sua atuação prática como Ministro da Fazenda necessitou desdobrar-se acerca de questões teóricas.

Interessante notar, que a produção autoral disponível acerca da temática econômica que envolve Rui Barbosa, quando da sua atuação fazendária, desdobra-se em face do Relatório elaborado enquanto da sua atuação ministerial (1891), em conjunto com seus discursos proferidos no Senado, entre 1891 e 1892, documentos estes produzidos *a posteriori*, os quais surgem no intuito de justificar e por vezes, defender a atuação barbosiana (CURI, 2015, p. 45).

No que toca à formação do pensamento econômico é incontestável a influência estrangeira, o que deve ser necessariamente

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

considerada fazendo-se transparecer em Rui Barbosa, não havendo pretensão de esgotar a análise no presente escrito. Contudo, necessário se faz compreender ainda, em decorrência das influências estrangeiras na economia nacional, que o “prestígio de que gozavam as ideias importadas da Europa retardou a possibilidade de se formular alternativas teóricas à condução econômica nacional” (SALOMÃO; FONSECA, 2015, p. 153).

Há, entretanto, de considerar-se que ao longo do século XIX já se encontra em incipiente desenvolvimento o pensamento econômico nacional, com traços peculiares às suas atividades aqui desenvolvidas. Contudo, por vezes o teor crítico e empírico quedava-se frustrado com meras reproduções de teorias externas, adaptando-as à perspectiva nacional. Salomão e Fonseca (2015, p. 154) acrescentam que “os primeiros analistas econômicos brasileiros não tinham por objetivo contribuir para o desenvolvimento teórico da disciplina. Homens de elevado senso prático [...], procuravam apenas interpretar as doutrinas importadas sob a perspectiva nacional, adaptando-as, assim, à realidade brasileira”, caracterizando-se uma prática recorrente no Brasil de importação de ideários políticos.

Pouco antes de assumir a atuação ministerial, Barbosa, na tentativa de se discutir questões práticas brasileiras, escreveu acerca da política tarifária direcionada à indústria gráfica, fornecendo indícios quanto suas ideias econômicas, momento em que se manifestou contra a imposição tributária incidente sobre livros impressos importados, afirmando que “somos absolutamente infensos a toda espécie de pretensa proteção à indústria indígena, que se traduza em impostos, para criar artificialmente atrás e à sombra deles uma produção incapaz de vida própria” (BARBOSA, 1889, p. 213-214).

Rui defendia que a isenção da tributação aos livros fosse correlacionada à “redução dos direitos aduaneiros relativos ao principal insumo estrangeiro para esse produto: o papel de impressão” (CURI, 2015, p. 47). Necessário frisar, que no final século XIX existiam duas escolas que tratavam acerca da emissão de moedas. A primeira,

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

conhecida como conservadora ou centralizadora, pautava seus esforços em defender a emissão de moedas exclusivamente pelo governo central, vinculada às reservas de ouro; a segunda, denominada de liberal ou americana, caracterizava-se pela autorização a agentes privados para a emissão de moeda, inclusive não vinculada às reservas de metais preciosos.

Referida divisão possuiu como precedente histórico o debate que se estabelecera na crise que forçou a primeira liquidação do Banco do Brasil, em 1822, decorrente da falta de circulação monetária, dando origem a duas correntes do pensamento econômico brasileiro: os ‘metalistas’, identificados com a primeira escola, e os ‘papelistas’, de influência liberal (CROCE, 2013, p. 31).

O debate entre metalistas e papelistas é fundamental para que se compreendam as premissas da política do Encilhamento e atentar-se acerca da essencialidade e atualidade que envolve a temática considerando que frente ao “funcionamento da sociedade capitalista é uma questão que sempre se manifesta em diferentes épocas em diferentes sociedades” (ARAÚJO; OMIZZOLO; MACHADO, 2017, p. 6). Frise-se, antecipadamente, que tal política econômica não era de todo nova, tendo sido implementada por outros governos na tentativa de se estimular “investimentos estrangeiros através da emissão de moeda (encilhamento). O resultado, nos anos posteriores, foi a contenção da emissão da moeda, contratação de empréstimos no exterior, aumento dos juros e a elevação dos gastos estatais” (BALTHAZAR, 2005, p. 107).

A corrente dos papelistas defendia que a principal causa da crise do Banco do Brasil era o *deficit* governamental, pois, a emissão de moeda, realizada exclusivamente pelo governo, vinculava-se, precipuamente, ao necessário para adimplir despesas da Coroa, antes da independência, e do Império, durante o início do regime monárquico. Assim, o governo não direcionava recursos para circulação, o que promoveria o comércio e a indústria (CROCE, 2013, p. 32).

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

A partir das críticas dos papelistas, a política fiscal adotada pelo governo imperial direcionou recursos financeiros à manutenção da máquina burocrática estatal. Concomitantemente, não havia distinção clara entre o patrimônio da coroa e do Tesouro Nacional, este responsável pelo custeio das atividades estatais e do fomento à economia.

Sob esta conjectura, o perfil financeiro do país era constituído sobre a dívida pública, possuindo nos lucros da exportação a sua principal forma de pagamento, característico do Estado Patrimonial (CROCE, 2013). Ressalte-se, entretanto, que a Constituição de 1824 trouxe expressamente a definição e as competências do ‘Thesouro Nacional’, rompendo formalmente com o patrimonialismo colonial, mas a prática fiscal permaneceu nos primeiros anos do Império (TORRES, 1992, 324).

Até o final da década de 1850 utilizou-se de política econômica para concessão dos direitos de emissão de moeda por bancos privados, sem vinculação com as reservas de metais, como defendiam os papelistas. Em um primeiro momento, tal política proporcionou certo aumento nos investimentos privados na economia e maior estabilidade à economia nacional (CROCE, 2013, p. 33-45).

Contudo, como muitos bancos atuavam como exportadores de café, em um contexto em que era comum o alto endividamento desta atividade, as instituições bancárias passaram a manipular as taxas de câmbio, com o propósito de impedir ou manipular a falência de seus clientes (PELÁEZ; SUZIGAN, 1976, p. 95-96). O acúmulo entre a estrutura financeira do Brasil e a inadequada política monetária imperial “não contribuiu para a aceleração do crescimento econômico, mas, ao contrário, reforçou as dificuldades criadas pelas restrições ao mercado doméstico e as ineficiências típicas de uma sociedade agrária e escravocrata” (PRADO, 2003, p. 7).

Tem-se que com referida prática havia concorrência entre os bancos privados para se proceder com a emissão, razão pela qual “aumentava o estoque de moeda, de forma a se projetar acima do ideal

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

para uma atividade econômica estável. O aumento no estoque de moeda, por sua vez, causava a desvalorização cambial e a inflação, levando a uma queda da economia e contração da renda real” (CROCE, 2013, p. 45).

No final da década de 1850 medidas foram programadas com o objetivo de findar a concessão dos direitos de emissão de moeda a bancos privados, retornando ao *status quo*, no qual é monopólio do Estado a emissão de moeda, conforme defesa dos metalistas. Marco exemplificativo deste processo é a Lei de 1860, denominada ‘Lei dos Entraves’, a qual instituía restrições ao exercício de atividades econômicas organizadas por meio de sociedades anônimas, ao estabelecimento de novos bancos, assim como instituía a reversibilidade em ouro do capital das instituições bancárias, dentre outras medidas.

A discussão entre as teses metalistas e papelistas apenas retorna à cena política de forma eficaz com Rui Barbosa, no exercício da atividade política enquanto deputado geral e depois como Ministro da Fazenda. Historicamente, a década de 1890 é um momento de profunda transformação institucional brasileira na qual “a estrutura econômica do país modifica-se rapidamente, influenciando e sendo influenciada pela instabilidade política. A política econômica oscila desde o papelismo exacerbado de Rui Barbosa até o metalismo igualmente exacerbado de Joaquim Murinho” (PRADO, 2003, p. 3).

Para Torres (1992, p. 322-324) a principal missão de Rui Barbosa, enquanto teórico liberal e Ministro da Fazenda, foi substituir a estrutura financeira arcaica, com resquícios de um Estado Patrimonialista, típico do período colonial, para um modelo de Estado Fiscal, proporcionando, definitivamente, uma separação entre o patrimônio do ‘Príncipe’ e do ‘Tesouro Público’.

Certamente, imbuído de tal compromisso, Barbosa passa a defender o ‘liberalismo financeiro’, a qual se constitui por meio da Constituição Financeira ou Constituição Tributária. Nas palavras de Torres (1992, p. 323) “o poder fiscal do Estado já nasce limitado pelas

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

liberdades individuais, cumprindo à Lei Magna apenas declarar as limitações. A Constituição Financeira disciplina o federalismo fiscal, cria o sistema tributário básico e dispõe sobre a composição orçamentária”.

Ainda que temas como a limitação ao poder de tributar do Estado não fossem abordados por outros autores ou políticos liberais à época, Barbosa demonstrou certa preocupação na ‘reconstituição do Estado Fiscal’. Para ele, a compleição do Estado de Direito passa pela tratativa sobre as finanças públicas, já que estas influenciam a economia e a política, assim como a organização político-administrativa do Estado republicano (TORRES, 1992, p. 325). Nesse ponto verifica-se a relação entre a sua teoria liberal, a defesa do federalismo e a política fiscal-financeira brasileira.

Destaque-se que a política econômica do Encilhamento praticada por Barbosa surge objetivando, por meio do conjunto de ações enquadradas na presente política, a modernização e o desenvolvimento econômico das antigas províncias, para que estas não permanecessem dependentes do governo central, e, por fim, garantisse maior estabilidade política à economia nacional. Referidas ações, associadas à tentativa de modernização do país, possuíam o condão de fortalecer o pacto federativo, forma de Estado adotada pelo regime republicano recém-implantado e complementarmente “brasileiros, como Prado, Nabuco, Rui, Oliveira Lima e Veríssimo, passaram, desde a proclamação da República, a pensar, em grande medida, o Brasil com base no lugar que o país ocupa entre os EUA e a América Latina” (RICUPERO, 2018, p. 239).

Ademais, referida política direcionava-se ao desenvolvimento industrial, diante de um cenário produtivo arcaico e refém da produção do café. Considerando “o desenvolvimento industrial a única possibilidade de reformar as bases do poder no Brasil e consolidar um novo regime” (SILVEIRA, 2019, p. 267) Rui Barbosa buscou garantir um modelo econômico mais moderno e desenvolvimentista, o que lhe

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

levou a modificar a política monetária e hipotecária, bem como criou um novo marco legal para organização bancária.

Neste último ponto, há potencial influência estadunidense, em especial de Alexander Hamilton (1755-1804), primeiro secretário do Tesouro dos Estados Unidos, que “defendia a criação de bancos nacionais, porém, privados, com poder de emitir moeda para girar crédito e desenvolvimento regional, como o foi o caso da criação do *Bank of North America* e do *First of the United States*” (CROCE, 2013, p. 68). Proposta por Rui, a nova legislação autorizou a criação de bancos emissores regionais em cada região, todas sob o controle do Governo Central, os quais possuiriam o seu capital lastreado por títulos da dívida pública. Autorizou-se, portanto, aos bancos privados a emissão de moeda, garantindo, dessa forma, certa autorregulamentação do mercado desde então.

Logo, a emissão da moeda nacional não estaria vinculada à conversão das reservas de ouro como ocorrera anteriormente, mas livre para circulação monetária de acordo com as transações do mercado. Tal medida visou proporcionar maior fluidez aos investimentos privados, principalmente ao fomento das atividades da lavoura e do comércio, bem como ao processo de industrialização.

O marco da política de Encilhamento foi a expedição dos decretos de 17 de janeiro de 1890 (Decretos n.º 165 e 165-A), os quais garantiram privilégios aos bancos que atuassem nas regiões das antigas províncias. Entretanto, com a adoção de tais medidas, instalaram-se diversas crises de caráter político e econômico. Houve, em consequência prática de tais edições normativas, emissão desenfreada de papéis, ações e debêntures, superlotando o mercado de forma desordenada e sem qualquer critério (PEREIRA, 1999, p. 67).

Na esfera política destaca-se o conflito com o Ministro da Agricultura do novo regime, Demétrio Ribeiro, crítico dos privilégios concedidos ao mercado financeiro; e a crise entre as duas correntes republicanas: a do Jacobismo, na qual Rui Barbosa se filiava, e a do

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

Republicanism Histórico, capitaneado por Campos Sales (CROCE, 2013, p. 69-70).

Na esfera econômica, a crise se estabeleceu com os privilégios excessivos proporcionados pelo Governo ao mercado financeiro. Para Croce (2009, p. 34) “o negócio firmado entre banco e governo foi muito proveitoso para o banco, uma vez que se instalou na perspectiva de ser um banco direcionado para o crédito real na área agrícola, ou seja, negociar com garantias reais como hipoteca”. No entanto, tais privilégios contribuíram para uma política bancária especulativa, que proporcionou aumento da taxa de inflação e a depreciação cambial contínua.

Para Barbosa era necessário o fomento a atividade financeira das instituições bancárias, para que as mesmas investissem no processo de industrialização regional, o qual o fez dispor de diversos privilégios a esta atividade. Tais medidas foram objeto de grande resistência da elite cafeicultora, a qual ensejou o agravamento da crise econômica decorrente da política financeira de Barbosa. O jurista compreendia que seria necessário investir com base em uma política financeira liberal, que fomentasse o investimento privado visando o desenvolvimento de atividades econômicas (BARBOSA, 1991, p. 362-363).

Firme-se, contudo, o entendimento de que, enquanto Ministro da Fazenda, Rui Barbosa necessitava agir como agente oficial e não se utilizar apenas de argumentos políticos. Representando o governo, atuando em prol do Estado, Barbosa não possuiria apenas a função de promover o bem público, mas também necessário seria que o Ministro utilizasse de instrumentos da política econômica para fins de estímulo a determinadas atividades produtivas.

Ao assumir cargo no Executivo haveria maior necessidade de se buscar o equilíbrio entre as sugestões do ideário liberal e a atuação econômica mais verticalizada do Estado. Frente ao encilhamento promovido, compreenda-se que “a emissão sobre base metálica está condenada pela contraprova mais decisiva. Os bancos emissores

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

retraem-se cautelosamente, pondo a bom recato o seu lastro” (BARBOSA, 1991, p. 364). Rui Barbosa, conscientemente, abdicou de parte de suas compreensões teóricas, de convicções que o acompanhavam durante sua vida política, para empiricamente desenvolver e empreender atividades que acreditava ser, ao momento em que ocupava a função de Ministro da Fazenda, um plano de desenvolvimento econômico não apenas para aquele momento, mas de conjecturas futuras.

Saliente-se, por fim, que o jurista, em que pese arcar com julgamentos em face da política econômica de encilhamento adotada durante o período que ocupara o Ministério da Fazenda, sem qualquer possibilidade de remissão por alguns, antecipou traços basilares do da ideologia nacional desenvolvimentista que nortearia os governos seguintes do século XX no Brasil. Trata-se de visão histórica indispensável à compreensão política, social e econômica brasileira face à lógica progressista almejada, mas que demanda racionalidade econômica, compreendendo, portanto, existir uma persistente influência de Rui Barbosa no cenário brasileiro.

## **5 CONCLUSÃO**

As transformações sociais, políticas e econômicas nas quais o Brasil encontrava-se submerso caracterizavam o momento de total instabilidade no final do século XIX em plena transição do período imperial ao período republicano. Rui Barbosa, ator político essencial sob a perspectiva inicialmente política na qual estava inserido, é responsável por repercussões sobre o pensamento constitucional e econômico brasileiro, a ele recaindo diversas interpretações, ora favoráveis, ora não. Necessário compreender, contudo, o quão tal

## **Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

‘dicotomia’ de compreensões é salutar para a evolução de um pensamento constitucional peculiar.

Barbosa, por vezes rechaçado e hostilizado, a exemplo do que se constata na obra de Oliveira Viana, é responsável em certa medida por um sentimento de nacionalidade e de busca de soluções voltadas à realidade brasileira. Em contraposição ao que propunha Rui, direcionaram-se forças e estudos na tentativa de se acalantar o autoritarismo, centralismo financeiro, assim como forte intervencionismo estatal pautado no paternalismo extremo, em contraposição ao pensamento liberal e ao federalismo por ele defendido. A obra de Rui Barbosa ficou esquecida, o que apenas anos depois seriam novamente considerada, na retomada do liberalismo e o fim do regime autoritário de 1964.

De salutar e indispensável compreensão tal delinear histórico para que se possa visualizar que o pensamento barbosiano, traçado no final do século XIX, protagonizado por um jurista, sem qualquer estudo econômico mais verticalizado, o qual ocupara a função de Ministro da Fazenda e que sob tal conjectura se viu direcionado a optar por uma política de encilhamento, não se desvencilha à realidade contemporânea. Trata-se da construção de um verdadeiro pensamento constitucional, que não se limita a uma edificação política, e sim acrescida de evoluções, ou retrocessos, culturais, econômicas e financeiras.

O pensamento de Barbosa permanece atual frente às situações práticas revividas no Brasil, com propostas inconsistentes de liberalismo exacerbado, confirmando que o pensamento barbosiano não é utópico como se pretendeu demonstrar. É real, e bastante difundido, mas de essencial releitura na tentativa de se solucionar questionamentos contemporâneos.

O liberalismo, apregoado por Rui Barbosa, associado à Constituição brasileira, a qual se busca manter vigência, direciona a sociedade ao equilíbrio social, na pujante e insistente tentativa de assegurar a liberdade associada à efetiva justiça social. O federalismo,

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

dantes tão isolado a perspectivas restritas normativas, de forma instigante propõe a integralização de todos os entes federativos, fortalecendo a descentralização de poderes, mas propondo diálogos entre si.

A política do encilhamento, presente na primeira República brasileira, é digna de críticas, mas também de compreensão, não se encontrando distante do momento atual, análise a qual não se cogitou a pretensão de exaurir. Frente ao repasse histórico o qual vislumbra Rui Barbosa como protagonista, caracteriza-se por um contraponto entre liberalismo exacerbado e intervencionismo estatal máximo, e referidas vertentes já demonstraram, em face de distintos momentos históricos e econômicos brasileiros, que o resultado não pretende ser diferente, mas que são resultados estes necessários para se almeje a concretização de um pensamento constitucional, próprio e particular, brasileiro.

Data de Submissão: 22/04/2019

Data de Aprovação: 26/07/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Renan Ferreira de; OMIZZOLO, Júlia Alencar;  
MACHADO, João Victor. Moeda e inflação: Uma contribuição a

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

partir de Keynes e pós-keynesianos. **REDE**: Revista Debate Econômico, Varginha, v. 5, n. 1, p.4-22, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://publicacoes.unifal-mg.edu.br/revistas/index.php/revistadebateeconomico/issue/view/60/showToc>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BARBOSA, Rui. **A tarifa e o livro**. Obras Completas de Rui Barbosa, v. XVI, t. VII, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1889.

BARBOSA, Rui. **Atos Legislativos: decisões ministeriais e circulares**. Obras Completas de Rui Barbosa, v. XVII, t. II, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1890.

BARBOSA, Rui. **Excursão Eleitoral ao Estado da Bahia e Minas Gerais**. Manifesto à Nação. São Paulo, Casa Garraux, 1910.

BARBOSA, Rui. **O Liberalismo e a Constituição de 1988**: Textos selecionados de Rui Barbosa. In: BARRETTO, Vicente (Org.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CINTRA, Wendel Antunes. Liberalismo, justiça e democracia: Rui Barbosa e a crítica à Primeira República brasileira (1910-1921). **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 99, p. 201-231, 2016.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República**: momentos decisivos. 9. ed. São Paulo: Unesp, 2010.

CROCE, Marcus Antônio. **Crises Financeiras na Primeira Década Republicana e os Bancos em Minas Gerais (1889-1903)**. Tese de doutorado (2013). Belo Horizonte: UFMG. Disponível em: [http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/AMSA-97GK2M/tese\\_geral\\_\\_\\_marcus\\_antonio\\_croce.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/AMSA-97GK2M/tese_geral___marcus_antonio_croce.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 jul. 2019.

CROCE. Crises financeiras na primeira década republicana e a sobrevivência do setor bancário mineiro: a consolidação do banco de crédito real de Minas Gerais. In: **Revista de História Econômica**

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

**& Economia Regional Aplicada.** Vol. 4. N.º 6. Jan-Jun., 2009, p. 30-49. Disponível em:  
[http://www.ufjf.br/heera/files/2009/11/croce\\_2009\\_-\\_2.pdf](http://www.ufjf.br/heera/files/2009/11/croce_2009_-_2.pdf).  
Acesso em: 28 jul. 2019.

CURI, Luiz Felipe Bruzzi. Rui Barbosa e as Ideias Econômicas: Entre Teoria e Conjuntura. **Informações:** Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), São Paulo, n. 418, p.45-52, jul. 2015.

FERREIRA, Benedito. **A História da Tributação no Brasil Causas e Efeitos.** Brasília: Senado, 1986.

FRANCISCO NETO, João. **Responsabilidade fiscal e gasto público no contexto federativo.** Tese de doutorado (USP), 2009. Disponível em:  
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-08072011-133248/pt-br.php>. Acesso em: 28 jul. 2019.

GARCIA, Luciane Terra dos Santos; SANTOS, Jailda Oliveira. Federalismo e políticas educacionais no Brasil: Um breve percurso histórico. **Research, Society And Development**, Itabira, v. 7, n. 5, p. 1-14, mai., 2018.

HOLLANDA, Cristina Buarque de; CHALOUB, Jorge. A memória política na República de 1946. **Rui Barbosa em Disputa**, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 99-126, 2017. Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0101-33002017000300099&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-33002017000300099&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 28 jul. 2019.

LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; PONTE, Marcelo Dias. Federalismo E Governabilidade: Da Proclamação Da República Ao Estado Novo. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; VILLATORE, Marco Antônio César (Org.). **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI.** Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, p. 273-289.

PELÁEZ, Carlos Manuel; SUZIGAN, Wilson. **História monetária do Brasil:** Análise da política, comportamento e instituições monetárias. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1976.

PEREIRA, Ivone Rotta. **A Tributação na História do Brasil.** São Paulo: Moderna, 1999.

PIRES, Homero. **As influências políticas anglo-americanas em Rui Barbosa.** Rio de Janeiro: Laemmert, 1942.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. A Economia Política das Reformas Econômicas da Primeira Década Republicana. **Análise Econômica**, Porto Alegre, v. 39, n. 21, p.1-23, mar. 2003. Semestral. Disponível em:

## Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...

<https://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/download/10724/6335>. Acesso em: 28 jul. 2019.

RICUPERO, Bernardo. República e a Descoberta da América: Nova Forma de Governo e Mudança Identitária no Brasil da Década de 1890. **DADOS: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 61, n. 1, p. 213-253, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582018000100213&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582018000100213&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 28 jul. 2019.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das idéias políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1052/ideias\\_politicas.pdf?sequence=9](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1052/ideias_politicas.pdf?sequence=9). Acesso em: 28 jul. 2019.

SALOMÃO, Ivan Colangelo; FONSECA, Pedro César Dutra. Heterodoxia e Industrialização em contexto agrário-exportador: O pensamento econômico de Rui Barbosa. **América Latina En La Historia Económica: Revista de Investigación**, Distrito Federal – México, v. 22, n. 1, p. 150-178, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2791/279133751006.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

SILVA, Leandro de Almeida. **O Discurso Modernizador de Rui Barbosa**. 2009. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em História, Instituto de Ciências Humanas, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2009. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2009/12/Leandro-de-Almeida-Silva.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

SILVEIRA, Eujacio Roberto. Indústria e pensamento industrial na Primeira República. **Perseu: História, Memória e Política**, São Paulo, v. 12, n. 17, p. 259-277, mai., 2019. Disponível em: <http://revistaperseu.fpabramo.org.br/index.php/revista-perseu/article/view/305>. Acesso em: 28 jul. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O liberalismo financeiro no pensamento de Rui Barbosa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 116, p.317-346, out. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176042>. Acesso em: 28 jul. 2019.

VENANCIO FILHO, Alberto. O liberalismo nos Pareceres de Educação de Rui Barbosa. **Estudos Avançados (USP)**, São Paulo, v. 61, n. 21, p. 267-276, 2007.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1974

**Liberalismo, Federalismo E Encilhamento Na Primeira República...**

VIANNA. Oliveira. **O ocaso do Império.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

**Liberalism, Federalism And ‘Encilhamento’ In The First Brazilian Republic: The (Persistent) Influence Of Rui Barbosa**

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Natallie Alves de Almeida

**Abstract:** It was analyzed how Rui Barbosa envisaged the organization of the State based on the federative form, and, also, how much attention was paid to the national financial question with the objective of guaranteeing autonomy and sustainability to the member states of the federation, considering its possible contribution in the construction of a Brazilian constitutional thought. The work was done using the methodology through a descriptive and exploratory procedure, guided by qualitative research, essentially consisting of the theoretical investigation of historical and legal research sources, documentary and bibliographical. The relevance of the present work is justified by the need to understand the Brazilian political regime experienced in the transition from the historical periods of the Monarchy to the Republic, the use of Rui Barbosa's liberal and federalist ideas, as well as the influence of this thought on economic political actions executed in the Provisional Government of the First Republic. Rui Barbosa was one of the main theoreticians of Brazilian political thought: a true protagonist who contributed to the political actions adopted at the beginning of the Brazilian republican era.

**Keywords:** Liberalism. Federalism. Encilhamento. Rui Barbosa. First Republic.